*i*nvestigaciones



[2024]

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

investigaciones

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dirección General de Bibliotecas
Mg. María Jessica Susco

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 [2024]

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

Nota al lector

La *Revista investigaciones* es una publicación periódica de derecho comparado elaborada por la Oficina de Referencia Extranjera de la Dirección General de Bibliotecas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desde sus inicios en 1996, la publicación ha tenido como propósito contribuir a la difusión e intercambio de información entre ordenamientos jurídicos diversos, con miras a un enriquecimiento recíproco. Está orientada, en particular, a la selección y compilación de las últimas decisiones relevantes de distintos tribunales extranjeros —principalmente, cortes constitucionales o supremas— e internacionales.

El contenido, que se presenta a modo de resumen, desde este número está organizado alfabéticamente por países y por tribunales internacionales y contiene descriptores temáticos. Cada uno de los resúmenes incluye los antecedentes del caso, aspectos destacados de la sentencia y el enlace para acceder a la decisión en el idioma original.

La revista cuenta con tres índices: el primero se ordena por países, el segundo por tribunales, y el tercero sigue la clasificación de descriptores temáticos.

El presente ejemplar reúne sentencias publicadas entre 2023-2024.

Todos los números de la revista, que actualmente se publica en versión digital, están disponibles para su acceso en línea en: https://www.csjn.gov.ar/dbre/investig.html.

Lic. Jessica Susco
Directora General de Bibliotecas
Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sumario
-Buenos Aires, 2024. Año XXVII-

Secciones	Páginas
Jurisprudencia	9/335
Índices	337/351

Oficina de Referencia Extranjera
Dirección General de Bibliotecas
Corte Suprema de Justicia de la Nación
República Argentina

Jurisprudencia

investigaciones

ALEMANIA

Derecho a la libertad de expresión. Derecho a la privacidad. Redes sociales. Cuentas oficiales y cuentas privadas. Funcionarios públicos y ámbito privado. Derecho de acceso a un perfil en una red social. (Alemania).

Antecedentes del caso: el demandante es un periodista acreditado en Suiza, miembro del Registro Profesional de Periodistas de los Medios de Comunicación y director de una redacción que ofrece noticias a medios de comunicación en lengua alemana. Además, tiene una cuenta con 24 000 seguidores en la red social X (antes Twitter).

El demandado es profesor universitario y ministro federal de Salud de Alemania desde diciembre de 2021. También es titular de una cuenta verificada en X. Según consta en la red social, se trata de "una cuenta gubernamental o una cuenta de una organización multilateral". La verificación de la cuenta se dispuso sin la participación del ministro. En su perfil, se describe a sí mismo como "diputado del partido SPD y ministro federal de Salud que tuitea a título personal". Sus publicaciones versan sobre distintos temas, como debates científicos, reuniones con figuras públicas y política partidaria. También comparte publicaciones de la cuenta oficial del Ministerio Federal de Salud.

En febrero de 2022, el demandante comentó una serie de publicaciones del demandado acerca de las medidas del Gobierno para hacer frente al COVID-19 y sobre su renovación o ampliación, entre otras cuestiones. El 15 de febrero de 2023, el demandante descubrió que tenía bloqueado el acceso a la cuenta del demandado y que ya no podía leer, comentar ni compartir sus publicaciones. El bloqueo a otras cuentas con el objeto de denegar el acceso a las propias publicaciones e impedir toda interacción es una de las funciones previstas para los usuarios de X. El Ministerio Federal de Salud le hizo saber al demandante que los dichos del ministro eran puramente personales y privados.

El demandante alegó estar protegido por la libertad de expresión y que el bloqueo violaba sus derechos constitucionales, en particular a la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a participar en pie de igualdad de los servicios o instituciones públicas. En su opinión, el contenido de los mensajes demostraba que el ministro había actuado a título oficial. Por tal motivo, solicitó una medida cautelar ante el Tribunal de Distrito de Berlín-Mitte.

Sentencia: el Tribunal de Distrito de Berlín-Mitte declaró que los ministros tienen derecho a bloquear a otros usuarios en sus cuentas personales. En opinión del tribunal, las cuentas personales de los funcionarios no son instituciones públicas virtuales y la actividad en redes sociales no forma parte de las tareas gubernamentales del funcionario.

El tribunal desestimó la solicitud. Señaló que, en efecto, las cuentas de redes sociales administradas por agencias gubernamentales constituyen "instituciones públicas" y que los ciudadanos generalmente tienen derecho a un acceso no discriminatorio. Sin embargo, puntualizó que, contrariamente a lo que alegaba el demandante, la cuenta del demandado no era una cuenta gubernamental, por el hecho de que el demandado no había solicitado la verificación de la cuenta y tuiteaba no solo en su calidad de ministro federal, sino también como parlamentario, profesor universitario, investigador y persona privada.

Además, el tribunal afirmó que el contenido tampoco podía clasificarse como gubernamental, lo que habría convertido la cuenta en un perfil de difusión de una institución pública. Manifestó que, para determinar la naturaleza del contenido, debían examinarse todos los tuits y no solo declaraciones individuales. Según concluyó, el mero uso del título de ministro de salud o la mención de un viaje oficial no transforma una publicación privada en una publicación oficial. En su cuenta se encuentran contribuciones sobre diversos temas, como debates científicos, encuentros con figuras públicas y posiciones políticas partidarias. Por ejemplo, el 16 de agosto de 2022 había publicado una *selfie* y a continuación había escrito: "Me dirijo a la India para una reunión de ministros de salud del G20. La máquina gubernamental está lista, tengo plena confianza en su funcionalidad técnica". El tribunal interpretó que se trataba, en todos los casos, de publicaciones privadas. Puntualizó que la distinción entre una cuenta privada y una cuenta pública en las redes sociales requiere una evaluación exhaustiva de la cuenta de que se trate, y que se debe prestar especial atención al contenido, la forma y el contexto de las declaraciones. En este caso, entendió que el factor decisivo no eran las publicaciones individuales, sino el carácter general de toda la cuenta.

El tribunal concluyó que, debido a que la cuenta del demandado era estrictamente personal, el demandante no podía invocar la afectación de sus derechos fundamentales. Señaló que no existía un derecho general de acceso a una cuenta privada y que, en cambio, la eliminación de comentarios desagradables de terceros y el bloqueo a otros usuarios estaban protegidos por los derechos fundamentales.

TRIBUNAL DE DISTRITO DE BERLIN-MITE, 151 C 167/23 eV, sentencia del 19-10-2023, en https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/KORE206892023

Derecho a la salud. Salud pública. Derecho a la muerte. Suicidio asistido. Derechos de los enfermos graves. Uso de estupefacientes. (Alemania).

Antecedentes del caso: se trata de dos casos en los que los demandantes padecen enfermedades graves e incurables. En 2017, el Instituto Federal de Medicamentos y Productos Sanitarios rechazó las solicitudes de ambos para adquirir pentobarbital sódico para el suicidio asistido. Esta sustancia se emplea normalmente para inducir la muerte por asfixia en procesos de suicidio asistido. A pesar de la insistencia de los demandantes, el Instituto Federal confirmó la negativa en noviembre de 2018, ya que la Ley de Estupefacientes impide la compra de un narcótico con fines de suicidio.

Los recursos de los demandantes contra las decisiones del Instituto Federal no prosperaron, en primera y segunda instancia, ante el Tribunal Administrativo de Colonia y el Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia. Este último tribunal consideró que el art. 5.1.6 de la Ley de Estupefacientes impedía la concesión del permiso solicitado. El tribunal de apelaciones resolvió que un permiso de compra para el uso de pentobarbital sódico para suicidarse contradecía el propósito de la Ley de Estupefacientes, cuyo objetivo es salvaguardar la salud humana. Los demandantes apelaron ante el Tribunal Administrativo Federal.

Sentencia: el Tribunal Administrativo Federal de Alemania denegó a los demandantes el permiso para adquirir pentobarbital sódico con fines de suicidio asistido. Consideró que las negativas eran compatibles con el derecho constitucionalmente protegido a una muerte autodeterminada, en virtud del art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la Ley Fundamental, ya que existían recursos médicos alternativos para poner fin a la vida. Sostuvo que la Ley de Estupefacientes permitía la adquisición de estas sustancias únicamente con objetivos terapéuticos, no con fines de suicidio.

El tribunal explicó que la compra de pentobarbital sódico, clasificado como narcótico según la Ley de Estupefacientes, requería autorización del Instituto Federal de Medicamentos y Dispositivos Médicos, como se describe en el art. 3 de la Ley de Estupefacientes. Esta autorización solo puede concederse si no existen motivos de denegación como los especificados en el art. 5.1.6 de la Ley de Estupefacientes. Según esta disposición, el Instituto Federal puede retener una licencia si la "naturaleza y finalidad" del uso de la droga es incompatible con los objetivos de la ley, como "garantizar la atención médica necesaria para la población" y "prevenir en la medida de lo posible el abuso de estupefacientes", en referencia al uso de estupefacientes para tratar o aliviar enfermedades o condiciones patológicas. En opinión del tribunal, poner fin a la vida no tiene tales fines terapéuticos, aunque no esté mencionado explícitamente en la Ley de Estupefacientes.

El tribunal reconoció que la denegación infringía, en general, el derecho fundamental a una muerte autodeterminada, pero lo consideró justificable. Afirmó que la prohibición general de adquirir narcóticos con fines de suicidio en

virtud de la Ley de Estupefacientes perseguía el objetivo legítimo de prevenir el uso indebido y el abuso de sustancias letales. Consideró que la prohibición era adecuada y necesaria para lograr este objetivo, dado que las personas que deciden poner fin a su vida contaban con opciones alternativas, razonables y realistas, como obtener una combinación de medicamentos recetados que puedan usarse juntos para cometer un suicidio indoloro, acompañados por un médico, o recibir asistencia de organizaciones que los conectan con médicos dispuestos a ayudar con el suicidio asistido.

El tribunal rechazó la afirmación de que los demandantes tenían derecho a recibir un permiso debido a una "dificultad extrema". Existe una angustia extrema si la enfermedad grave e incurable está relacionada con un sufrimiento físico grave, que provoque una tensión psicológica insoportable para la persona afectada y no pueda reducirse lo suficiente, si la persona afectada es capaz de tomar decisiones y ha tomado la elección libre y seria de poner fin a su vida y si no tiene otra opción razonable para llevar a cabo el deseo de morir. El tribunal sostuvo que los demandantes contaban con otras alternativas razonables para completar el suicidio asistido.

Por último, el tribunal advirtió que la Ley de Estupefacientes prohibía la compra de esta clase de sustancias con fines suicidas en función de prevenir el uso indebido de medios letales. Concluyó que, para lograr este objetivo legítimo, la prohibición era idónea, necesaria y, dada la posibilidad de poner fin a la propia vida con asistencia médica mediante el uso de medicamentos recetados, también apropiada.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FEDERAL DE ALEMANIA, BVerwG 3 C 8.22 y BVerwG 3 C 9.22, sentencia del 4-3-2024, en https://www.bverwg.de/071123U3C9.22.0; https://www.bverwg.de/de/071123U3C8.22.0

Derecho a la salud. Salud pública. Protección al paciente. Medicina no tradicional. Prestaciones oportunas, profesionales, idóneas y responsables. Extracción de sangre por practicantes de medicina alternativa. (Alemania).

Antecedentes del caso: tres accionantes, que practican la medicina alternativa, se presentaron ante los tribunales alemanes en oposición a la norma que les impide tomar muestras de sangre en el marco de los llamados tratamientos de sangre autóloga. Sus recursos fueron denegados. El Tribunal Administrativo Federal argumentó que autorizar a los recurrentes a tomar muestras de sangre violaría el art. 7.2 de la ley de transfusiones de sangre. En cuanto a las excepciones dispuestas por el art. 28 de la misma ley, el tribunal entendió que no correspondían en estos casos.

En los tratamientos de sangre autóloga, los donantes son los receptores de su propia sangre. Existen varios tipos de transfusión autóloga: donación de sangre autóloga preoperatoria, hemodilución normovolémica aguda, recuperación de sangre intraoperatoria, recuperación de sangre posoperatoria.

Según el art. 7.2 de la ley de transfusiones de sangre, las muestras de sangre solo pueden ser extraídas por médicos u otro personal calificado bajo supervisión médica.

El art. 28 de la ley de transfusiones de sangre enumera diversos casos de excepciones, en los que las extracciones no están sujetas a la supervisión del médico. Señala: "La presente ley no se aplicará a la extracción de una pequeña cantidad de sangre con fines de diagnóstico, a los productos sanguíneos autólogos homeopáticos, a la sangre autóloga para la fabricación de productos tisulares procesados biotecnológicamente y a la extracción de una pequeña cantidad de sangre autóloga para la fabricación de productos para el tratamiento odontológico".

Los tres accionantes presentaron recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal para solicitar ser autorizados a extraer sangre en el marco de los tratamientos de sangre autóloga.

Sentencia: la Sala Tercera del Tribunal Constitucional Federal declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad interpuestos y confirmó las decisiones del Tribunal Administrativo Federal.

El Tribunal Constitucional Federal sostuvo que los recursos de inconstitucionalidad planteados no estaban debidamente fundados ni cumplían con los requisitos legales, ya que se habían presentado fuera de plazo. Afirmó que ninguno de los recurrentes había exhibido documentación que permitiera determinar con exactitud qué procedimientos utilizaban en sus respectivas consultas y tampoco habían expuesto detalladamente los métodos de tratamiento.

El Tribunal Constitucional Federal consideró que esta falta de precisiones era de crucial importancia para evaluar las excepciones dispuestas en el art. 28 de la ley de transfusiones de sangre. Dado que existen diversos tratamientos con sangre autóloga y que están sujetos a diferentes requisitos legales, la prohibición de extracción de sangre impugnada solo puede analizarse constitucionalmente a partir de la información sobre el método de tratamiento específico. El Tribunal Constitucional Federal advirtió que los riesgos para la salud asociados con los tratamientos son significativos y que difieren según cada método de tratamiento.

Por otra parte, afirmó que los recurrentes no habían demostrado de forma concluyente la violación de ningún derecho fundamental. Sostuvo que las opiniones expresadas hasta ese momento en la jurisprudencia, que difieren de las del Tribunal Administrativo Federal, no implicaban necesariamente la admisibilidad de todos los tratamientos con sangre autóloga ofrecidos por practicantes de medicina alternativa. Mientras los accionantes no expliquen detalladamente los tratamientos que realizan, y pueda evaluarse si están comprendidos en las excepciones del art. 28 de la ley de transfusiones de sangre, prevalece la interpretación de que las muestras de sangre solo pueden ser extraídas por médicos u otro personal calificado bajo supervisión médica. Del mismo modo, entendió que los accionantes tampoco

habían fundado adecuadamente los perjuicios que, según alegaban, les habían provocado tanto la normativa como la interpretación del art. 28 establecida por el Tribunal Administrativo Federal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, 1 BvR 2078/23, 1 BvR 2171/23, 1 BvR2182/23, sentencia del 22-12-2023, en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/bvg24-016.html

Derecho electoral. Edad mínima legal para ejercer el derecho al voto de miembros del Parlamento Europeo. (Alemania).

Antecedentes del caso: para poder votar en las elecciones europeas de 2019, los electores debían tener al menos 18 años (art. 6.1.1.1 de la Ley Electoral Europea en su versión del 8 de marzo de 1994). Tres accionantes cuestionaron la edad mínima legal para votar, ya que les había impedido elegir, en esas elecciones europeas, a los miembros del Parlamento Europeo por la República Federal de Alemania. La objeción fue rechazada por el Congreso alemán el 16 de enero de 2020. En julio de ese año, los accionantes impugnaron esta decisión y presentaron una demanda electoral ante el Tribunal Constitucional Federal. Al mismo tiempo, interpusieron un recurso constitucional ante el mismo tribunal para cuestionar la disposición legal sobre la edad mínima para votar.

En enero de 2023, la edad mínima para votar se redujo a 16 años (art. 6.1.1.1 de la Ley Electoral Europea). En mayo de 2024, dos de los accionantes, nacidos respectivamente en agosto de 2009 y julio de 2010, declararon que mantenían sus reclamos a pesar de la reducción de la edad mínima para votar. Por su parte, el tercer accionante, que entretanto había cumplido 16 años, retiró su demanda.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Federal de Alemania rechazó el tratamiento del recurso constitucional y desestimó la demanda electoral.

Sostuvo que tanto el recurso constitucional como la demanda electoral eran inadmisibles por no haber sido presentados dentro de los plazos previstos. El recurso constitucional no había sido interpuesto dentro del plazo aplicable de un año desde la entrada en vigor de la ley. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal recordó que la versión original de la Ley Electoral Europea era de 1994. En cuanto a la demanda electoral, tampoco había sido presentada dentro del plazo de dos meses contados a partir del día de la decisión del Congreso alemán. Concluyó que no era factible reintegrar a los demandantes a su anterior situación procesal, porque el plazo es preclusivo (es decir, si la etapa procesal está clausurada, no hay posibilidad de replantear lo ya decidido en ella).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, 2BvR 1177/20 y BvC15/20, sentencia del 7-6-2024, en
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2024/06/rs20240605_2bvr117720.html;
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2024/06/cs20240605_2bvc001520.html;
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/bvg24-050.html

Derecho electoral. Propaganda de organizaciones inconstitucionales y terroristas. Sanción a político de extrema derecha por utilizar lema nazi. (Alemania).

Antecedentes del caso: el 29 de mayo de 2021, en Merseburg, durante un acto de campaña electoral del partido Alternativa para Alemania (AfD), al final de un discurso de aproximadamente 30 minutos, Björn Höcke —el referente principal del partido— terminó su presentación con la fórmula "Todo por nuestra patria, todo por Sajonia-Anhalt, todo por Alemania." El lema había sido utilizado con anterioridad por el grupo paramilitar Sturmabteilung (SA) del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (el partido político del nazismo). En su discurso, Höcke pronunció la primera parte de la frase "Alles für…", es decir, "Todo por…", y animó a la audiencia a completar la frase con "Alemania".

La legislación prevé la sanción de la difusión de medios de propaganda de organizaciones inconstitucionales. Según el art. 86.a del Código Penal alemán, el uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales y terroristas se castiga con hasta tres años de prisión o multa. Esto incluye difundir símbolos, como consignas o saludos de un partido u organización política declarada inconstitucional. El partido nazi y sus grupos afiliados, como la SA y la Schutzstaffel (SS), están clasificados como organizaciones inconstitucionales según el art. 86.1.4 del Código Penal.

Höcke ya había sido multado con €13 000 por utilizar el mismo eslogan durante otro discurso anterior.

En este caso, en marzo de 2024, el fiscal exigió para Höcke una pena de ocho meses de prisión y dos años de inhabilitación para ocupar cargos públicos o políticos. Höcke es actualmente miembro del parlamento de Turingia. En una declaración en la red social X (antes conocida como Twitter), Höcke afirmó que el proceso iba en contra de un Estado constitucional democrático y cuestionó las motivaciones políticas del Poder Judicial. Su abogado argumentó que el lema era una frase genérica no vinculada exclusivamente con el grupo paramilitar SA.

Sentencia: la Sala Quinta en lo Penal del Tribunal Regional de Halle admitió la acusación del fiscal de marzo de 2024 contra Höcke y abrió el procedimiento principal. Combinó el nuevo procedimiento con un procedimiento anterior todavía en curso contra el demandado. Multó a Höcke con €16 900 por utilizar públicamente el eslogan asociado al partido nazi.

El tribunal recordó que la fiscalía de Halle había acusado a Höcke por haber utilizado públicamente un lema de la antigua organización nacionalsocialista (arts. 86.1.4 y 86.a.1 del Código Penal, contra la difusión de propaganda de organizaciones nacionalsocialistas y contra el uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales y terroristas).

El tribunal señaló que Höcke no ignoraba que la última parte de esta fórmula contenía un lema prohibido de la SA. Observó que Höcke había participado como orador en un acto posterior del partido AfD, en Gera, el 12 de diciembre de 2023, donde había vuelto a utilizar el eslogan "Todo por Alemania", a pesar de que existía un proceso penal pendiente en su contra por el uso de este mismo lema y, por lo tanto, tenía conocimiento seguro de su responsabilidad penal.

TRIBUNAL REGIONAL DE HALLE, 10/24, sentencia del 11-4-2024, en https://lg-hal.sachsen-anhalt.de/aktuelles/pressemitteilungen?tx_tsarssinclude_pi1%5Baction%5D=-single&tx_tsarssinclude_pi1%5Bcontroller%5D=Base&tx_tsarssinclude_pi1%5Buid%-5D=472478&cHash=e3c4659043e9fe496ed499fb9ed7dafd;
https://lg-hal.sachsen-anhalt.de/fileadmin/tsa_rssinclude/landgericht-halle_12_04_2024_pressemitteilung_lg-hal-zweites-hauptverfahren-gegen-bjoern-u-hoecke-vor-dem-landgericht-halle-eroeffnet.pdf;
https://lg-hal.sachsen-anhalt.de/aktuelles/pressemitteilungen?tx_tsarssinclude_pi1%5Baction%5D=single&tx_tsarssinclude_pi1%5Bcontroller%5D=Base&tx_tsarssinclude_pi1%-5Buid%5D=472478&cHash=e3c4659043e9fe496ed499fb9ed7dafd

Derecho penal. Lesiones culposas seguidas de muerte. Salud pública. Protección al paciente. (Alemania).

Antecedentes del caso: un médico otorrinolaringólogo realizaba operaciones ambulatorias en su consultorio. El 14 de marzo de 2007, practicó una concotomía láser (un procedimiento médico que consiste en cortar el cornete de la nariz para reducir su tamaño y poder tratar determinadas enfermedades) al hijo de nueve años del demandante. Después del procedimiento, que transcurrió sin incidentes, el paciente anestesiado fue colocado en posición lateral en la sala de recuperación. Diez minutos después, cuando el médico llevó al siguiente niño operado a la sala de recuperación, se dio cuenta de que el hijo del demandante

ya no respiraba. Aunque inicialmente logró resucitarlo y fue trasladado en helicóptero a una clínica, el niño murió una semana después debido al grave daño cerebral provocado por la falta de oxígeno.

Se comprobó que, en la sala de recuperación, el abundante sangrado (algo que ocurre a menudo durante este tipo de procedimientos) había bloqueado las vías respiratorias del niño. Como el reflejo de la tos fue suprimido por la anestesia, el paciente sufrió un paro respiratorio. Si se hubieran respetado las normas médicas vigentes en aquel momento, se habría evitado la muerte. Entre otras cosas, habría sido necesario un control continuo de la saturación de oxígeno de la sangre mediante un oxímetro de pulso y, además, que personal capacitado controlara continuamente la respiración del niño. Sin embargo, el acusado omitió estas precauciones.

En abril de 2007, se inició la investigación contra el acusado, que se suspendió al año siguiente de conformidad con el art. 170.2 del Código de Procedimiento Penal. En 2011, se reanudó debido a una denuncia penal y se suspendió nuevamente en 2013, de acuerdo con el art. 153.a.1 del mismo código, y tras un pago de €5000.

En 2014, los demandantes interpusieron un recurso, pero el Tribunal Regional de Hamburgo lo rechazó en dos ocasiones, por inadmisible una vez y por infundado la otra. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal anuló esas decisiones. Finalmente, en 2021, los demandantes realizaron una acusación formal contra el médico otorrinolaringólogo que siguió su curso. Así, el 8 de junio de 2023, el Tribunal Regional de Hamburgo condenó al acusado a una multa diaria de €440 durante 150 días, por lesiones culposas seguidas de muerte y, al mismo tiempo, declaró que se consideraba ejecutado el importe íntegro de la multa en compensación por la duración excesiva del proceso.

El imputado presentó un recurso de apelación ante el Tribunal Federal de Justicia.

Sentencia: la Sala Quinta Penal del Tribunal Federal de Justicia de Alemania desestimó el recurso de apelación del acusado y dejó firme la sentencia del Tribunal Regional de Hamburgo.

El Tribunal Federal de Justicia señaló que el recurso se basaba en una queja procesal contra la denegación de una solicitud de obtener un dictamen pericial psicológico sobre la credibilidad de las declaraciones del demandante y un dictamen pericial psiquiátrico sobre su capacidad para declarar. Afirmó que la revisión de la sentencia no había revelado ningún error jurídico en perjuicio del imputado. Sostuvo que el Tribunal Regional de Hamburgo había podido valorar adecuadamente las declaraciones sin necesidad de recurrir a peritajes psicológicos o psiquiátricos. Agregó que el tribunal tampoco había incurrido en un error de derecho al suponer que un perito psiquiátrico no podría haber obtenido los elementos necesarios para diagnosticar una enfermedad mental específica en las circunstancias de este caso.

Por lo tanto, concluyó que la sentencia del Tribunal Regional de Hamburgo era jurídicamente válida.

TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA DE ALEMANIA, caso 5 StR 67/24, sentencia del 18-6-2024, en https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/2024141.html



AUSTRALIA

Abuso sexual infantil. Víctimas primarias y secundarias en casos de abuso sexual institucional. **Derecho de una víctima secundaria de abuso sexual institucional a iniciar una demanda por daños y perjuicios contra la institución**. (Australia).

Antecedentes del caso: entre julio y diciembre de 1996, AAA, hijo de RWQ, y su amigo, BBB, entonces menores de edad, fueron víctimas de abuso sexual por parte del arzobispo George Pell. Como consecuencia del abuso, AAA empezó a consumir drogas ilegales en la adolescencia y finalmente murió por una sobredosis de heroína.

El 1.° de julio de 2015, un miembro de la Fuerza de Tareas SANO, un grupo policial australiano dedicado a recibir denuncias de abuso sexual e investigarlas, informó a RWQ que su hijo había sido víctima de abuso sexual infantil. Al conocer la noticia, RWQ entró en un estado de shock emocional.

RWQ inició una acción judicial contra la Archidiócesis Católica de Melbourne por el daño psicológico que había sufrido como consecuencia del abuso sexual del que había sido víctima su hijo. Alegó que, como el abuso había sido perpetrado por Pell, que en ese entonces estaba a cargo del arzobispado, la Archidiócesis era directamente responsable del abuso, así como también del daño psicológico que le había provocado el conocimiento del abuso cuando AAA ya había muerto.

La Archidiócesis Católica de Melbourne alegó que la Ley de Identidad Jurídica de los Demandados en Casos de Abuso Infantil Institucional, de 2018, solo era aplicable a las demandas de quienes habían sufrido abuso sexual infantil en tanto víctimas primarias, y que, como RWQ no era una víctima primaria de abuso sexual, sino una víctima secundaria, la ley no era aplicable a su demanda.

Sentencia: la Corte Suprema de Victoria resolvió que la Ley de Identidad Jurídica de los Demandados en Casos de Abuso Infantil Institucional, de 2018, no era aplicable solamente a las demandas de una víctima primaria de abuso sexual infantil, sino también a las de víctimas secundarias. Por lo tanto, la juzgó aplicable a la demanda de RWQ contra la Archidiócesis Católica de Melbourne. Consideró que, mediante la figura de un demandado adecuado —prevista por la ley en cuestión en casos de demandas a ONG no constituidas en sociedad—, la Archidiócesis debía asumir las responsabilidades derivadas de la demanda y pagarle al demandante una indemnización por daños y perjuicios junto con las costas y gastos del proceso.

En primer lugar, la corte analizó distintos artículos de la ley. Señaló que, según el art. 1, el objetivo principal de la ley era ofrecer a los demandantes en causas de abuso sexual infantil la posibilidad de demandar a organizaciones no gubernamentales que no estuviesen constituidas en sociedad y que utilizaran fideicomisos para llevar adelante sus actividades.

Agregó que en el art. 3 las palabras "abuso sexual infantil" hacían referencia a un acto u omisión que constituye abuso físico o sexual en relación con una persona menor de edad, así como al abuso psicológico que surge de ese acto u omisión.

Advirtió que, según el art. 4, la ley era aplicable a cualquier demanda contra una ONG fundada en o derivada de un abuso sexual infantil, independientemente de que el abuso se hubiera producido antes, durante o después de la entrada en vigor del artículo.

Finalmente, agregó que, según el art. 7, una ONG podía designar un demandado adecuado para asumir cualquier responsabilidad derivada de la demanda en nombre de la ONG, como si la ONG se hubiera constituido en sociedad y pudiera ser demandada y declarada responsable de abuso sexual infantil.

A continuación, la corte se detuvo en la interpretación adecuada del término "demandante" del art. 4.2 de la ley. Señaló que la Archidiócesis había alegado que debía interpretarse como "demandante que ha sufrido abuso sexual infantil", que la ley solo era aplicable a una ONG cuando se trataba de una demanda fundada en o derivada del abuso infantil sufrido por el demandante y que, por lo tanto, la ley no era aplicable a la demanda de RWQ, porque no había sido él la víctima del abuso sexual infantil.

En primer lugar, la corte puntualizó que la presente causa no se trataba de una demanda "fundada en un abuso sexual infantil" sino "derivada de" un abuso sexual infantil. Señaló que las palabras "demandante que ha sufrido abuso sexual infantil" no surgían del art. 4.2, que no había ninguna parte del texto que limitara su aplicación a una demanda fundada o derivada del abuso sexual infantil "del demandante" y que la interpretación correcta de la frase "demandantes en causas de abuso sexual infantil" del art. 1 hacía referencia a los demandantes que iniciaban o deseaban iniciar una demanda contra una ONG que estuviera fundada en o se derivara de un abuso sexual infantil.

La corte señaló que el punto de partida para la correcta interpretación del art. 4.2 de la ley eran las propias palabras del artículo. Observó que el significado llano y ordinario de la expresión "una demanda contra una ONG fundada en o derivada de un abuso infantil" incluía una demanda por shock emocional derivado de un abuso sexual infantil como el que había padecido el hijo de RWQ. Sobre la expresión "derivada de", destacó que la demanda "derivada de" un abuso sexual requería una relación causal menos próxima entre el reclamo y el abuso que la que se exige en una demanda "fundada en" un abuso infantil.

Además, señaló que el uso de "o" en la frase "fundada en o derivada de" manifestaba la intención legislativa de ampliar la aplicación de la ley más allá de las demandas "fundadas en" el abuso sexual infantil, y que su demanda era claramente una demanda "derivada de" un abuso sexual infantil. Además, destacó que si la aplicación de la ley estuviese limitada a las víctimas primarias de abuso no habría habido motivo para que el Parlamento incluyera las palabras "derivada de" en el art. 4.2.

Por otro lado, la corte destacó que las palabras "fundada en o derivada de un abuso sexual infantil" se utilizaban en forma reiterada a lo largo de la ley, que este uso reiterado llevaba a la firme conclusión de que la aplicación de la ley a las ONG no se encontraba limitada a las demandas de las víctimas primarias de abuso sexual infantil y que, a su vez, era el indicador más claro del perjuicio que la ley pretendía remediar, esto es, la capacidad de una ONG para refugiarse en la "defensa Ellis" —el

antecedente judicial por el cual se había resuelto que las instituciones no constituidas en sociedad no podían ser demandadas ni declaradas responsables por un caso de abuso sexual—, independientemente de que la demanda esté a cargo de una víctima primaria o secundaria.

Por último, la corte advirtió que en ningún lugar del art. 4.2 de la ley se hacía referencia a las palabras "sobreviviente", "víctima primaria" ni "víctima secundaria" y consideró que si el significado de las palabras del art. 4.2 tenía una aplicación más amplia que la que pudiera haber contemplado el redactor, la corte debía dar efecto a ese significado más amplio.

Por otro lado, la Corte señaló que, en su defensa, la Archidiócesis había recurrido, como material extrínseco, al "Informe de la Comisión Real de Respuestas Institucionales al Abuso Sexual Infantil" y a la investigación sobre el tratamiento del abuso infantil por parte de organizaciones religiosas a cargo de la Comisión de Desarrollo Familiar y Comunitario del Parlamento de Victoria, anteriores a la ley de 2018, cuyo objetivo era brindar a los sobrevivientes de abuso sexual infantil institucional la figura de un demandado adecuado que pudiera ser declarado responsable cuando el primer demandado era una organización no gubernamental.

La Archidiócesis había argumentado que ninguno de estos informes hacía referencia a las víctimas secundarias ni formulaba recomendación alguna de reforma del derecho civil en relación con ellos, y que ni en el proyecto de ley ni la ley de 2018 hacían referencia a que fueran aplicables a demandas presentadas por víctimas secundarias.

Además, la Archidiócesis había agregado que el discurso parlamentario en torno a la segunda lectura del proyecto de ley de 2018 respaldaba la idea de que la expresión "demandantes en causas de abuso sexual infantil" hacía referencia a los sobrevivientes que buscaban una indemnización por abuso sexual infantil. Por otra parte, señaló que en la investigación de la Comisión de Desarrollo Familiar y Comunitario del Parlamento de Victoria se hacía referencia a los sobrevivientes de abuso sexual infantil y a que un sobreviviente siempre tendrá derecho a reclamar contra el autor del abuso. Por último, observó que el memorándum explicativo del proyecto de ley tampoco hacía referencia a una aplicación a demandas por parte de víctimas secundarias.

Ante tales argumentos, la corte consideró que los extractos del discurso de la segunda lectura del proyecto de ley parecían respaldar la idea de que el término "sobrevivientes" hacía referencia a las víctimas primarias de abuso sexual institucional. No obstante, observó que otros extractos del discurso sugerían que el término "sobrevivientes" no se encontraba limitado a las víctimas primarias de abuso sexual institucional.

La corte señaló que, en su defensa, la Archidiócesis había hecho referencia, también, al precedente jurisprudencial "Ellis", aquel por el que se había puesto de manifiesto el problema al que se enfrentaban las víctimas de abuso sexual a la hora de buscar justicia en Australia. En esa causa, el actor quería demandar a la Archidiócesis Católica de Sidney y a los administradores de la Iglesia Católica Romana por los abusos perpetrados por un sacerdote auxiliar en la década de 1970. El Tribunal de Apelación de Nueva Gales del Sur había resuelto que, en la medida en que la Archidiócesis no estaba constituida en sociedad, no podía ser demandada

ni declarada responsable, como tampoco los fideicomisarios y, dada la imposibilidad para identificar a un demandado adecuado, el caso había sido desestimado.

La corte señaló que la postura vigente del derecho consuetudinario australiano se basaba en la defensa "Ellis", es decir, en la idea de que una asociación no constituida en sociedad que gestiona sus asuntos a través de un fideicomiso no puede ser declarada responsable en una demanda civil por abuso sexual infantil institucional. Destacó que este problema parecía ser exclusivo de Australia porque, en Estados Unidos, por ejemplo, la mayoría de las iglesias son entidades constituidas o están estructuradas como corporaciones únicas que pueden ser demandadas por abuso sexual infantil. Por otro lado, señaló que en Inglaterra la jurisprudencia también ha logrado superar los problemas planteados en "Ellis".

Nuevamente en relación con el material extrínseco presentado por la Archidiócesis, la corte señaló que de la investigación de la Comisión de Desarrollo Familiar y Comunitario del Parlamento de Victoria surgía que, según varios sobrevivientes —entre ellos, los demandantes en el caso "Foster"—, las asociaciones no constituidas en sociedad habían utilizado todas las defensas disponibles, incluida la defensa "Ellis", para ganar los juicios. Por ejemplo, de acuerdo con el matrimonio Foster, los abogados de la Iglesia Católica se habían esforzado en su defensa a pesar de haber aceptado desde un primer momento que los abusos habían ocurrido.

La corte señaló que, en aquel caso, el matrimonio Foster había iniciado una demanda por daños y perjuicios fundada en o derivada del abuso sexual de sus hijas. La demanda, por lo tanto, no había sido presentada por las víctimas primarias, sino por los padres, al igual que en el caso de RWQ. No obstante, en la segunda lectura del juicio del proyecto de ley de 2018 se había hecho referencia al matrimonio Foster como "sobrevivientes".

La corte destacó que resultaba inexplicable e improbable que, por un lado, el fiscal general se hubiera referido al matrimonio Foster como sobrevivientes —y reconocido que su caso había desempeñado una función importante en el proyecto de ley presentado ante el Parlamento—, y que, por el otro, el Parlamento tuviera la intención de promulgar una ley que permitiera que la Archidiócesis de Melbourne se fundase en la defensa "Ellis" frente a la demanda del matrimonio Foster.

Finalmente, la corte consideró que, si bien el discurso de la segunda lectura del proyecto de ley de 2018 respaldaba la idea de que el objetivo principal de la ley era garantizar que las demandas de los sobrevivientes de abuso sexual institucional no se vieran frustradas por la ausencia de un demandante adecuado, lo cierto era que no podía llegarse a la conclusión de que el Parlamento hubiera pretendido que solo se beneficiaran de la ley los demandantes que habían sido víctimas primarias de abuso sexual infantil institucional.

SUPREMA CORTE DE VICTORIA, **AUSTRALIA**, "RWQ v Catholic Archdiocese of Melbourne and George Pell"; sentencia del 24-8-2022, en https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/vic/VSC/2022/483.html?context=1;query=rwq;mask_path

BÉLGICA

Derechos de autor. **Derechos de autor del *software***. Derechos de autor de obras artísticas. **Régimen fiscal especial**. (Bélgica).

Antecedentes del caso: en Bélgica, los ingresos por derechos de autor están sujetos a un régimen fiscal especial en virtud del cual se clasifican como rendimientos del capital mobiliario. El primer tramo de estos ingresos se grava a una tasa del 15 %, en lugar de las tasas progresivas aplicables a los ingresos profesionales. La imposición efectiva se reduce aún más por la aplicación de gastos a tanto alzado deducibles de los ingresos brutos.

En la ley de 26 de diciembre de 2022, el legislador modificó este sistema. En particular, limitó su ámbito de aplicación. La pretensión del legislador era recuperar los objetivos iniciales del régimen introducido en 2008, a saber, la aplicación de un régimen fiscal adecuado a los ingresos percibidos de forma irregular y aleatoria procedentes de actividades artísticas.

Varios diseñadores de *software* y empresas activas en el sector informático pidieron la anulación del art. 100 de la ley, que excluye los ingresos procedentes de programas informáticos del régimen fiscal de los derechos de autor.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica desestimó el recurso por entender que la exclusión del régimen fiscal especial de los ingresos relativos a los programas informáticos estaba debidamente justificada.

En primer lugar, la corte evaluó los argumentos de los demandantes, según los cuales el art. 100 de la ley, por excluir los programas informáticos del régimen fiscal ventajoso aplicable a las rentas procedentes de los derechos de autor, vulneraba el principio de igualdad y no discriminación (arts. 10, 11 y 172 de la Constitución). Según alegaban, la disposición impugnada discriminaba entre los autores de obras literarias o artísticas protegidas por derechos de autor de conformidad con el Código de Derecho Económico, dependiendo de si tales obras eran o no programas informáticos.

Para la corte, de los trabajos preparatorios de la disposición impugnada se desprende, en efecto, que las obras análogas a obras literarias, como los programas informáticos, no están comprendidas en el nuevo régimen fiscal de los derechos de autor.

Al respecto, la corte sostuvo que el legislador dispone de un amplio margen de apreciación en materia fiscal. Observó que, cuando el legislador introduce un sistema fiscal determinado, puede recurrir a categorías que solo captan la diversidad de situaciones con un cierto grado de aproximación.

Subrayó que, mediante la disposición impugnada, el legislador pretendía volver a los objetivos iniciales del régimen de 2008, a saber, la aplicación de un

régimen fiscal adecuado a las rentas percibidas de manera irregular y aleatoria en el marco de actividades artísticas, y poner fin a los abusos del régimen fiscal de los derechos de autor.

La corte señaló que el régimen fiscal de los derechos de autor se basa en la presunción de que los ingresos en cuestión se perciben de forma irregular y aleatoria. La exclusión de ese régimen se basa en la idea de que esa presunción no se establece respecto de los programas informáticos. Solo reciben el mismo trato que las obras literarias. Además, están sujetos a un régimen especial que deroga en varios aspectos la legislación ordinaria sobre derechos de autor. Por lo tanto, su creación se inscribe generalmente en el marco de una relación económica estable.

En opinión de la corte, el legislador podía presumir razonablemente que existía un riesgo de inseguridad e incertidumbre para las rentas de los autores de obras literarias y artísticas, y no (o en mucha menor medida) para los ingresos de los diseñadores de programas informáticos. A este respecto, señaló que el legislador pudo haber tenido en cuenta el hecho de que, durante varios años, la creación de programas informáticos había dado lugar a un recurso relativamente sistemático al régimen fiscal de los derechos de autor, de modo que el pago de los derechos de autor se había convertido en un método de remuneración por derecho propio.

Por último, la corte declaró que la medida controvertida no produce efectos desproporcionados para los creadores de programas informáticos ni para las personas que los emplean, porque únicamente tiene por efecto someterlos al régimen fiscal de los ingresos profesionales. Concluyó, por tanto, que la exclusión de las rentas relativas a los programas informáticos del régimen fiscal de los derechos de autor contaba con una justificación razonable.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.° 52/2024, del 16-5-2024, en https://www.const-court.be/public/f/2024/2024-052f.pdf

BRASIL

Derecho a la educación. Discriminación por razones de género y de orientación sexual. Derecho a la igualdad. Principio de laicidad del Estado. Dignidad de la persona. Instituciones educativas. (Brasil).

Antecedentes del caso: en 2017, el procurador general de la República interpuso una acción por incumplimiento de un precepto fundamental ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil. Cuestionó el párr. 5 del art. 10 de la Ley Complementaria n.º 994/2015 de la ciudad de Blumenau, que prohíbe abordar expresiones relacionadas con la identidad, la ideología o la orientación de género en los planes de estudio de las escuelas públicas del municipio. Sostuvo que esa disposición vulneraba la prohibición de la censura en las actividades culturales y el derecho a la libertad de aprender, enseñar, investigar y difundir el pensamiento, el arte y el conocimiento. Alegó también, entre otros puntos, que la norma impugnada no respetaba el principio de laicidad del Estado, la competencia exclusiva del Estado federal para legislar la educación nacional, el derecho a la igualdad y el objetivo constitucional de construir una sociedad libre, justa y solidaria.

Además, el procurador señaló que este tipo de leyes municipales, al prohibir el abordaje docente de temas vinculados con la sexualidad, reafirmaban una equivalencia inexistente entre sexo y género e ignoraban cualquier realidad diferente de la orientación sexual heteroafectiva, en contradicción expresa con las disposiciones de la Constitución Federal. Agregó que la norma impugnada había invadido la competencia del Estado federal para legislar sobre los lineamientos y las bases de la educación nacional. Según su argumento, el texto constitucional otorga competencia concurrente para regular la educación, la cultura, la enseñanza, el deporte, la ciencia, la tecnología, la investigación, el desarrollo y la innovación solo al Estado federal, a los estados y al distrito federal. Afirmó que, en cambio, la competencia de los municipios es únicamente supletoria y debe atender al principio de interés local.

Del mismo modo, el procurador consideró que la disposición cuestionada vulneraba el derecho constitucional a la igualdad, según el cual todos son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo. Para él, si el género es una categoría que contribuye a explicar la diversidad sexual, la igualdad de género es un principio constitucional que reconoce esta diversidad y prohíbe cualquier forma de discriminación nociva. Argumentó también que la pretensión de prohibir el uso de material didáctico que habilitara discusiones sobre género iba en contra de los principios rectores de la educación brasileña: la libertad de aprender, enseñar, investigar y difundir la cultura, el pensamiento, el arte y el conocimiento y la defensa del pluralismo de ideas y de concepciones pedagógicas. Aseguró que estos principios garantizaban un ambiente escolar pluralista y democrático, por lo que ciertos temas no deberían ser prohibidos *a priori* en los establecimientos educativos, ni siquiera por iniciativa legislativa.

Por último, el procurador observó que esta norma municipal vulneraba el principio de laicidad del Estado, pues pretendía imponer una concepción moral con un marcado trasfondo religioso. Advirtió que la prohibición de tratar contenidos pedagógicos referidos a la diversidad sexual y la repulsión hacia la categoría de género eran posturas notoriamente identificadas con diversas comunidades religiosas.

Por todas estas razones, el procurador solicitó que el Tribunal Supremo Federal le otorgara un amparo para suspender la disposición cuestionada y la declarara inconstitucional.

En diciembre de 2019, el ministro Edson Fachin del Tribunal Supremo Federal otorgó la medida cautelar y suspendió la disposición impugnada hasta que el pleno se pronunciara sobre su constitucionalidad.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por unanimidad, declaró inconstitucional la norma municipal de Blumenau. La disposición estaba suspendida desde diciembre de 2019 por una medida cautelar otorgada por el ministro Edson Fachin, relator del caso.

En su votación sobre el fondo del asunto, Fachin recordó que el Tribunal Supremo Federal ya había adoptado varias decisiones acerca de la materia y establecido el criterio de que las leyes municipales que prohibían la llamada "ideología de género" eran contrarias a la Constitución Federal. Este criterio se sostiene en que, de acuerdo con la Ley Federal 9394/1996, los municipios no pueden legislar en materia de educación nacional ni dictar normas relativas a planes de estudios, contenido de los programas, metodologías de enseñanza o formas de llevar a cabo las actividades docentes, ya que no es su competencia. El ministro recalcó que la competencia concurrente para regular los lineamientos y pautas generales de la educación correspondía al Estado federal, a los estados y al distrito federal.

Fachin también indicó que prohibir al Estado hablar y debatir sobre las múltiples formas de expresión del género y la sexualidad, especialmente en las escuelas, se oponía al principio de dignidad de la persona. Agregó que no admitir la libre expresión del género y no promover su comprensión atentaba absolutamente contra la dignidad y la libertad del ser humano.

Asimismo, sostuvo que el reconocimiento de la identidad de género por parte del Estado era constitutivo de la dignidad humana y de vital importancia para garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas trans, tal como también lo ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El ministro concluyó que, por eso, el Estado tenía la obligación de garantizar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género pudieran vivir con la misma dignidad y respeto que el resto.

Consideró que solo a través de la convivencia con la diferencia y su aceptación se podrá construir una sociedad libre, justa y solidaria, en la que se promueva el bien de todos sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación. Observó que el derecho a la educación abarcaba necesariamente la obligación estatal de permitir que las personas participaran efectivamente en una sociedad libre y de promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas

las naciones y grupos raciales, étnicos o religiosos, según lo dispuesto en diversos tratados internacionales.

El ministro señaló que la disposición cuestionada también vulneraba el derecho constitucional a la igualdad, que establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna clase. Consideró que, para que hubiera igualdad, era necesario no solo contar con una disposición normativa de igualdad de acceso a los bienes jurídicos, sino también con medidas que, de hecho, permitieran su implementación concreta. En este sentido, advirtió que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal exhortaba al Estado a adoptar medidas adecuadas para profundizar, en los hechos, los avances en materia de igualdad.

Además, Fachin aseguró que el respeto a la pluralidad no estaba reñido con el respeto al principio de igualdad, ya que son dos caras de la misma moneda. Destacó que, en el contexto histórico actual, una lectura centrada solo en su aspecto formal no satisfará la mirada integral y completa que exige el principio de igualdad.

Por su parte, el ministro Cristiano Zanin acompañó el voto del relator. Sostuvo que los municipios no podían dictar leyes que interfirieran en las directrices y bases de la educación nacional, ni en las metodologías de enseñanza, ni en los contenidos de los planes de estudio. Señaló que, de acuerdo con la Ley 9394/1996 sobre la educación nacional, estas cuestiones requerían un tratamiento homogéneo en todo el país. Agregó que los municipios tenían competencias supletorias, por lo que únicamente estaban autorizados a complementar la legislación federal y estadual para regular aspectos locales. En consecuencia, consideró que existía una incompatibilidad flagrante con la Constitución en la legislación municipal impugnada, que prohíbe una serie de expresiones y contenidos en documentos y planes de estudio de las escuelas públicas de la ciudad, a contramano de las normas generales establecidas por el Gobierno federal.

Además, Zanin manifestó que la prohibición impuesta por la norma municipal podría privar a los alumnos de acceder a un conocimiento —planificado, estructurado y adecuado para cada grupo etario y cada ciclo educativo— importante sobre formas de expresión del género y la orientación sexual. Afirmó que la escuela debía proporcionar un entorno plural y acogedor para todos y que la prohibición establecida vulneraba las libertades individuales, atentaba contra la tolerancia y fomentaba la discriminación. De esta forma, consideró que la disposición cuestionada alejaba notablemente al Estado brasileño de sus objetivos constitucionales fundamentales de construcción de una sociedad libre, justa y solidaria y de promoción del bien común, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADPF 462, sentencia del 28-6-2024, en https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5674522; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5674555; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=6155795

Derecho a la igualdad. Discriminación. **Derecho del trabajo**. Cupos para personas de raza negra en concursos públicos federales. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Partido Socialismo y Libertad y la Red Sustentabilidad interpusieron una acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal. Solicitaron mantener la política de cupos, que implica la reserva del 20 % de las vacantes en los concursos públicos federales para personas de raza negra.

Los accionantes cuestionaron la constitucionalidad del art. 6 de la Ley n.° 12990/2014, que establecía un plazo de 10 años para finalizar la política de reserva de vacantes en concursos públicos y cuya fecha límite, justamente, era el 10 de junio de 2024. Solicitaron prorrogar la vigencia de la norma. Además, argumentaron que la política impugnada no garantizaba una inclusión social efectiva, ya que los cupos se limitaban a concursos que ofrecían tres o más vacantes. Por eso, resultaba imposible implementar efectivamente la política para determinados cargos públicos que, históricamente, solo ofrecían una o dos vacantes por convocatoria.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió, por unanimidad, prorrogar la vigencia de la ley hasta que el Congreso Nacional aprobara una nueva norma sobre la materia.

El tribunal acompañó el voto del relator del caso, el ministro Flávio Dino, que concedió el amparo y consideró adecuado extender el plazo de vigencia de la política de cupos. Para ello, tuvo en cuenta que el 10 de junio era la fecha límite establecida en la norma. Sostuvo que el plazo previsto debía entenderse como un marco temporal para evaluar los efectos de las acciones llevadas a cabo y planificar su continuidad, reorganización o finalización. Se opuso, en cambio, a la interpretación de que la política de cupos debería suspenderse de forma abrupta.

Por lo tanto, la disposición seguirá vigente hasta que el Congreso Nacional concluya el trámite legislativo sobre la materia. El relator señaló que el Congreso estaba tratando un proyecto de ley al respecto, que la Cámara de Senadores ya le había dado media sanción y que el texto había sido remitido a la Cámara de Diputados para completar el proceso legislativo.

Dino agregó que, en el proyecto con media sanción, los legisladores reconocían que, a pesar de los avances de los últimos años, las prácticas que jerarquizan, discriminan y mantienen a la población negra en una condición de subalternidad siguen siendo lamentablemente rutinarias en el país. En relación con esto, los legisladores destacaron que, en 2020, alrededor del 43 % de los ingresantes en el Poder Ejecutivo federal para ocupar cargos civiles eran negros. Este aumento demuestra el evidente éxito de la política de cupos para que la composición de la fuerza de trabajo estatal a nivel federal se aproxime gradualmente a la composición del conjunto de la población. Sin embargo, todavía no se ha alcanzado la plena igualdad, ya que ese dato representa un porcentaje muy inferior al de la población negra en relación con

la población total. Por eso, los legisladores afirmaron que la política de cupos aún no había alcanzado su objetivo y debía prorrogarse.

El relator también observó que decretar el fin abrupto y definitivo de las acciones afirmativas vulneraba las normas constitucionales vinculadas con la construcción de una sociedad justa y solidaria y con la erradicación de las desigualdades sociales, de los prejuicios de raza y color y de cualquier otra forma de discriminación. Recordó al respecto el compromiso asumido por el Estado brasileño al incorporar al ordenamiento jurídico interno la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia mediante el Decreto n.° 19932, de enero de 2022. Esta convención obliga al Estado a adoptar políticas que promuevan la igualdad de oportunidades para las personas o grupos sometidos al racismo, la discriminación racial y otras formas de intolerancia, e incluye la exigencia de tomar medidas en el ámbito laboral.

Por otro lado, el relator destacó que había muchos concursos públicos en marcha o recientemente finalizados bajo las premisas de la política de cupos. Por esa razón, advirtió que el fin repentino de esta política generaría inseguridad jurídica en relación con los concursos abiertos e implicaría, muy probablemente, la multiplicación de los litigios.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADI 7654, sentencia del 14-6-2024, en http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7.654MC2.pdf; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=6108596; https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-mantem-decisao-que-prorrogou-lei-de-cotas-raciais-em-concursos-publicos/

Derecho a la igualdad. Principio de universalidad del acceso a cargos públicos. Discriminación contra las mujeres. (Brasil).

Antecedentes del caso: el procurador general de la República interpuso dos acciones directas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal para impugnar las leyes estaduales de Piauí y Goiás que solo asignaban a candidatas mujeres hasta el 10 % de las vacantes en concursos públicos para el ingreso a la Policía Militar y al Cuerpo de Bomberos Militares de cada estado. Las normas, alegó, violaban el derecho a la igualdad, los principios de isonomía, de universalidad del acceso a cargos públicos y de no discriminación y el derecho social a la protección del mercado laboral de las mujeres.

Argumentó que no existía respaldo constitucional para establecer determinados porcentajes de cargos públicos a los que las mujeres pudieran acceder, ya que esa diferenciación generaba discriminación por razón de sexo. Agregó que la única

hipótesis válida de trato diferenciado podría contemplarse a fin de ampliar el ingreso de grupos humanos histórica o socialmente discriminados, como en el caso de las vacantes destinadas a personas negras o con discapacidad.

Señaló, además, que el objetivo de las acciones era garantizar la igualdad de derechos en cuanto al acceso a los cargos públicos en los organismos estaduales, de manera que todas las vacantes sean accesibles para las mujeres —siempre que estén calificadas y aprueben los concursos correspondientes— y que se encuentren en igualdad de condiciones respecto de los hombres.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió, por unanimidad, admitir las acciones, suspender las disposiciones cuestionadas y determinar que los nuevos concursos públicos no deben tener restricciones de género como las previstas en las normas impugnadas. La decisión del pleno, por razones de seguridad jurídica, preservó los nombramientos previos realizados con base en los estándares de las normas estaduales. Estableció que, a partir de la fecha de concesión de las acciones directas de inconstitucionalidad, tanto Piauí como Goiás deben reorganizar los procesos de concursos públicos para la Policía Militar y el Cuerpo de Bomberos Militares según condiciones que respeten el derecho a la igualdad y garanticen la universalidad del acceso a los cargos públicos sin discriminación de ningún tipo.

El tribunal acompañó el voto del relator del caso, el ministro Luiz Fux, que afirmó que el umbral del 10 % de las vacantes para el ingreso a la Policía Militar y al Cuerpo de Bomberos Militares debería interpretarse como un cupo de base para que las mujeres accedan a esos cargos (es decir, como una acción afirmativa que garantice un nivel mínimo de nuevas ingresantes mujeres). Agregó que las vacantes restantes deberían estar sujetas a una amplia competencia sin distinción de género.

Además, el relator observó que la restricción prevista en las leyes estaduales representa una expresión de estereotipos de género que retroalimentan la desigualdad social aún existente entre hombres y mujeres. Subrayó que la Constitución pretende expresamente combatir esta desigualdad. También recordó que el Tribunal Supremo Federal había aplicado un criterio similar en relación con leyes de otros estados, como Río de Janeiro o Pará, y que, en esos casos, había decidido que la limitación del ingreso de mujeres a la Policía Militar y al Cuerpo de Bomberos Militares violaba los principios constitucionales de igualdad y de universalidad del acceso a los cargos públicos.

Por otro lado, el relator señaló que el criterio utilizado por las leyes estaduales como requisito de ingreso en los organismos de la administración pública infringía las normas constitucionales que prohíben la creación de distinciones irrazonables entre las personas. A su vez, específicamente en lo que respecta a las relaciones laborales, la Constitución Federal rechaza la diferenciación de requisitos de admisión por razón de sexo, criterio que se extiende al ingreso en la función pública.

El relator también observó que la desigualdad de trato solo puede justificarse cuando el criterio de distinción elegido es legítimo —a la luz de los preceptos constitucionales y de los compromisos internacionales asumidos por el país— y

cuando su finalidad es la emancipación de individuos en situación de desventaja. Sin embargo, esto claramente no ocurre con la norma impugnada, que desconoce el difícil proceso histórico de inserción de la mujer en el mercado de trabajo.

Del mismo modo, el relator advirtió que, aun cuando la Constitución Federal prevé que el acceso a los cargos públicos se disponga de acuerdo con la forma de la ley, el legislador no puede erigir una condición de admisión que viole derechos fundamentales y profundice la desigualdad sustancial entre los individuos. El concurso público, accesible a todos los que cumplan los requisitos legales, es el medio a través del cual el Estado, de forma impersonal e igualitaria, selecciona a los mejores candidatos para servir a la sociedad. Para lograr que el servicio público sea eficiente y útil para la ciudadanía, señaló, es necesario contar con un enfoque pluralista, en el que se contemplen los más diversos segmentos que componen el tejido social.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADI 7484 y 7490, sentencia del 14-6-2024, en https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15364606324&ext=.pdf; https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7490deciso.pdf; https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-invalida-restricao-de-vagas-a-mulheres-em-concursos-para-pm-e-bombeiros-do-piaui-e-de-goias/

Derecho a la privacidad. Derecho a la intimidad. Datos personales. Contenidos informáticos en cuentas de internet. **Derecho procesal.** Obtención de pruebas sin autorización judicial previa. (Brasil).

Antecedentes del caso: en 2019, el Ministerio Público del estado de Paraná solicitó a los proveedores Apple y Google preservar los datos y los IMEI (del inglés International Mobile Equipment Identity, el código que permite la identificación internacional de equipos móviles) recopilados en cuentas vinculadas a los socios de la empresa Infosolo. La medida buscaba obtener evidencia para las investigaciones sobre legalidad de la habilitación de ciertas empresas dedicadas a servicios de registro electrónico de contratos. Los datos requeridos se referían a información de registro, ubicación e historial de búsqueda, contenido de correos electrónicos y mensajes y fotos y nombres de contactos.

La defensa de uno de los investigados presentó un recurso judicial para solicitar la suspensión de la acción penal y la declaración de nulidad de las pruebas obtenidas. Alegó que la obtención de las pruebas había violado el derecho a la intimidad y a la privacidad y que se habían conservado contenidos informáticos de proveedores de internet sin autorización judicial. Sostuvo que esta medida sobrepasaba los límites de la legislación general de protección de datos personales, prevista en el Marco Civil de Internet (Ley 12965/2014).

El Juzgado Penal n.° 12 de Curitiba, en primer lugar, y el Superior Tribunal de Justicia, luego, rechazaron la solicitud de suspensión de la acción penal y de declaración de nulidad de las pruebas.

La defensa del imputado presentó un *habeas corpus* ante el Tribunal Supremo Federal. En una primera decisión, el ministro Ricardo Lewandowski había concedido el *habeas corpus*, pero el Ministerio Público de Paraná apeló mediante un recurso procesal y la Sala Segunda del Tribunal Supremo Federal trató la causa.

Sentencia: el Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, declaró nulas las pruebas obtenidas en internet sin autorización judicial previa y rechazó el recurso del Ministerio Público de Paraná. Entendió que el acceso al contenido de las cuentas electrónicas de los usuarios sin una orden judicial violaba la Constitución Federal y el Marco Civil de Internet (Ley 12965/2014). Dispuso que las pruebas ilícitas fueran eliminadas de los autos, que el juez de origen tendrá que evaluar la continuidad de la acción penal y que la fiscalía deberá abstenerse de emplear nuevamente los elementos anulados en cualquier otro procedimiento futuro.

La mayoría acompañó el voto del relator del caso, el ministro Ricardo Lewandowski, que confirmó que la conservación de los contenidos informáticos no se había fundamentado en ninguna autorización judicial previa. Destacó que el Marco Civil de Internet, cuando se refiere específicamente a la protección de registros, datos personales y comunicaciones privadas, habilita la posibilidad de brindar información de acceso (como el registro de conexión y el acceso a aplicaciones), siempre que haya antes una solicitud de las autoridades policiales, administrativas o del ministerio público. Sin embargo, esa norma también establece que es imprescindible que exista una autorización judicial y que sea previa.

Según Lewandowski, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal afirmó reiteradamente que el art. 5, inc. XII, de la Constitución Federal protege la confidencialidad de las comunicaciones en flujo (intercambio de datos y mensajes en tiempo real) y que el inc. X de esa misma norma constitucional resguarda la confidencialidad de las comunicaciones almacenadas, como los depósitos registrales. El ministro agregó que, en el ámbito infraconstitucional, el Marco Civil de Internet establece los principios aplicables a este caso. En efecto, el art. 3 de esta ley regula la protección de la privacidad y de los datos personales y garantiza, además, la inviolabilidad y el secreto del flujo de comunicaciones y la confidencialidad de las comunicaciones privadas almacenadas.

Además, el relator recordó que el derecho de cualquier ciudadano a gestionar y disponer del contenido personal de sus correos electrónicos, mensajes, contactos y ubicaciones es una garantía individual reforzada por el derecho a la preservación de la intimidad, de la vida privada, del honor y de la imagen de las personas (art. 5, Constitución Federal). Del mismo modo, advirtió que la norma constitucional asegura que la confidencialidad de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, telefónicas y de datos es inviolable, excepto, en última instancia, por una orden judicial, en las circunstancias y en la forma establecidas por la ley, para fines de investigación criminal o instrucción procesal.

Lewandowski también observó que, de acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, la privacidad implicaba el derecho del individuo a mantener el control sobre su información personal y determinar la manera de construir su propia esfera pública. De esta forma, el almacenamiento de datos informáticos, tal como había sido solicitado por la fiscalía, ya sea para su uso actual o futuro en el proceso penal, debe contar inexorablemente con una autorización judicial previa.

En consecuencia, el relator rechazó el argumento del Ministerio Público de Paraná, en cuanto a que el requisito de obtener una autorización judicial previa para acceder a datos privados almacenados afectaba el combate contra el delito. Señaló que solo bastaba con que las autoridades a cargo de la investigación respetaran los límites constitucionales de sus actuaciones para poder obtener las pruebas correspondientes.

Por su parte, el ministro Gilmar Mendes compartió la posición del relator y sostuvo que el Marco Civil de Internet definía que solo los registros de conexión, que consisten en informaciones relativas a la fecha, hora de uso, duración y dirección de IP, podían ser solicitados por el ministerio público o la policía sin orden judicial. Señaló que, en cambio, el Ministerio Público de Paraná había requerido información de registro, ubicación e historial de búsqueda, contenido de correos electrónicos y mensajes y fotos y nombres de contactos y que todos esos datos no formaban parte del concepto de registros de conexión. Por lo tanto, Mendes consideró que la solicitud del Ministerio Público de Paraná había excedido los límites legales. El ministro Nunes Marques acompañó el voto del relator en los mismos términos que Mendes.

Por otro lado, los ministros André Mendonça y Edson Fachin se opusieron al relator y votaron por la minoría. Consideraron que las pruebas solo habían sido obtenidas después del levantamiento de la confidencialidad por una orden judicial. Afirmaron que, por lo tanto, no había relación entre la conservación ilegítima de contenidos informáticos y la introducción de pruebas en el expediente, que había ocurrido posteriormente y había cumplido con los requisitos legales.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *HC 222141*, sentencia del 6-2-2024, en https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5741048; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5741049

Derecho comercial. Principio de libre empresa. Protección de los consumidores. **Derecho a la igualdad.** Reducción de las desigualdades regionales y sociales. Separación de poderes. Proporcionalidad. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Partido Democrático Laborista y la Asociación Brasileña de Televisión por Suscripción presentaron dos acciones directas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal. Cuestionaron la validez del art. 32, inc. 15, de la Ley 12485/2011 (con la redacción dada por la Ley 14173/2021), que aumentó el número de canales de televisión abierta que deben incluirse en los paquetes de televisión por suscripción, sin incrementar el importe cobrado a los usuarios.

La norma impugnada derivó de una medida provisoria, que consiste en un acto del presidente de la República que tiene fuerza de ley, pero que, para mantener su validez, debe ser aprobada por el Congreso Nacional (art. 62 de la Constitución). En primer lugar, el presidente dictó la Medida Provisoria 1018/2020, que redujo la recaudación de impuestos sobre los servicios de internet de banda ancha. Luego, durante las discusiones en el Congreso Nacional, un diputado federal propuso una enmienda en el texto original de la medida provisoria para aumentar el número de canales de televisión abierta que deben ser ofrecidos por los operadores de televisión por suscripción. La medida provisoria, incluida la enmienda, fue aprobada por los parlamentarios mediante la sanción de la Ley 14173/2021.

Los accionantes sostuvieron que la norma cuestionada afectaba los principios de libre empresa, de separación de poderes y de proporcionalidad.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió, por unanimidad, que la norma impugnada era constitucional. Consideró que la ampliación de los canales de televisión abierta incluidos en los paquetes de televisión por suscripción contribuye a reducir las desigualdades sociales y regionales, ya que permite a los usuarios acceder a contenidos variados y promueve la cultura de un modo federal.

El tribunal acompañó el voto del relator del caso, el ministro Alexandre de Moraes. El relator indicó que una de las cuestiones judiciales que se planteaba en este asunto era si la enmienda parlamentaria abordaba una cuestión similar a la del texto original de la medida provisoria (que reducía los impuestos que gravan los servicios de internet de banda ancha).

El relator advirtió que la Constitución prohíbe que los marcos legales de los servicios de telecomunicaciones —es decir, si estos servicios serán prestados directamente por el Estado o delegados a una empresa privada— sean regulados mediante una medida provisoria (art. 246 de la Constitución y art. 2 de la Enmienda Constitucional 8/1995). Sin embargo, dado que la norma analizada no aborda esta cuestión, sino que se limita a ampliar la lista de canales que deben ofrecer los operadores

de televisión paga, sostuvo que se trataba de un instrumento administrativo operativo y que no había motivos para considerar inconstitucional la medida provisoria.

El relator observó que las modificaciones o adiciones introducidas por los parlamentarios en el texto de las medidas provisorias solo podían versar sobre una materia similar a la tratada en el texto original (requisito de pertinencia temática). En este caso, la Medida Provisoria 1018/2020 promovía una reducción de impuestos como forma de aumentar el acceso a internet de banda ancha, que pasaría a ser más barato. La enmienda parlamentaria pretendía facilitar a los usuarios de televisión paga el acceso a los canales abiertos regionales. Dado que ambas medidas buscaban ampliar la oferta de servicios de telecomunicaciones a la población, consideró que existía pertinencia temática entre el texto original de la medida provisoria y la enmienda que originó la norma cuestionada.

Además, el relator señaló que otra de las cuestiones judiciales planteadas en este caso era si la norma, al aumentar la cantidad de canales incluidos en los paquetes, cambiaba el modo de explotación de los servicios de telecomunicaciones e imponía una obligación muy costosa a los operadores de televisión paga.

Aseguró que el aumento del número de canales de televisión abierta no suponía un gran obstáculo para los operadores de televisión por suscripción. La Ley 14173/2021 se limita a extender a todos los operadores de televisión paga (incluidas las televisiones por cable) una norma que ya se aplicaba a los que transmiten la señal por satélite. Además, si los operadores no pueden ofrecer determinados canales por razones técnicas o económicas, la ley permite a la Agencia Nacional de Telecomunicaciones eximirlos de esta obligación (art. 32, inc. 15, de la Ley 12485/2011, con la redacción dada por la Ley 14173/2021). El relator concluyó que la ampliación del acceso a los canales de televisión abierta promovía la cultura nacional y regional y fomentaba la producción independiente (art. 221 de la Constitución).

Asimismo, el relator rechazó que la norma cuestionada afectara los principios de libre empresa, de separación de poderes y de proporcionalidad. Observó que el principio de libre empresa, garantizado en el art. 170 de la Constitución, no impedía al Estado actuar de forma subsidiaria en la dinámica económica y garantizar objetivos indispensables para el mantenimiento de la cohesión social, como la protección de los consumidores y la reducción de las desigualdades regionales y sociales (art. 170 de la Constitución), así como la promoción de la cultura nacional y la regionalización de la producción cultural, artística y periodística (art. 221 de la Constitución). Debe existir siempre, como ocurre en este caso, proporcionalidad entre la restricción impuesta y la finalidad de interés público.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADI 6921 y 6931, sentencia del 7-2-2024, en https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15366721304&ext=.pdf

Derecho del trabajo. Tiempo de espera, jornada y descanso de conductores profesionales. Examen toxicológico. Principio de la dignidad humana. Principio de igualdad. **Derechos sociales**. (Brasil).

Antecedentes del caso: la Confederación Nacional de Trabajadores del Transporte Terrestre (CNTT) interpuso una acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal. Cuestionó la Ley 13103/2015 (denominada "Ley de Camioneros"), que regula el ejercicio de la profesión de conductor en el transporte de carga y pasajeros por carretera. Entre otros puntos, la norma extendió la jornada laboral, redujo los tiempos de descanso y exigió la realización de un examen toxicológico.

En la acción directa de inconstitucionalidad, la CNTT argumentó que el examen toxicológico no era exigible solamente para tramitar la emisión de la licencia nacional de conducir, sino también para su renovación, para el ingreso al trabajo, ante un posible despido e, inclusive, debía realizarse de manera periódica mientras durase el vínculo laboral. Sostuvo que esa disposición violaba los principios de la dignidad humana e igualdad y vulneraba los valores sociales del trabajo.

Además, la CNTT cuestionó la disposición que autorizaba la ampliación de la jornada laboral a 12 horas. Alegó que, al dividir y reducir el período de descanso, la norma aumentaba el riesgo de accidentes laborales. También consideró que la ley, que separaba el tiempo de espera de la jornada laboral, transfería los riesgos de la actividad económica al trabajador.

Del mismo modo, la CNTT destacó que la norma cuestionada establecía un sesgo puramente económico y usurpaba derechos sociales discutidos con los trabajadores y adoptados en la legislación anterior (Ley 12619/2012). Advirtió que existían principios constitucionales de protección a los conductores profesionales, una categoría de trabajadores que se sacrificaban en beneficio de la sociedad y no habían dejado de cumplir sus funciones durante la pandemia de COVID-19.

Por su parte, la Federación de Trabajadores del Transporte por Carretera del Estado de Paraná observó que, según datos de la Organización Mundial de la Salud, Brasil era uno de los países con mayor número de muertes en accidentes de tránsito. Consideró que, por esa razón, no era conveniente flexibilizar las normas de seguridad y descanso en el trabajo a través de convenios colectivos, ya que los resultados trascendían las relaciones laborales y afectaban a terceros, que podían ser víctimas de accidentes de tránsito.

Por otro lado, el Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil defendió la constitucionalidad del examen toxicológico, con una ventana mínima de detección de 90 días para sustancias psicoactivas, en el momento del ingreso, en el del despido y también de forma periódica. Afirmó que los accidentes de tránsito eran la principal fuente de gasto del sistema sanitario y que, en tiempos de crisis como la actual, adoptar medidas preventivas para la seguridad vial era todavía más necesario. A su juicio, el requisito del examen toxicológico no es desproporcionado ni arbitrario, sino un mecanismo de utilidad pública, ya que implica reducir riesgos

para la sociedad. Del mismo modo, la Confederación Nacional de Transportes también defendió la constitucionalidad de la norma, por considerar que satisfacía las necesidades del sector.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por una mayoría de ocho votos contra tres, declaró inconstitucionales once disposiciones de la Ley 13103/2015, relacionadas con la jornada de trabajo, los períodos de descanso y el descanso semanal. Al mismo tiempo, consideró válidos otros puntos de la ley, como la exigencia de pruebas toxicológicas a los conductores profesionales. La mayoría acompañó el voto del relator del caso, el ministro Alexandre de Moraes.

El Tribunal Supremo señaló que eran inconstitucionales las disposiciones que permitían reducir el período mínimo de descanso, mediante su división y su coincidencia con los períodos obligatorios de detención de vehículos establecidos por el Código de Tránsito de Brasil. Según el relator, el descanso entre turnos diarios, además de garantizar la recuperación física, tiene un impacto directo en la seguridad vial, ya que permite al conductor mantener su nivel de concentración y discernimiento mientras conduce el vehículo.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la división y acumulación del descanso semanal. El relator explicó que el descanso estaba directamente relacionado con la salud del trabajador y que formaba parte de un derecho social inalienable.

El Tribunal Supremo también consideró inválida una disposición que excluía de la jornada laboral y del cómputo de horas extraordinarias el tiempo en que el conductor permanecía esperando la carga o descarga del vehículo en las instalaciones del expedidor o del destinatario y el período dedicado a la inspección de las mercancías. El relator advirtió que la inversión del tratamiento del tiempo de espera representaba una caracterización errónea de la relación laboral. Además, sostuvo que causaba un perjuicio directo al trabajador, porque preveía una forma de prestación de servicio que no estaba incluida en la jornada diaria normal ni siquiera como jornada extraordinaria de trabajo. Agregó que el conductor estaba a disposición del empresario durante el tiempo de espera y que la remuneración que correspondía pagar según el contrato de trabajo no podía consistir en algún tipo de "compensación", ya que se trataba de tiempo efectivo de servicio.

Además, el Tribunal Supremo invalidó la posibilidad de descansar con el vehículo en movimiento, cuando dos conductores trabajaran juntos y se alternaran en el manejo. El relator sostuvo que no era posible imaginar un descanso adecuado para el trabajador en un vehículo en marcha, que muchas veces ni siquiera contaba con un alojamiento apropiado, dada la precariedad de gran parte de las rutas brasileñas. Aseguró que problemas como las sacudidas de los vehículos, los baches en los caminos, la falta de asfalto en las carreteras, el ruido de los motores, etc., impedirían que el trabajador alcance un descanso completo y una recuperación conveniente.

Tres ministros votaron por la minoría. Acompañaron a la mayoría en las disposiciones declaradas inconstitucionales, pero, además, extendieron la inconstitucionalidad a otros artículos de la ley impugnada.

Argumentaron que los convenios y acuerdos colectivos de trabajo no podían flexibilizar derechos sociales fundamentales de los trabajadores brasileños. Señalaron que la justicia social es un vector y un fundamento del Estado democrático de derecho, de acuerdo con la Constitución de 1988, y que la valorización del trabajo humano busca garantizar una existencia digna para todos los ciudadanos brasileños.

Por lo tanto, los ministros de la minoría aseguraron que, para que los convenios o acuerdos colectivos de trabajo prevalezcan, es indispensable que la negociación colectiva implique beneficios compensatorios por los derechos que se negocian. En este punto, consideraron inadmisible la mera renuncia a los derechos fundamentales, especialmente a los derechos sociales de los trabajadores. Indicaron que no es posible negociar, ni individual ni colectivamente, el deber de un desarrollo continuo y una mejora progresiva del sistema de protección de las relaciones de trabajo.

La minoría sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley impugnada se debía, en gran parte, a la aplicación del principio de prohibición de la regresión social —especialmente en materia de salud y seguridad de los trabajadores brasileños—, que busca potenciar la confianza del ciudadano en el orden jurídico y en la estabilidad de las reglas definidas tanto por el legislador constituyente como por el ordinario. En efecto, de acuerdo con este principio, el Estado impone un conjunto mínimo de derechos, con el objetivo de prohibir actos legislativos o administrativos de carácter retroactivo o regresivo. Entendieron que, de esta manera, el Estado consolidaba derechos inherentes a la condición humana y prevenía cualquier acción de los poderes estatales que eliminara, redujera o restringiera, en alguna medida, los derechos fundamentales expresamente garantizados por la Constitución.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 5322*, sentencia del 30-6-2023, en https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4992846; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4477352; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5397087; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5621579

Derecho penal. Derecho a la intimidad. Derecho a la libertad individual. Posesión de drogas para consumo personal. Marihuana. Delito penal. (Brasil).

Antecedentes del caso: una persona fue condenada a dos meses de trabajos comunitarios por poseer 3 g de cannabis para uso personal. El art. 28 de la Ley n.º 11343/2006 (Ley de Drogas) establece que el consumo de drogas es un delito penal,

pero no prevé penas de prisión. La ley dispone que los consumidores pueden ser castigados de tres maneras diferentes: recibir una advertencia sobre los efectos de las drogas, realizar trabajos de servicio comunitario o asistir a un programa o curso educativo. En cambio, la norma establece, en su art. 33, que el tráfico de drogas se castiga con penas de prisión.

El accionante interpuso un recurso extraordinario ante el Tribunal Supremo Federal y rechazó que la posesión de pequeñas cantidades de cannabis para uso personal fuera un delito penal. En este caso, la discusión del tribunal giró en torno a la constitucionalidad del art. 28 de la Ley de Drogas, que es el que prevé las sanciones alternativas —como medidas educativas, de advertencia y de prestación de servicios— para quienes compren, porten, transporten o almacenen drogas para consumo personal. El tribunal también analizó las posibilidades de establecer un criterio objetivo para diferenciar el tráfico de la producción y la posesión para consumo propio. Hasta ahora, esta definición era responsabilidad conjunta de la policía, el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial, pero la norma se interpretaba de diferentes maneras según la persona y el lugar donde ocurría el hecho.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió, por mayoría, que la posesión de cannabis para consumo personal no es un delito penal. Dictaminó que tener pequeñas cantidades de cannabis para uso personal sigue estando prohibido, pero constituye una infracción administrativa, no un delito. Por lo tanto, en el caso analizado, la persona condenada por posesión de 3 g de cannabis para consumo personal fue absuelta. La decisión se basó en los derechos constitucionales a la intimidad y a la libertad individual.

El tribunal sostuvo que la posesión de cannabis para consumo personal debía considerarse una infracción administrativa, por lo que no generaba, por ejemplo, antecedentes penales, como sí ocurría con los delitos. Las sanciones para estos casos serían una advertencia sobre los efectos de las drogas y la asistencia a un programa o curso educativo, de acuerdo con el art. 28 de la Ley sobre Drogas. Además, la policía le incautará la droga al consumidor. El tribunal también destacó que tratar el consumo de cannabis como delito penal fomentaba las actividades delictivas asociadas al tráfico, pero no reducía el consumo.

Para diferenciar a los consumidores de los traficantes, el tribunal estableció como pauta la posesión de 40 g de *cannabis sativa* y de seis plantas hembra. Sin embargo, este criterio no es absoluto, sino una presunción relativa que puede ser eliminada si se demuestra que la droga no fue utilizada para consumo personal. La policía puede incautar la droga y detener a la persona en flagrancia, aunque la cantidad sea inferior a 40 gramos, si encuentra indicios de intención de traficar, como envoltorios de la sustancia, registros de operaciones comerciales o instrumentos como balanzas. En este caso, el responsable del operativo debe detallar los motivos de la medida, que no puede basarse en criterios arbitrarios, bajo pena de incurrir en responsabilidad civil, disciplinaria y penal. El juez encargado de evaluar el caso, a su vez, puede descartar la infracción penal si existen pruebas suficientes de que la persona solamente es usuaria.

Asimismo, en los casos de incautación de cantidades superiores a 40 g, el juez competente también podrá descartar la tipificación como delito si existe prueba suficiente de la condición de usuario de la persona.

Del mismo modo, el tribunal insistió en que el consumo de drogas es una actividad dañina y, por eso, tiene que ser desalentado. Al respecto, exhortó a los poderes Legislativo y Ejecutivo a adoptar medidas administrativas y legislativas para perfeccionar las políticas públicas de tratamiento de los adictos. Esas medidas deben desplazar el foco de la acción estatal del régimen puramente represivo a un modelo multidisciplinario que reconozca la interdependencia de las actividades de prevención del uso de drogas, atención especializada y reinserción social de los adictos, y represión de la producción no autorizada y del tráfico de drogas. Resolvió que el Estado deberá desarrollar programas para aclarar los riesgos del consumo y ofrecer tratamiento sanitario a los adictos, como también crear agencias y organismos, conformados por especialistas en salud pública, para aplicar medidas específicas de asistencia a los consumidores.

Además, el tribunal dispuso que el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en conjunto con los poderes Ejecutivo y Legislativo, deberá adoptar medidas para cumplir con la decisión y crear un protocolo específico para audiencias que involucren usuarios dependientes, con remisión del individuo vulnerable a los órganos de la red pública de salud capaces de evaluar la gravedad de la situación y ofrecer tratamiento especializado. También ordenó al CNJ, con la participación de la Defensoría Pública, promover inspecciones penitenciarias para realizar los cambios pertinentes en aquellas cárceles que se encuentren fuera de los parámetros establecidos en la sentencia.

De igual forma, para hacer realidad esta política pública, el tribunal exhortó a los poderes Ejecutivo y Legislativo a garantizar la asignación presupuestaria correspondiente. Por esa razón, el Gobierno federal deberá liberar el saldo acumulado del Fondo Nacional Antidrogas, creado por la Ley n.º 7560/86 y administrado por el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, y abstenerse de reservar futuras contribuciones al fondo, que también tendrán que destinarse a programas de educación sobre los perjuicios del consumo de drogas.

Por otro lado, el tribunal advirtió que, actualmente, dado que la Ley de Drogas no define la cantidad de *cannabis* que caracteriza el consumo personal, la policía, el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial evalúan en cada caso si el acusado debe ser definido como consumidor o como traficante. La falta de un criterio preciso hace que la ley se aplique de forma desigual. Mientras que los jóvenes blancos y de clase media tienen más probabilidades de ser considerados usuarios, es más común que los jóvenes pobres, negros y morenos sean considerados traficantes. Para evitarlo, el tribunal estableció un criterio claro y objetivo: la posesión de 40 g de *cannabis sativa* y de seis plantas hembra.

La mayoría acompañó el voto del relator del caso, el ministro Gilmar Mendes. En este sentido, el ministro Luís Roberto Barroso, presidente del tribunal, sostuvo que nadie defendía ni legalizaba el uso de drogas ilícitas, sino que, por el contrario, el rol del Estado era desalentar el consumo por sus innegables efectos perjudiciales sobre la salud, ayudar a los toxicómanos y combatir el narcotráfico. Aclaró que el

tribunal se había dedicado a debatir acerca de la mejor manera de afrontar este problema y minimizar sus consecuencias nocivas para la sociedad. En ese marco, afirmó que haber evitado establecer un criterio orientativo sobre la cantidad tolerable había constituido una mala política pública y una pésima estrategia punitiva, ya que el consumo había aumentado, y también el poder del narcotráfico. Aseguró que definir este parámetro para distinguir a los consumidores de los traficantes evitará que el encarcelamiento excesivo de jóvenes proporcione mano de obra para el crimen organizado en las prisiones brasileñas. Por último, destacó que la marihuana seguía siendo una sustancia ilícita y que no podía consumirse en lugares públicos.

Por su parte, la ministra Cármen Lúcia también acompañó a la mayoría y afirmó que la posesión de marihuana para consumo personal constituía una infracción administrativa, sin consecuencias penales para el consumidor. Advirtió que existía un escenario de discrecionalidad con ausencia de criterios que separaran al usuario del traficante, cuya conducta está tipificada como delito y castigada con prisión. Por eso, consideró que el parámetro establecido por el tribunal permitiría encauzar mejor esta problemática.

En cuanto a los ministros que votaron por la minoría, Luiz Fux observó que la Ley de Drogas era constitucional y que en su actual redacción ya no criminalizaba al consumidor. Señaló que la legislación preveía sanciones razonables para el usuario y, al mismo tiempo, buscaba poner frenos al mercado de drogas ilícitas. A su vez, con respecto a los criterios que separan al consumidor del traficante, aseguró que esa definición no era potestad del Poder Judicial, sino que le correspondía al Legislativo. Por eso, votó en contra de la posición mayoritaria.

En la sesión, el pleno del tribunal adoptó las siguientes tesis de repercusión general:

1. No comete infracción penal quien adquiera, guarde, almacene, transporte o lleve consigo, para consumo personal, la sustancia *cannabis sativa*, sin perjuicio del reconocimiento de la ilicitud extrapenal de la conducta, con incautación de la droga y aplicación de sanciones de advertencia sobre sus efectos (art. 28.I de la Ley de Drogas) y medidas educativas de asistencia a un programa o curso (art. 28.III).

2. Las sanciones establecidas en los incisos I y III del art. 28 de la Ley de Drogas serán aplicadas por el juez en un procedimiento no penal, sin repercusiones de tipo penal para la conducta.

3. En el caso de posesión de *cannabis* para consumo personal, la autoridad policial incautará la sustancia y notificará al autor para que comparezca ante el tribunal, de conformidad con el reglamento que aprobará la CNJ. Hasta que ese organismo delibere sobre el asunto, los tribunales penales especiales tendrán competencia sobre las conductas previstas en el art. 28 de la Ley de Drogas, de acuerdo con el régimen vigente, pero sus sentencias no podrán tener efectos penales.

4. En los términos del párrafo 2.º del art. 28 de la Ley de Drogas, se presumirá consumidor a quien adquiera, guarde, almacene, transporte o lleve consigo hasta 40 g de *cannabis sativa* o seis plantas hembra para consumo propio, hasta que el Congreso Nacional legisle sobre la materia.

5. La presunción del ítem anterior es relativa, y no impide que la policía y sus agentes realicen una detención en flagrancia por tráfico de estupefacientes, incluso por cantidades inferiores al límite establecido anteriormente, cuando concurran elementos que indiquen una intención de comerciar, tales como la forma en que está envasada la droga, las circunstancias de la incautación, la variedad de sustancias incautadas, el hallazgo simultáneo de instrumentos como balanzas, registros de operaciones comerciales y teléfonos móviles que contengan contactos de usuarios o traficantes.

6. En estos casos, la autoridad policial deberá incluir en su informe una justificación detallada de la eliminación de la presunción de posesión para uso personal, y no podrá fundarse en criterios subjetivos arbitrarios.

7. En caso de detención por cantidades inferiores a 40 gramos de *cannabis sativa* o seis plantas hembra, el juez deberá, en la audiencia de custodia, valorar las razones esgrimidas para eliminar la presunción de posesión para uso personal.

8. La incautación de cantidades superiores a los límites aquí establecidos no impide que el juez concluya que se trata de una conducta atípica, siempre que en el expediente consten pruebas suficientes de la condición de usuario de la persona involucrada.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, RE 635659, sentencia del 26-6-2024, en https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/06/27103347/RE-635659-Tema-506-informacao-sociedade-rev.-LC-FSP-v2_27-6-24_10h11.pdf



Derecho penal. Posesión de armas de fuego. Agentes de seguridad socioeducativa. Competencia del Estado federal. (Brasil).

Antecedentes del caso: en Brasil, un agente de seguridad socioeducativa es el responsable de auxiliar a los menores detenidos por el Estado por haber cometido algún delito. Su objetivo es proteger la integridad física, mental y emocional de los jóvenes y facilitar el proceso de reinserción social. Además, deben orientarlos mediante el diálogo y la acción administrativa. Sus funciones también incluyen el apoyo y la supervisión de las actividades educativas, culturales y de formación profesional, la realización de visitas regulares a las residencias de reclusión y la identificación y el registro de la entrada y salida de visitantes.

En agosto de 2023, el procurador general de la República, Augusto Aras, interpuso una acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal. Cuestionó una norma del estado de Espíritu Santo que autoriza la posesión de armas de fuego a los agentes de seguridad socioeducativa, aunque prohíbe la portación y el uso en las unidades de reclusión donde se encuentran los menores.

El procurador general alegó que las disposiciones de la Ley 1017/2022 del estado de Espíritu Santo invadían la competencia exclusiva del Estado federal para autorizar y fiscalizar la producción y comercio de material bélico y legislar sobre esa materia y también sobre derecho penal (arts. 21 y 22 de la Constitución Federal). En este sentido, señaló que el Estatuto de Desarme (Ley Federal 10826/2003), que enumera los empleados y funcionarios públicos y privados autorizados a portar armas de fuego, no había incluido a los agentes de seguridad socioeducativa. El procurador general también destacó la necesidad de que hubiera un tratamiento uniforme del tema en todo el país, para evitar que cada estado dispusiera su propia normativa. Además, sostuvo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal consideraba inconstitucionales a las leyes estaduales que legislaban sobre posesión y portación de armas de fuego.

Por su parte, la Asamblea Legislativa de Espíritu Santo defendió la constitucionalidad de la norma impugnada. Señaló que el Estatuto de Desarme permitía la posesión y portación de armas de los agentes y guardias penitenciarios. Argumentó que el mismo tratamiento les correspondía a los agentes de seguridad socioeducativa, ya que afirmó que ambas categorías de trabajadores poseían características similares.

Por otro lado, el gobernador de Espíritu Santo consideró que la ley estadual era inconstitucional. Alegó que el Estatuto de Desarme no había incluido a los agentes de seguridad socioeducativa en su listado de agentes públicos y privados autorizados a portar armas de fuego. También advirtió que la norma cuestionada vulneraba la competencia del Estado federal en la materia.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por unanimidad, declaró inconstitucional la ley cuestionada. Reafirmó la jurisprudencia consolidada del tribunal en el sentido de que los estados no pueden legislar sobre posesión y portación de armas de fuego, ya que solo el Estado federal tiene competencia exclusiva en la materia y está en condiciones de regular el uso de armas de fuego con normas uniformes para todo el territorio nacional. En consecuencia, el pleno aceptó el argumento del procurador general de que la ley estadual vulneraba los arts. 21 y 22 de la Constitución Federal.

El pleno acompañó el voto del relator del caso, el ministro Gilmar Mendes, que afirmó que, actualmente, la materia se rige por el Estatuto de Desarme (Ley Federal 10826/2003). El relator observó que la competencia atribuida a cada estado en materia de seguridad pública no podía anular los intereses más amplios del Estado federal en cuanto a la formulación de una política criminal de alcance nacional. Señaló que el eje central de esta política era, precisamente, el establecimiento de normas uniformes, en todo el país, para la fabricación, comercialización, circulación y uso de armas de fuego, de acuerdo con el art. 21 de la Constitución Federal.

Además, el relator citó jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal que destacaba la competencia exclusiva del Estado federal para determinar los casos excepcionales en los que la posesión de armas de fuego no configuraba un delito

penal. Por lo tanto, el estado de Espíritu Santo no puede legislar al respecto y autorizar unilateralmente la posesión de armas de fuego a los agentes de seguridad socioeducativa locales.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 7424*, sentencia del 5-2-2024, en https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5929492; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5929491

Derecho penal. Prohibición constitucional de difusión de discursos de odio e incitación a cometer actos antidemocráticos. Incumplimiento de órdenes judiciales. Suspensión del funcionamiento de una red social en el territorio nacional. Libertad de expresión. (Brasil).

Antecedentes del caso: el proceso fue iniciado a partir de un escrito remitido al Tribunal Supremo Federal por la autoridad policial, que comunicaba la apertura de una investigación sobre la posible comisión de los delitos de obstrucción de investigaciones de organizaciones criminales (art. 2 de la Ley n.° 12850/13) y de incitación al crimen (art. 286 del Código Penal).

La investigación policial demostró la participación criminal organizada de numerosas personas con el fin de amenazar y amedrentar a los miembros de la policía federal que actúan en las investigaciones sobre las milicias digitales y el intento de golpe de Estado. Las redes sociales, en especial la plataforma X (antes conocida como Twitter), son utilizadas para exponer datos personales, fotografías, amenazas y actos intimidatorios contra los policías y sus familias. Algunas de las personas involucradas fueron identificadas y otras no.

En una decisión del 7 de agosto de 2024, Alexandre de Moraes, ministro del Tribunal Supremo Federal, ordenó a X Brasil (la empresa responsable de la red social X) que, en el plazo de dos horas, bloqueara los canales, perfiles o cuentas indicados, así como cualquier otro grupo administrado por los usuarios identificados, bajo pena de una multa diaria de R$50 000. El magistrado también dispuso que la empresa entregara los datos registrados al Tribunal Supremo Federal y que preservara su contenido.

El 12 de agosto, el ministro señaló que la empresa había sido debidamente notificada de la decisión, pero había incumplido la orden judicial. Por eso, se le impuso la multa diaria de R$50 000 y se citó a su representante legal en Brasil. El 16 del mismo mes, la orden judicial fue reiterada y se aumentó el valor de la multa, tras constatar la acción deliberada de los representantes legales de X para evitar ser notificados.

El 17 de agosto, el accionista mayoritario y responsable internacional de X, Elon Musk, declaró expresamente que seguiría incumpliendo las decisiones judiciales, además de anunciar que cerraría su filial en el país (X Brasil) con el propósito de eludir el ordenamiento jurídico brasileño y las decisiones del Poder Judicial.

Al día siguiente, ante el continuo desconocimiento de las determinaciones judiciales, el ministro resolvió bloquear las cuentas bancarias y los activos financieros de la empresa en el país. El 24 de agosto, De Moraes dispuso el bloqueo de nuevas cuentas bancarias y activos financieros de otras compañías vinculadas con el grupo empresario, ya que los recursos financieros hallados en el primer bloqueo de cuentas eran insuficientes para pagar las multas diarias.

En cuanto a la decisión de exigir la designación de un nuevo representante legal en el plazo de veinticuatro horas, todos los implicados habían sido debidamente notificados, según De Moraes. Asimismo, la secretaría judicial del Tribunal Supremo Federal también confirmó la citación de Elon Musk por medios electrónicos.

El 30 de agosto de 2024, en una decisión unipersonal, el ministro remarcó el incumplimiento deliberado y reiterado de las órdenes judiciales y la falta de pago de las multas diarias impuestas, además del intento de evitar someterse al sistema judicial brasileño y el peligro de que continuaran las actividades de grupos extremistas y milicias digitales y la difusión masiva de mensajes nazis, racistas, fascistas y antidemocráticos a través de la red social X. Por esas razones, resolvió ordenar la suspensión inmediata y total del funcionamiento de X en todo el territorio nacional hasta que se cumplieran las decisiones judiciales del Tribunal Supremo Federal y fueran abonadas las multas impuestas. De Moraes señaló que esta medida tendrá validez hasta que la empresa designe un representante legal en el país.

El ministro instó al presidente de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones a tomar las medidas necesarias para garantizar la suspensión. También pidió a Apple y a Google que intervengan para bloquear el uso de la plataforma en los sistemas operativos iOS y Android, además de eliminarla de sus tiendas virtuales.

De Moraes aseguró que el Tribunal Supremo Federal había hecho todos los esfuerzos posibles y ofrecido todas las oportunidades para que X cumpliera las órdenes judiciales y pagara las multas, lo que habría evitado la adopción de una medida tan grave como esta. Observó que las conductas ilícitas de la empresa habían sido reiteradas durante la investigación, lo que demostraba la intención de eximirse de responsabilidad por el incumplimiento de las órdenes judiciales. En efecto, X no había designado representantes legales en Brasil para contestar a la citación y, posteriormente, había difundido un mensaje sobre el posible cierre de la empresa en el país.

Además, el ministro impuso una multa diaria de R$50 000 a quienes utilizaran subterfugios tecnológicos para seguir usando X, sin perjuicio de otro tipo de sanciones civiles y penales.

Sentencia: la Sala Primera del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por unanimidad, confirmó la decisión del ministro Alexandre de Moraes, que había suspendido la plataforma X en todo el país.

En la sesión de la Sala Primera, De Moraes reiteró los fundamentos de su decisión unipersonal y aclaró que la multa diaria de R$50 000 se aplicaba a personas y empresas que intentaran burlar la medida judicial y emplear subterfugios tecnológicos (como el uso de VPN, una red privada virtual que puede establecer una conexión cifrada y anónima a internet) para seguir comunicándose a través de X.

En su voto, el ministro hizo un recorrido por las distintas disposiciones legales que se aplicaban a este caso. Se remitió a la Ley n.° 12965/2014, que establece el marco regulatorio de las actividades desarrolladas en internet. Indicó que el respeto a la libertad de expresión era uno de los fundamentos de la regulación sobre internet. También señaló que la ley preveía la responsabilidad civil del proveedor de aplicaciones de internet por los daños derivados de contenidos generados por terceros, si las medidas no se llevaban a cabo en el plazo previsto y dentro de los límites técnicos del servicio. Del mismo modo, advirtió que la norma establecía que era posible solicitar información sobre los servicios telemáticos directamente de empresas brasileñas que fueran filiales de empresas extranjeras, cuando estuvieran constituidas de acuerdo con la legislación nacional y tuvieran su sede en Brasil. Agregó que, en virtud de la legislación brasileña, todas las empresas que operaban en su territorio debían obediencia estricta al ordenamiento jurídico del país.

Asimismo, observó que el art. 997 del Código Civil disponía que toda empresa debía, obligatoriamente, designar a las personas físicas responsables de la gestión, así como sus poderes y atribuciones, ya que los administradores eran solidariamente responsables ante la sociedad y los terceros que pudieran resultar perjudicados en el ejercicio de sus funciones. Estas compañías, para poder operar legalmente en Brasil, necesitan de la autorización previa del Gobierno federal, por lo que se les exige el nombramiento expreso de un representante legal.

En consecuencia, el ministro consideró que, como cualquier entidad privada que desarrollara su actividad económica en el territorio nacional, los proveedores de internet debían respetar y cumplir efectivamente los mandatos directos emitidos por el Poder Judicial en relación con hechos, o sus efectos, ocurridos en el territorio nacional. Obviamente, los proveedores podrán expresar su disconformidad, si lo consideran necesario, mediante los recursos permitidos por la legislación brasileña. En conclusión, según De Moraes, el ordenamiento jurídico brasileño prevé que las empresas que administran servicios de internet en Brasil tengan su sede en el país y que acaten las sentencias judiciales que ordenen retirar contenido ilegal generado por terceros, bajo pena de responsabilidad personal.

El ministro sostuvo que, en cuanto a este caso concreto, las actividades de X Brasil, tal cual están descriptas en su contrato social, revelan de forma inequívoca su responsabilidad civil y penal en relación con la red social X.

Por otro lado, De Moraes señaló que el comunicado publicado por X Brasil en su plataforma el 17 de agosto, en el que informaba que finalizaría sus actividades en el país, supondría, si se concretara esa amenaza, un obstáculo insuperable para la continuidad de sus servicios en el territorio. Argumentó que, de ese modo, el mensaje exponía el propósito fraudulento de este cierre de la empresa, que es el de desestimar e incumplir de forma permanente las órdenes del

Poder Judicial brasileño, y especialmente del Tribunal Supremo Federal. Afirmó que no era la primera vez que esto ocurría, ya que, en otras ocasiones, Elon Musk había mostrado su total falta de respeto a la soberanía brasileña y, en particular, al Poder Judicial y a la Constitución, y había intentado erigir a su compañía en una verdadera entidad supranacional, inmune a las leyes de cada país. Por ejemplo, en abril de 2024, Musk inició una campaña de desinformación sobre la actuación del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Superior Electoral, en la que instigó a la desobediencia y a la obstrucción de la Justicia. Por otro lado, el ministro destacó que las órdenes de bloqueo enviadas a las empresas Google (responsable de la red social YouTube) y Meta (responsable de las redes sociales Instagram y Facebook) habían sido debidamente cumplidas, dentro del plazo dispuesto en la decisión, en fiel acatamiento del ordenamiento jurídico brasileño.

En relación con esto, De Moraes aseguró que el discurso de Elon Musk confundía el concepto de libertad de expresión con una inexistente libertad de agresión, y también mezclaba deliberadamente la censura con la prohibición constitucional de difusión de discursos de odio y de incitación a cometer actos antidemocráticos. Advirtió que uno de los mayores defensores del derecho a la libertad de expresión de la historia, John Stuart Mill, quien siempre se pronunció en contra de limitar la circulación de ideas en la sociedad, había sostenido también que existía la posibilidad de restringir la libertad de expresión en caso de que pudiera provocar un daño injusto. Remarcó que otros grandes juristas habían analizado la aplicación de este principio del daño, que representa una oportunidad excepcional de relativizar la libertad de expresión y asignar responsabilidad por realizar actos nazis, misóginos o racistas o por incitación al odio y la violencia y a cometer acciones antidemocráticas y golpes de Estado. En este sentido, sostuvo que el derecho a la libertad expresión no debía ser usado como escudo protector para la práctica y la difusión de actividades ilícitas.

Además, el ministro destacó que la reiterada instrumentalización con fines criminales de diversas redes sociales, en especial X, era objeto de investigación policial y judicial en muchos países, así como un tema de interés de diversos parlamentos, que intentaban encontrar soluciones legislativas al respecto. Consideró que, en este caso, el intento de la empresa de burlar la ley brasileña en vísperas de las elecciones municipales de 2024 demostraba su clara intención de mantener y permitir la instrumentalización de las redes sociales, con la difusión masiva de desinformación y el posible uso ilícito de la tecnología y la inteligencia artificial para dirigir clandestinamente la voluntad del electorado. Afirmó que este tipo de actividades ponía en riesgo la democracia, como ya había ocurrido en Brasil y en varios países del mundo. Concluyó que los peligros de la ausencia de control judicial de la desinformación y el uso de la inteligencia artificial por los populistas digitales extremistas a través de X, especialmente durante el periodo electoral, eran gravísimos.

En este sentido, según el ministro, la nueva realidad de la instrumentalización de las redes sociales por populistas digitales extremistas, con difusión masiva de discursos de odio y mensajes antidemocráticos y uso de la desinformación para erosionar los pilares de la democracia y del Estado de derecho, exige un análisis de los principios y objetivos de la República definidos en los arts. 1, 2 y 3 de la

Constitución Federal, que deberán ser obligatoriamente respetados por las empresas nacionales o extranjeras que operan en Brasil.

Los ministros Flávio Dino, Cármen Lúcia y Cristiano Zanin acompañaron el voto de De Moraes. El ministro Luiz Fux también lo hizo, aunque con reservas.

Dino destacó que el Poder Judicial debía garantizar el acceso a recursos judiciales contra las decisiones que toma, pero no permitir la obstrucción del proceso o que los involucrados decidieran directamente qué órdenes cumplir. Sostuvo que el poder económico y el tamaño de la cuenta bancaria no eran fundamentos para exigir una extraña inmunidad de jurisdicción.

Lúcia, en su voto, observó que el Poder Judicial era un sistema de órganos surgidos de la soberanía nacional y, por tanto, su decisión debía ser aceptada, respetada y legitimada. Reiteró que las órdenes judiciales podían ser cuestionadas de acuerdo con la legislación procesal, pero no según los humores y los deseos de nadie, ya sea nacional o extranjero.

Zanin advirtió que el reiterado incumplimiento de las decisiones del Tribunal Supremo Federal era grave. Señaló que nadie podía pretender desarrollar sus actividades profesionales y comerciales en Brasil sin observar las leyes nacionales y la Constitución Federal.

Por su parte, Fux también acompañó al ministro De Moraes. Sin embargo, manifestó sus reservas en cuanto a que la decisión no debería afectar de manera indiscriminada a personas o empresas que no hayan participado en el proceso, sino solo a aquellas que utilizaran la plataforma para burlar la decisión judicial con manifestaciones de racismo, fascismo, nazismo, que obstaculizaran la investigación penal o que incitaran a cometer delitos en general.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, PET 12404, sentencia del 2-9-2024, en https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=6260138; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=6263015; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=6264645

Discriminación por razones de género y de orientación sexual. Derecho a la educación. Derecho a la igualdad. Instituciones educativas. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Partido Socialismo y Libertad interpuso una acción directa de inconstitucionalidad. Solicitó que el Tribunal Supremo Federal de Brasil interpretara, de acuerdo con la Constitución Federal, el art. 2 del Plan Nacional de Educación (Ley 13005/2014) y reconociera el deber constitucional de las escuelas de

prevenir y combatir la discriminación por razones de género, identidad de género y orientación sexual y toda forma de acoso escolar.

Sostuvo que, de este modo, se podía garantizar el respeto de las identidades de los niños y adolescentes LGBT en las instituciones educativas y se buscaba erradicar toda forma de discriminación. Además, argumentó que los niños y adolescentes aprenderían a vivir con diversidad, en una sociedad plural, y también a respetar a las personas con características diferentes a las suyas.

Observó que, si bien el proyecto del Plan Nacional de Educación contenía una mención expresa a la lucha contra la homotransfobia, el texto había sido muy objetado por parte de los grupos contrarios a discutir la cuestión de la identidad de género en las escuelas. Por eso, muchas instituciones educativas habían dejado de combatir ese tipo de discriminación. Además, advirtió que varios legisladores habían presentado proyectos de ley para prohibir los libros que abordaran la ideología de género y que se había intimidado a profesores y escuelas con notificaciones extrajudiciales. El accionante afirmó que esas prácticas eran contrarias a los compromisos internacionales adquiridos por el país y que demostraban que la mera inclusión de la expresión "contra toda forma de discriminación" en la norma no era suficiente para garantizar la lucha contra la discriminación por motivos de género, identidad de género y orientación sexual. En consecuencia, aseguró que era indispensable que el Tribunal Supremo Federal reconociera explícitamente que las escuelas debían combatir la discriminación por razones de género, identidad de género y orientación sexual.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió, por mayoría, que las escuelas públicas y privadas tienen la obligación de combatir la discriminación por motivos de género, identidad de género y orientación sexual. También deben enfrentar el acoso escolar que se exprese en discriminación sexista contra las niñas y en homotransfobia, que afecta a gays, lesbianas, bisexuales, travestis y transexuales.

El pleno interpretó así el art. 2 del Plan Nacional de Educación (Ley 13005/2014) para reconocer la obligación de las instituciones educativas en este sentido. El relator del caso, el ministro Edson Fachin, explicó que uno de los objetivos de la norma era la erradicación de todas las formas de discriminación, pero que, para lograr ese fin, era imprescindible aclarar que la disposición abarcaba también la discriminación por razones de género y de orientación sexual. Consideró que mediante esta explicación se extendía la capacidad de protección de la norma y se la alineaba con el mandato general de igualdad, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la educación garantizado en la Constitución Federal.

Fachin señaló que el derecho a la educación debía aspirar a garantizar el pluralismo de ideas y a combatir todas las formas de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. Además, enfatizó que el Estado brasileño tenía el deber constitucional de actuar positivamente para implementar políticas públicas represivas y preventivas, incluidas las de carácter social y educativo, para promover la igualdad de género.

El relator también observó que la intención de la sentencia no era menoscabar la competencia legislativa para definir los contornos de una determinada política pública. Por el contrario, señaló que, de acuerdo con amplia jurisprudencia, los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos por Brasil expresaban claramente que los ciudadanos, especialmente los niños, gozaban del derecho, exigible al Estado, a la protección contra la discriminación basada en el género y la orientación sexual. Fachin agregó que, por eso, no se trataba, en este caso, de una situación de incertidumbre epistémica, empírica o normativa ante la cual el Poder Legislativo dispusiera de un amplio margen de discrecionalidad.

En este sentido, consideró que no era válido el argumento de que el Congreso Nacional, al no incluir ninguna referencia a la "identidad de género" o a la "orientación sexual" en la redacción final de la ley, había pretendido dejar estos temas fuera de la norma. Aseguró que no podía extraerse esa conclusión de la reconstrucción de los debates parlamentarios. Sostuvo que una restricción de los derechos fundamentales de esta naturaleza no solo debía enunciarse expresamente, sino que además tenía que ir acompañada de argumentos de peso que justificaran una decisión extraordinaria.

Por otro lado, el relator destacó que el análisis de esta controversia no podía prescindir del entorno fáctico. Indicó que Brasil vivía una situación catastrófica en relación con la violencia de género y la violencia homofóbica y transfóbica. Agregó que las estadísticas revelaban que la comunidad LGBT era víctima reiterada de las más diversas formas de agresión motivadas únicamente por la orientación sexual. En cuanto a la violencia contra la mujer, los datos de distintas instituciones mostraban la triste realidad del aumento de femicidios a nivel nacional.

Ante estas circunstancias de extrema gravedad, el relator consideró necesario explicitar en el Plan Nacional de Educación que la ley estaba orientada a combatir la discriminación basada en el género y en la orientación sexual, porque cualquier falta de claridad respecto a estos objetivos implicaba un perjuicio en la adecuación técnica de la norma.

Por su parte, el ministro Nunes Marques se opuso al relator y votó por la minoría. Consideró que la educación en las escuelas públicas y privadas era una cuestión sumamente compleja y polifacética, y que solo el Legislativo y el Ejecutivo podían proponer modificaciones en el art. 2 del Plan Nacional de Educación (Ley 13005/2014), por lo que este asunto no era competencia del Poder Judicial.

Además, Nunes Marques sostuvo que compartía la preocupación por el combate contra la discriminación por color, credo, raza, género, orientación sexual o cualquier otro factor, porque el tratamiento igualitario de todos los ciudadanos era una garantía constitucional en Brasil y en casi todas las democracias occidentales. Afirmó que la misión constitucional del Tribunal Supremo Federal era proteger la propia Constitución, pero también, y sobre todo, los derechos y garantías fundamentales de todos y cada uno de los ciudadanos. En este caso, existe un marco legal, detallado en el Plan Nacional de Educación, que indica que el debate sobre estos temas debe ser conducido principalmente por el Legislativo y, posteriormente, por el Ejecutivo a través del Ministerio de Educación nacional.

Opinó que el tribunal no debía inmiscuirse en este asunto para respetar el principio de la separación de poderes. Por esas razones, rechazó la acción directa de inconstitucionalidad.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADI 5668, sentencia del 28-6-2024, en https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4853812; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5134776; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=6165995



Discriminación por razones de género y de orientación sexual. Derecho a la salud. Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Derecho a la dignidad humana. Salud pública. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Partido de los Trabajadores interpuso una acción por incumplimiento de un precepto fundamental ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil. Cuestionó actos del Ministerio de Salud relacionados con la atención primaria de salud a personas transgénero y travestis. Señaló que existían obstáculos en el ámbito del Sistema Único de Salud (SUS) que le impedían a este grupo de ciudadanos acceder a consultas médicas especializadas acordes con sus necesidades biológicas, especialmente en los casos en que la persona aún no había pasado por el procedimiento de transgenitalización (cirugía de cambio de género).

Según el accionante, las personas trans que cambiaron su nombre en el registro civil para reflejar su identidad de género no tuvieron acceso a servicios de salud relacionados con su sexo biológico. Así, los hombres transexuales y las personas transmasculinas cuyo nombre ya ha sido corregido, pero que conservan el aparato reproductor femenino, no pueden obtener consultas y tratamientos con ginecólogos y obstetras, mientras que a las mujeres transexuales y travestis también se les niega el acceso a especialidades médicas como urología y proctología.

Sostuvo también que, en la Declaración de Nacido Vivo (el procedimiento para hacer un registro civil del recién nacido), las categorías establecidas de "padre" y "madre" son limitantes, ya que la filiación puede estar integrada por dos madres, por ejemplo, por lo que el formulario no puede completarse adecuadamente en esos casos. En otras palabras, tal como está elaborada la Declaración de Nacido Vivo, es factible realizar una vinculación errónea de las categorías "padre" y "madre" con el sexo asignado al nacer. En consecuencia, para el accionante, los obstáculos impuestos a las personas trans —a pesar de la garantía del derecho a la rectificación del registro civil, reconocida por el Tribunal Supremo Federal en ADI 4275— violan el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad humana, a la igualdad y a la no discriminación.

El accionante solicitó que el Tribunal Supremo Federal ordenara al Ministerio de Salud garantizar a las personas trans el acceso a especialidades médicas de acuerdo con sus necesidades biológicas, y que los sistemas informáticos del SUS y de la Declaración de Nacido Vivo fueran modificados y adecuados para incluir el reconocimiento de la identidad de género declarada por el ciudadano.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió, por mayoría, que el Ministerio de Salud debía garantizar la atención médica a personas transgénero y travestis, incluso en especialidades relacionadas con su sexo biológico. Sostuvo que los obstáculos burocráticos habían violado el derecho a la salud de hombres y mujeres trans.

En junio de 2021, el relator del caso, el ministro Gilmar Mendes, había dictado una medida cautelar para ordenar al SUS adaptar y actualizar los procedimientos médicos. En la sentencia de fondo actual, Mendes reiteró que el Ministerio de Salud debía actualizar, en un plazo de 30 días, todos los sistemas informáticos del SUS para garantizar el pleno acceso a la atención médica de la población trans (sobre todo en consultas especializadas relacionadas con la salud sexual y reproductiva), e informar a las autoridades estaduales y municipales de los cambios. Señaló que se trataba de un problema de salud pública. Agregó que era necesario permitir el acceso pleno, sin restricciones y en igualdad de condiciones, de todos los ciudadanos a las políticas públicas y evitar la imposición de barreras burocráticas que podían causar vergüenza, discriminación y sufrimiento a las personas trans.

El relator también observó que el derecho social a la salud estaba garantizado en la Constitución Federal para todas las personas. Afirmó que era un derecho universal, igualitario y gratuito, que no implicaba exclusión por identidad de género. Advirtió que el objetivo del sistema de salud pública era buscar el bienestar físico, mental y social de la ciudadanía, así como la prevención y el tratamiento de enfermedades.

En este sentido, indicó que la democracia representativa, que otorga a la mayoría la potestad de legislar sobre políticas públicas, está limitada constitucionalmente por la protección de los derechos fundamentales de las minorías. Resaltó que, en caso de que la acción u omisión de la mayoría conduzca a una violación de los derechos de las minorías, le correspondía al Tribunal Supremo Federal resguardar estos derechos en tanto compromisos constitucionales ineludibles.

Mendes destacó que, con base en los datos presentados en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en la materia, resultaba imperativo garantizar el derecho a la atención médica de acuerdo con el aparato biológico y las necesidades fisiológicas de la persona. Por lo tanto, el SUS debe facilitar la programación de citas en las especialidades de ginecología, obstetricia y urología, independientemente de la identidad de género del paciente.

Del mismo modo, Mendes dictaminó que la Secretaría de Vigilancia Sanitaria debía, también en un plazo de 30 días, modificar el formato de la Declaración de Nacido Vivo, para que incluyera la categoría “parturienta”, independientemente de los nombres de los padres, y según su identidad de género. El voto del relator fue

acompañado por los ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Luiz Fux, André Mendonça, Nunes Marques, Rosa Weber y Ricardo Lewandowski.

Por su parte, los ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso y Cármen Lúcia discreparon parcialmente con el relator y votaron por la minoría. Fachin consideró que el reconocimiento de la identidad de género por parte del Estado era de vital importancia para garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas trans, incluido el derecho a la salud. Por eso, el Estado debe garantizar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y respeto que los demás. Observó que este reconocimiento tenía implicaciones directas para el caso en cuestión. Entendió que era inaceptable denegar los derechos por el simple hecho de que el sistema sanitario no permitiera a las identidades trans acceder a ciertas especialidades médicas.

Fachin destacó que el Tribunal Supremo Federal no solo había consolidado el entendimiento de que las personas transexuales tienen derecho a la igualdad sin discriminación, sino que también había reconocido el derecho a la libertad de ejercer su propia identidad de género. Sostuvo que, en este sentido, la jurisprudencia sugería la necesidad de hacer efectiva la medida cautelar otorgada por el relator.

En consecuencia, se pronunció a favor de declarar el incumplimiento de un precepto fundamental. Señaló que estaba de acuerdo con el relator con respecto a la solicitud de medidas para garantizar que las personas trans pudieran acceder a la atención médica en el marco del SUS.

Sin embargo, expresó su discrepancia en cuanto a la solicitud de modificar la Declaración de Nacido Vivo con el fin de garantizar el reconocimiento de la identidad de género declarada por el ciudadano. Explicó que el 24 de mayo de 2024, más de un mes antes de que el Tribunal Supremo Federal dictara la sentencia, el Ministerio Público había presentado un documento para demostrar que las omisiones denunciadas respecto a la Declaración de Nacido Vivo ya habían sido subsanadas. A tal efecto, el Ministerio Público expuso una nota técnica de la Secretaría de Vigilancia Sanitaria, en la que se informaban modificaciones en los sistemas informáticos de la Declaración de Nacido Vivo para atender los reclamos y, además, se comunicaba que las autoridades estaduales y municipales habían sido notificadas de los cambios. Por eso, Fachin sostuvo que correspondía emplear como parámetro el modelo actual, ya renovado, en el que los términos "parturienta" y "tutor legal" habían sustituido, respectivamente, a "madre" y "padre". Los ministros Barroso y Lúcia acompañaron su voto.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADPF 787, sentencia del 28-6-2024, en https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=6102953; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5372977; https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=6086896

CANADÁ

Derecho a la intimidad. Registro de información privada en el ámbito laboral. **Naturaleza gubernamental de una entidad.** Estándar de corrección de la revisión judicial. **Competencias de los tribunales administrativos.** (Canadá).

Antecedentes del caso: dos profesores de una escuela pública de Ontario guardaron comunicaciones privadas en las que discutían sobre problemas laborales en un archivo personal compartido, protegido con contraseña y almacenado en la nube.

El director de la escuela, que sabía de la existencia del archivo, entró al aula de uno de los profesores cuando no había nadie presente y, al advertir que la computadora del profesor no estaba apagada, tomó capturas con su celular del archivo de conversaciones que se abrió en la pantalla. La junta escolar tomó conocimiento de estas comunicaciones y amonestó por escrito a los profesores.

El sindicato de docentes presentó un reclamo contra las amonestaciones y alegó que se había vulnerado el derecho a la intimidad en el trabajo en perjuicio del profesor. Un árbitro laboral, nombrado en virtud del convenio colectivo, desestimó el reclamo. Según el marco arbitral de ponderación de intereses, consideró que no se había vulnerado la expectativa razonable de intimidad de los profesores si se tenía en cuenta el interés de la junta escolar en gestionar el espacio de trabajo.

El sindicato de profesores solicitó a la Corte Divisional de Ontario una revisión de lo resuelto por el árbitro. La mayoría del tribunal confirmó la razonabilidad de la decisión del árbitro. Consideró que el registro efectuado por el director no planteaba ningún problema en relación con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades porque las protecciones contra el registro y la incautación irrazonables no se extendían a los entornos laborales en ausencia de un contexto penal.

El sindicato de profesores recurrió ante la Corte de Apelaciones de Ontario, que admitió por unanimidad el recurso. Determinó que las escuelas públicas sí estaban amparadas por la Carta y, tras un análisis del estándar de corrección de la decisión del árbitro —estándar aplicable en asuntos en que los órganos administrativos y los tribunales tienen competencia concurrente sobre una cuestión jurídica contemplada en un texto normativo —, sostuvo que el registro efectuado por el director no era razonable en virtud del art. 8 de la Carta.

La junta escolar recurrió entonces ante la Corte Suprema de Canadá.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá resolvió desestimar el recurso. En conclusión, la mayoría de la corte determinó que los profesores que pertenecen a las juntas de las escuelas públicas de Ontario están protegidos en su lugar de trabajo por

el art. 8 de la Carta, dado que las juntas son de naturaleza gubernamental a los efectos del art. 32 del mismo instrumento. En la aplicación del estándar de corrección de la revisión judicial, el árbitro cometió un error al limitar su investigación al marco arbitral sin tener en cuenta el marco jurídico en virtud del art. 8 que, como cuestión de derecho, estaba obligado a respetar. Por lo tanto, concluyó que la decisión del árbitro debía ser anulada.

En el voto mayoritario, el juez Rowe observó que el art. 32 establece el ámbito de aplicación de la Carta y que la Corte Suprema había dispuesto, en "Eldridge v. British Columbia", un marco de dos regímenes para determinar cuándo debe aplicarse la Carta a una entidad. Con arreglo al primer régimen, señaló, puede determinarse que una entidad constituye en sí misma un "gobierno" a efectos del art. 32 cuando, por su propia naturaleza o por el grado de control ejercido sobre ella, la entidad es equiparable a un gobierno. En virtud de este régimen, cuando se determina que la entidad es un "gobierno", la Carta es aplicable a todas sus acciones.

A continuación, el ministro observó que un examen de la Ley de Educación de Ontario confirmaba que las juntas de las escuelas públicas de Ontario son "gubernamentales" por naturaleza y que, por tanto, están sujetas a la Carta en virtud del primer régimen de "Eldridge". Son, de hecho, un brazo del gobierno, según precisó, en el sentido de que ejercen poderes y funciones que les han sido conferidos por la legislatura provincial y que, de otro modo, tendría que desempeñar la propia legislatura. Indicó que la educación pública es intrínsecamente una función gubernamental y posee una cualidad constitucional única, como ejemplifican el art. 93 de la Ley Constitucional de 1867 y el art. 23 de la Carta. De tal manera, todas las acciones llevadas a cabo por la junta escolar de Ontario están sujetas al escrutinio de la Carta, incluidas las del director, porque actuó en su función oficial como agente de la junta y no a título personal.

Observó, además, que los tribunales administrativos son competentes y deben resolver las cuestiones relativas a la Carta. Los tribunales administrativos con competencia para decidir cuestiones de derecho, y a los que no se ha retirado claramente la jurisdicción constitucional, tienen autoridad para resolver cuestiones constitucionales que estén vinculadas a asuntos que les hayan sido debidamente planteados y deben proceder de forma coherente con la Carta y sus valores cuando ejerzan su función estatutaria. Los principios que determinan la competencia reparadora en virtud de la Carta, señaló, se aplican tanto a las cortes como a los tribunales administrativos. Estos tribunales deben desempeñar un papel primordial en la resolución de las cuestiones relativas a la Carta que entren dentro de su jurisdicción especializada. Se trata en parte de una cuestión de acceso a la Justicia: existen ventajas prácticas y un fundamento constitucional en el hecho de permitir a los ciudadanos hacer valer sus derechos derivados de la Carta en el tribunal más accesible; los demandantes no necesitan recurrir específicamente a las cortes para hacer valer los derechos que les reconoce la Carta. Por lo tanto, cuando concurre un derecho amparado por la Carta, el responsable de la toma de decisiones administrativas debe llevar a cabo un análisis coherente con la disposición pertinente de la Carta.

El árbitro, prosiguió el ministro Rowe, estaba ampliamente facultado por la Ley de Relaciones Laborales de Ontario de 1995 para responder a cuestiones referentes a todas las diferencias entre las partes derivadas de la interpretación, aplicación, administración o presunta violación del convenio colectivo, incluida cualquier cuestión relativa a si un asunto es susceptible de arbitraje. Así pues, el árbitro estaba facultado para decidir en cuestiones de derecho y, por lo tanto, debía resolver el reclamo de conformidad con los requisitos del art. 8 de la Carta, lo que implicaba recurrir tanto al corpus pertinente de decisiones arbitrales como a la jurisprudencia relativa al art. 8. Sin embargo, el árbitro abordó su tarea de manera diferente, mediante un análisis contrastivo entre los derechos de la dirección y los intereses de privacidad de los empleados. Al respecto, el ministro señaló que, cuando se aplica un derecho de la Carta, no basta con que el árbitro haga algunas referencias a la jurisprudencia relativa. Debe haber un claro reconocimiento y análisis del derecho concernido. Si bien la vía administrativa no siempre puede asumir un carácter judicial, el ministro señaló que en ninguna parte de las argumentaciones del árbitro constaba que se hubieran tomado en consideración los derechos amparados por el art. 8 de la Carta.

Aunque, según observó, la Corte de Apelaciones había aplicado apropiadamente el estándar de corrección a la cuestión de si los profesores tenían una expectativa razonable de intimidad, se había equivocado al derivar el criterio de revisión a partir del fallo "R. v. Shepherd", relativo al criterio de revisión en las apelaciones. Cuando una corte revisa una decisión de un tribunal administrativo, el criterio de revisión debe determinarse sobre la base de los principios del derecho administrativo. En consecuencia, argumentó el ministro, estos recursos deben regirse por el fallo "Canada (Minister of Citinzenship and Immigration) v. Vavilov". La corrección es aplicable, según el ministro, porque la cuestión de la constitucionalidad en la revisión judicial —de si surge un derecho de la Carta, el alcance de su protección y el marco apropiado del análisis— requiere una respuesta concluyente y determinante por parte de las cortes y, por lo tanto, cae dentro de la excepción del principio de legalidad. "Vavilov", precisó, no restringe el alcance de las "cuestiones constitucionales" únicamente a las cuestiones de federalismo y a la delegación constitucional del poder estatal en los responsables de la toma de decisiones administrativas; emplea un lenguaje no exhaustivo al articular la categoría de cuestiones constitucionales, e incluye dentro de ella "otras cuestiones constitucionales". Esta categoría, concluyó, no debe restringirse de manera indebida.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, "York Region District School Board v. Elementary Teachers' Federation of Ontario", sentencia del 21-6-2024, en https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/20504/index.do

Derecho constitucional. División de poderes. Control de constitucionalidad. Principio *ultra vires*. **Derecho ambiental**. Impacto ambiental. (Canadá).

Antecedentes del caso: en 2019, el Parlamento de Canadá sancionó la Ley de Evaluación del Impacto Ambiental y el vicegobernador general de Alberta elaboró el Reglamento de Obras Públicas, fundado en ella.

La ley y el reglamento establecen un complejo sistema de recopilación de información y regulación formado por dos partes. La primera, compuesta por los arts. 81 a 91 de la ley, dispone un proceso de evaluación del impacto ambiental de los proyectos realizados o financiados por autoridades federales en terrenos federales o fuera de Canadá. En estos casos, la autoridad federal decide sobre la probabilidad de que el proyecto genere efectos ambientales adversos significativos y, de ser así, determina si se justifican. La segunda parte, formada por el resto de las disposiciones de la ley y el reglamento, se ocupa de los llamados "proyectos designados" y los somete automáticamente a revisión federal.

Los proyectos designados son obras públicas que se llevan adelante en Canadá o en territorios nacionales, y están enmarcados por normativas establecidas por el gobernador, con el asesoramiento del gabinete de ministros, o por el ministro de Medio Ambiente. Este ministro puede designar un proyecto de obra pública que no ha sido seleccionado por el gobernador cuando considera que su desarrollo puede generar efectos adversos "dentro de la jurisdicción federal" o efectos adversos "directos o incidentales", o si la preocupación de la ciudadanía justifica su designación.

En este caso, el vicegobernador de Alberta remitió una consulta al Tribunal de Apelaciones de Alberta para que determinara si la ley era inconstitucional, en su totalidad o en parte, por exceder la facultad legislativa del Parlamento, conforme lo establecido en la Constitución (principio *ultra vires*). Además, consultó si el reglamento era inconstitucional, en su totalidad o en parte, porque se aplicaba a asuntos que correspondían completamente a la facultad legislativa de las provincias conforme lo establecido en la Constitución.

El Tribunal de Apelaciones de Alberta resolvió que tanto la ley como el reglamento excedían las facultades del Parlamento y que, por lo tanto, eran inconstitucionales en su totalidad.

El procurador general de Canadá apeló esta decisión ante la Corte Suprema de Canadá.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá resolvió que la Ley de Evaluación del Impacto Ambiental era en parte inconstitucional porque, si bien lo establecido en sus arts. 81 a 91 era constitucional, la parte relativa a los "proyectos designados" excedía las facultades del Parlamento establecidas en la Constitución.

En primer lugar, la Corte Suprema señaló que el análisis de la división de poderes constaba de dos etapas: la etapa de caracterización y la de clasificación.

Afirmó que, en la etapa de caracterización, el tribunal debía considerar la finalidad y los efectos de la ley impugnada para identificar su carácter esencial. Consideró que, en este caso, el carácter esencial de los "proyectos designados" consistía en evaluar y regular estos proyectos a fin de mitigar o prevenir posibles efectos adversos sobre el medio ambiente, la salud, la sociedad y la economía, y que buscaba orientar la forma en que las autoridades federales llevaban adelante o financiaban un proyecto en tierras federales o fuera de Canadá.

La Corte Suprema sostuvo que la etapa de clasificación de la legislación relativa al medio ambiente planteaba un desafío, ya que la gestión del medio ambiente abarcaba diversos ámbitos de responsabilidad constitucional, y que ni el Poder Legislativo federal ni el provincial tenían jurisdicción exclusiva sobre la totalidad del "medio ambiente" o de la "evaluación ambiental". Agregó que ambos niveles de gobierno podían legislar sobre determinados aspectos de la protección del medio ambiente y de las obras públicas, y que la responsabilidad federal y provincial compartida de la evaluación del impacto ambiental no era inusual ni inviable, sino una característica central de la toma de decisiones ambientales en Canadá. Señaló que eso era, a su vez, coherente con el principio del federalismo cooperativo y destacó que, aunque la flexibilidad y la cooperación eran importantes para el federalismo, no podían anular o modificar la separación de poderes.

Por otro lado, la Corte Suprema señaló que la presunción de constitucionalidad era un principio fundamental de su jurisprudencia en materia de división de poderes, en virtud de la cual se presume que toda disposición legislativa fue promulgada por un poder que estaba facultado para hacerlo (principio *intra vires*). Por eso, un tribunal debe abordar cualquier cuestión relativa a su validez a partir del supuesto de que fue promulgada válidamente, a menos que la parte que la impugna demuestre lo contrario. Sin embargo, agregó que esta presunción no protegía a la legislación frente a toda revisión judicial ni desplazaba el deber de los tribunales de realizar un examen sólido de la constitucionalidad de la legislación.

La Corte Suprema sostuvo que el Parlamento podía promulgar leyes de evaluación de impacto ambiental relativas a los aspectos federales de los proyectos, pero que su jurisdicción era más restringida cuando la actividad quedaba fuera de su competencia legislativa. Consideró que el régimen trataba a todos los proyectos por igual cuando, en realidad, gran parte de las obras públicas a las que se aplicaba estaban reguladas principalmente por las competencias que tenían las legislaturas provinciales sobre obras y empresas locales o recursos naturales.

Además, la Corte Suprema señaló que el régimen exigía al responsable de la toma de decisiones tener en cuenta una serie de factores, pero no especificaba de qué manera esos factores conducían a la conclusión final. Por lo tanto, consideró que el mecanismo de toma de decisiones perdía así su objetivo de regular los impactos federales y que, en su lugar, concedía al responsable un poder prácticamente ilimitado para regular los proyectos en sí, independientemente de si el Parlamento tenía competencia para regular una obra pública determinada en su totalidad.

Por todas esas razones, la Corte Suprema consideró que la parte relativa a los proyectos designados era inconstitucional, ya que su carácter esencial excedía los

límites de la jurisdicción federal y que no estaba dirigida a regular los "efectos dentro de la jurisdicción federal", tal como lo definía la ley. Advirtió que el término "efectos dentro de la jurisdicción federal" no se ajustaba a la jurisdicción legislativa federal y agregó que la amplitud excesiva de estos exacerbaba las debilidades constitucionales de las funciones de toma de decisiones del régimen.

La Corte Suprema concluyó que la protección del medio ambiente seguía siendo uno de los desafíos más urgentes de la actualidad y que, para abordarlo, el Parlamento tenía la facultad de sancionar un régimen de evaluación del impacto ambiental junto con el deber de actuar dentro del marco de división de poderes establecido en la Constitución. Destacó, finalmente, que el Parlamento y las legislaturas provinciales podían ejercer sus respectivas competencias sobre el medio ambiente en armonía y con espíritu de federalismo cooperativo, y que ambos niveles de gobierno podían garantizar la salud permanente del medio ambiente compartido.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, "Reference re Impact Assesment Act", sentencia del 13-10-2023, en https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/20102/index.do

Derecho penal. Abuso sexual. Justicia militar. Consentimiento. Consentimiento subjetivo. Efecto acumulativo de la prueba. (Canadá).

Antecedentes del caso: D. T. Vu, un soldado del ejército canadiense, fue acusado de abuso sexual por haberle realizado un acto sexual sin su consentimiento a S. B., también militar, luego de una fiesta donde ambos habían llevado a cabo juegos para beber. La denunciante sufrió una grave intoxicación con alcohol. Algunos compañeros la acompañaron a su habitación y se marcharon, pero el acusado se quedó a solas con ella, colocó su celular en un sitio alejado y se filmó practicándole sexo oral, aparentemente con su consentimiento, durante alrededor de cinco minutos. En el momento en que los compañeros de S. B. regresaron a la habitación y vieron lo que estaba ocurriendo, lo sacaron a D. T. Vu por la fuerza.

S. B. declaró, ante la policía militar, que tenía muy pocos recuerdos de lo ocurrido en la fiesta y ningún recuerdo del contacto sexual, por lo que alegó haber sido víctima de abuso sexual. Por su parte, D. T. Vu declaró voluntariamente, ante la policía militar, que la denunciante parecía estar inconsciente o dormida hacia el final del acto sexual.

Dos compañeras, Stanutz y Leblanc, quienes acompañaron a S. B. a su habitación, declararon que en ese momento ella no podía levantarse ni caminar por sus propios medios; que entraron a la habitación con D. T. Vu y que la dejaron sobre la cama, completamente vestida y aparentemente dormida, y que D. T. Vu se había quedado con ella. Stanutz declaró que, cuando regresó a la habitación, D.

T. Vu le estaba practicando sexo oral a S. B., quien parecía dormida. Agregó que D. T. Vu fue expulsado de la habitación, no sin antes recuperar su teléfono. Otro testigo, el soldado Power, declaró que la mañana siguiente a la fiesta Stanutz le había comentado que su amigo, D. T. Vu, había abusado sexualmente de S. B. la noche anterior. Entonces, Power enfrentó a D. T. Vu, quien negó los hechos y le mostró un video en su teléfono en un intento por demostrar que S. B. había consentido el acto sexual, que había terminado cuando varias personas irrumpieron en la habitación.

El acusado fue juzgado por un tribunal militar. Para que fuera declarado culpable de abuso sexual, el Estado debía demostrar, más allá de toda duda razonable, que le había realizado sexo oral a la denunciante sin su consentimiento subjetivo, esto es, sin que ella estuviera "plenamente consciente" como para estar de acuerdo con la actividad sexual en cuestión. Para prestar consentimiento, la demandante debería haber sido capaz de comprender el acto físico, que era de naturaleza sexual, la identidad específica de su pareja y que tenía la posibilidad de negarse a participar.

El juez militar resolvió que el Estado no había logrado demostrar, más allá de toda duda razonable, que la denunciante estaba demasiado intoxicada como para haber consentido el acto sexual. Fundándose en las pruebas directas del video, el juez consideró que era posible que la denunciante hubiera consentido el acto sexual, de modo que no habría constituido un abuso sexual, y declaró que el acusado no era culpable.

El Estado apeló la decisión ante el Tribunal Militar de Apelaciones de Canadá. Alegó que el juez militar no había tomado en cuenta la totalidad de las pruebas circunstanciales —como las declaraciones de los testigos y la declaración del acusado ante la policía militar— y el efecto acumulativo de estas. Finalmente, agregó que el juez había aplicado principios jurídicos erróneos para concluir que el Estado no había logrado demostrar que la denunciante no había prestado consentimiento.

El Tribunal Militar de Apelaciones de Canadá desestimó, por mayoría, el recurso del Estado y confirmó la absolución del acusado, porque consideró que el juez militar había examinado adecuadamente la totalidad de las pruebas.

En disidencia, la jueza McVeigh del Tribunal Militar de Apelaciones consideró que el recurso era admisible y que correspondía anular la absolución y ordenar un nuevo juicio. Señaló que el juez militar se había centrado demasiado en las pruebas de video y que no había evaluado si las pruebas circunstanciales lo corroboraban. En su opinión, el juez no había analizado la totalidad de las pruebas para determinar si la denunciante había estado en condiciones de prestar consentimiento en el momento del acto sexual, y advirtió que, basándose en una evaluación acumulativa de la evidencia, la única conclusión razonable era que la denunciante no había podido prestar consentimiento subjetivo dado su grave estado de intoxicación con alcohol.

Frente a la decisión mayoritaria, el Estado apeló la sentencia ante la Corte Suprema de Canadá.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá, por mayoría, desestimó el recurso y confirmó la absolución del acusado. Resolvió que la valoración de la prueba por

parte del juez militar había sido exhaustiva y acumulativa, que no había adoptado un enfoque fragmentario o limitado de las pruebas y que tampoco había aplicado principios jurídicos erróneos.

Señaló que, si bien consideraba que el juez militar había realizado algunas especulaciones indebidas, compartía la opinión de la mayoría del Tribunal Militar de Apelaciones de que estas no habían socavado sus conclusiones fundamentales.

En disidencia, la jueza O' Bonsawin de la Corte Suprema consideró que la apelación era admisible por las mismas razones que había explicitado la jueza McVeigh del Tribunal Militar de Apelaciones en su voto disidente.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, "His Majesty The King (Appellant) and Private D. T. Vu (Respondent)", sentencia del 16-1-2024, en https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/20252/index.do

Derecho procesal penal. Derecho a la igualdad de acceso a los tribunales. Derechos lingüísticos. Discriminación lingüística. Derecho del imputado a un juicio en el idioma oficial de su preferencia. (Canadá).

Antecedentes del caso: luego de ser condenado por agresión sexual, un ciudadano canadiense francófono apeló e impugnó el juicio en que había sido declarado culpable. Alegó que el juez de primera instancia había omitido informarle adecuadamente sobre su derecho a ser juzgado en francés, como lo estipula el art. 530 del Código Penal. Resaltó la importancia de garantizar la libre elección del idioma de preferencia para utilizar en los procesos judiciales.

El tribunal de apelación, si bien reconoció el error del juez por no cumplir con su deber según lo establecido en la norma aplicable, consideró que las pruebas presentadas no eran suficientes para demostrar una violación de los derechos fundamentales del accionante. La falta de evidencia suficiente respecto de cuándo había tenido conocimiento de su derecho lingüístico, como también respecto de si habría optado por un juicio en francés en caso de que se le hubiera dado la oportunidad, llevó al tribunal de apelación a desestimar el recurso.

El accionante apeló esa decisión ante la Corte Suprema de Canadá.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá, por mayoría, acogió el recurso de apelación y revocó el fallo impugnado. Ordenó anular el juicio anterior y celebrar uno nuevo, para garantizar que las declaraciones del acusado durante el litigio fueran libres e informadas.

La corte señaló que el imputado francófono no había sido informado de su derecho a ser juzgado en el idioma oficial de su elección. Sostuvo que el bilingüismo judicial institucional garantizaba la igualdad de acceso a los tribunales para los miembros de las comunidades lingüísticas de Canadá a través de diversas garantías legales, como las establecidas en el art. 530 del Código Penal, promulgado para promover la igualdad de estatus o uso entre el inglés y el francés.

La corte advirtió que la lengua desempeña un papel esencial en la existencia, el desarrollo y la dignidad del ser humano. Como herramienta de comunicación y como marcador de nuestra identidad cultural, la lengua nos permite formar comunidades y describir, delimitar y cumplir los derechos y deberes que tenemos unos con otros en la sociedad. En este sentido, destacó que la relación entre las dos lenguas oficiales de Canadá, el francés y el inglés, tiene una importancia central y particular para la historia, la cultura y el derecho nacionales. Además, recordó que la propia jurisprudencia de la corte reconoce que los derechos lingüísticos no son derechos negativos o pasivos, sino que solo pueden disfrutarse si se garantiza el acceso a los medios para hacerlo. Cuando el Estado acusa a una persona de haber cometido un delito penal, el Código Penal proporciona esos medios y ofrece al acusado la posibilidad de solicitar un juicio en el que todas las facetas del procedimiento se lleven a cabo en la lengua oficial de su elección.

La corte observó que las disposiciones legales otorgaban a cada acusado el derecho a elegir el idioma oficial en que deseaba hablar, y en el que deseaba ser entendido por el juez o el jurado, sin necesidad de utilizar servicios de interpretación o traducción. Agregó que el art. 530 del Código Penal establece el marco que regula el ejercicio de este derecho fundamental. Indicó, además, que el art. 530 garantiza a toda persona un derecho absoluto a la igualdad de acceso a los tribunales en el idioma oficial de su elección, siempre que la solicitud del acusado sea oportuna y pueda instruir a su abogado y seguir el proceso en el idioma elegido.

Asimismo, la corte estableció que la relevancia primordial de la distinción entre errores de derecho y otros tipos de errores radicaba en la asignación de la carga de demostrar que el error era o no perjudicial. Cuando el error es de derecho, porque se presume que es perjudicial para el acusado, el fiscal tiene la carga de establecer la ausencia de perjuicio en la etapa del análisis. Esto significa que, en principio, es menos oneroso para un acusado establecer un error de derecho, porque demostrar la existencia de tal error es suficiente para dar lugar a una presunción de perjuicio.

La corte concluyó que el error había afectado la sentencia de primera instancia, por lo que se podía presumir perjuicio y anular la condena. Un error en la aplicación de una norma jurídica puede implicar una decisión errónea desde el punto de vista jurídico o un incumplimiento injustificado de una norma jurídica. El error puede originarse de diversas formas, incluso a través de una mala interpretación de la norma jurídica.

En cuanto a los magistrados que conformaron la minoría, sostuvieron que el recurso debía ser desestimado. Explicaron que el incumplimiento del requisito procesal previsto en el art. 530 del Código Penal no configuraba un motivo de decisión errónea sobre una cuestión de derecho suficiente para anular la sentencia

del juez de primera instancia. Consideraron que la falta de notificación en virtud del art. 530 entraba dentro de una categoría residual, lo que significaba que un apelante debía demostrar un error judicial antes de que se pudiera conceder un recurso. En este caso, para demostrarlo, el accionante debía probar que la falta de notificación había tenido algún efecto sobre el ejercicio de su defensa durante el proceso penal. Sin embargo, según la minoría, no había logrado probarlo.

La minoría observó que la importancia de los derechos lingüísticos que protege el art. 530 no significa que cualquier incumplimiento, incluso el de un requisito procesal o de notificación, conlleva un derecho casi automático a un nuevo juicio cuando se plantea por primera vez en apelación. Señaló que tampoco debe eximirse a los accionantes de demostrar que la falta de notificación les ha impedido tomar conocimiento de su derecho a un juicio en la lengua oficial de su elección. Los magistrados de la minoría aseguraron que era necesario imponer al recurrente alguna obligación probatoria, debido a la dificultad de demostrar el desconocimiento de la posibilidad de elegir un juicio en cualquiera de las lenguas oficiales. Sostuvieron, finalmente, que en el caso particular el accionante no había aportado ninguna prueba suficiente para cumplir con esta carga mínima.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, "R. v. Tayo Tompouba", sentencia del 3-5-2024, en https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/20420/index.do

Pueblos originarios. Derechos colectivos. Requisito de residencia para personas que optan a cargos de autoridad en un territorio indígena. **Derechos individuales. Derecho a la igualdad.** Discriminación. (Canadá).

Antecedentes del caso: la Primera Nación Vuntut Gwitchin (VGFN) es una comunidad indígena autónoma del Yukón, Canadá. Su sede de gobierno se encuentra en Old Crow, un pueblo situado a unos 800 km al norte de Whitehorse, en el territorio tradicional de los Vuntut Gwitchin, y constituye la principal comunidad de este pueblo originario. Además, la VGFN tiene su propia constitución, así como reglas y normas electorales. Una de estas normas exige que todos los jefes y consejeros electos residan en el territorio de la VGFN o se muden allí dentro de los 14 días posteriores a su elección.

Cindy Dickson es miembro de la VGFN y ciudadana canadiense. Accionó ante el Tribunal Supremo de Yukón para impugnar el requisito de residencia de la comunidad indígena. Señaló que quiso presentarse a las elecciones como consejera de la VGFN, pero que vive en Whitehorse y no puede mudarse a Old Crow por el estado de salud de su hijo. Argumentó que la norma la discriminaba por no ser

residente en las tierras de la comunidad y violaba su derecho a la igualdad en virtud del art. 15.1 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

La VGFN respondió con base en el art. 32.1 de la Carta, que identifica ciertas entidades que están sujetas a ella, incluidos los gobiernos y las legislaturas federales y provinciales, así como las entidades controladas por un gobierno o que desempeñan funciones gubernamentales. La VGFN afirmó que, como comunidad indígena autónoma, no se ajustaba a la definición y al ámbito de un "gobierno", tal como lo establecía el art. 32.1, y que, por lo tanto, no estaba sujeta a la Carta. De este modo, sostuvo que la norma que disponía el requisito de residencia quedaba fuera del ámbito de aplicación de la Carta. En consecuencia, aseguró que, dado que no estaba obligada por la Carta, el requisito de residencia no violaba el derecho a la igualdad de Dickson.

Por otra parte, señaló que el requisito de residencia estaba protegido por el art. 25 de la Carta, que establece que la garantía de determinados derechos y libertades no debe interpretarse como que suprime algún derecho o libertad que pertenezca a los pueblos aborígenes de Canadá. Según el VGFN, el requisito de residencia protege los derechos colectivos de las minorías relativos a los modos indígenas tradicionales de gobierno y liderazgo y, por esa razón, prevalece sobre el derecho individual de Dickson.

El Tribunal Supremo de Yukón consideró que la VGFN estaba sujeta a la Carta y dentro del ámbito de aplicación del art. 32.1. Sin embargo, afirmó que el requisito de residencia estaba protegido por el art. 25 de la Carta, tal como sostenía la VGFN, y prevalecía sobre el derecho a la igualdad de la accionante. En consecuencia, el Tribunal Supremo de Yukón desestimó el recurso.

La accionante recurrió, entonces, ante la Corte Suprema de Canadá para impugnar la validez de la norma que establecía el requisito de residencia.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá, por mayoría, desestimó el recurso y confirmó el fallo impugnado.

Resolvió que el requisito de residencia establecido para personas que optan a cargos de autoridad en un territorio indígena es constitucional, no vulnera el derecho a la igualdad y no es discriminatorio. Declaró que, en este caso, prevalecían los derechos colectivos de la comunidad sobre los derechos individuales de la accionante. Indicó que el requisito de residencia protegía la "diferencia indígena", un concepto que abarca los intereses relacionados con la diferencia cultural aborigen, su legado cultural, su ocupación y soberanía territorial y su participación en el proceso local de gobierno.

La Corte Suprema observó que el requisito de residencia es el ejercicio de un derecho protegido por el art. 25 de la Carta, que establece que la garantía hacia determinados derechos y libertades no puede suprimir ningún derecho o libertad de los pueblos aborígenes de Canadá. Así, los derechos y libertades colectivos de los pueblos indígenas prevalecen sobre los derechos individuales de la Carta en los casos en que exista conflicto. De cualquier manera, la Corte Suprema advirtió que, cuando un derecho de la Carta se veía comprometido por

el ejercicio de un derecho aborigen, un tratado u otro derecho, los tribunales debían buscar que los dos derechos pudieran conciliarse.

Si bien la Corte Suprema reconoció que la accionante había logrado demostrar que el requisito de residencia constituía, a primera vista, una infracción a su derecho a la igualdad, afirmó que el requisito de residencia era un ejercicio de "otro" derecho o libertad que corresponde a los pueblos aborígenes de Canadá en virtud del art. 25 de la Carta. Según la Corte Suprema, la finalidad del art. 25 es defender determinados derechos y libertades colectivos de los pueblos indígenas cuando entran en conflicto con los derechos individuales reconocidos en la Carta y, de este modo, preservar la "diferencia indígena". Así, la exigencia de que los cargos de autoridad de la VGFN residan en el territorio de la comunidad ayuda a mantener la conexión de los líderes con la tierra, que está profundamente arraigada en la cultura distintiva y las prácticas de gobierno de la VGFN. También refuerza la capacidad de la VGFN para resistir a las fuerzas externas que alejan a los ciudadanos de sus zonas de origen. La Corte Suprema destacó que estas cuestiones están vinculadas con diversos aspectos de la "diferencia indígena".

Por otro lado, la Corte Suprema estableció que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades sí es aplicable a las naciones indígenas, como en este caso, por lo que la VGFN estaba sujeta a la Carta y dentro del ámbito de aplicación del art. 32.1. De este modo, consideró que la Carta se aplicaba al requisito de residencia porque su promulgación por parte de la VGFN constituía una actividad gubernamental específica y porque había sido adoptado, al menos en parte, bajo la autoridad estatutaria federal (aun cuando también reflejara el ejercicio de un derecho inherente al autogobierno). En este sentido, agregó que la normativa implicaba el ejercicio de un poder legal de coerción que imponía restricciones legítimas sobre quienes podían ser elegidos como jefes o consejeros de la VGFN.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, "Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation", sentencia del 28-3-2024, en https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/20353/index.do

CHILE

Derecho del consumidor. Derecho comercial. Refinanciamiento de deuda. Tarjeta de crédito. Ley del Consumidor. (Chile).

Antecedentes del caso: un hombre era cliente de una tienda comercial que, a partir de septiembre de 2016, comenzó a ofrecer su nueva tarjeta de crédito, asociada a Visa. Este proceso implicó refinanciar la deuda existente de la tarjeta anterior del comercio a un gran número de clientes. El hombre accionó judicialmente y sostuvo que no había tenido otra opción que aceptar el nuevo producto para poder proseguir con el pago de su deuda. Además, expuso que las condiciones de la nueva tarjeta no habían sido dadas a conocer a los clientes de forma clara y que se había omitido, en algunos casos, explicar detalladamente los montos del capital adeudado, los intereses, los plazos y las pólizas de seguro complementarias.

El hombre señaló que estas cuestiones habían quedado asentadas en el documento denominado "contrato único de apertura de línea de crédito y afiliación al sistema, y uso de la tarjeta Visa". Afirmó que se trataba de un pacto leonino, que solo requería la voluntad de aceptación del cliente, sin la posibilidad de pedir mayor información acerca del refinanciamiento y renovación de su deuda, ni todavía menos de alterar alguna de sus cláusulas.

El tribunal de primera instancia hizo lugar a la demanda solo en lo concerniente a la sustitución de la tarjeta de crédito, y condenó al comercio al pago de una multa de 40 UTM (la unidad tributaria mensual es usada en Chile para pagos de impuestos y multas) y también a abonar $50 000 por daño moral a cada uno de los consumidores afectados que presentara un reclamo. En segunda instancia, la Corte de Santiago confirmó la decisión.

Para impugnar el fallo, la tienda comercial interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema de Chile. Sostuvo que habían sido vulnerados el art. 51 de la Ley del Consumidor, en relación con el art. 9 del Código Civil, y los arts. 1 y 2 de la Ley n.° 21081.

Argumentó que el art. 9 del Código Civil establece que la legislación solo puede regular situaciones futuras y nunca pasadas. Destacó que, si bien esa norma puede admitir excepciones, deben estar expresamente reguladas en la legislación posterior, que tiene que delimitar claramente los efectos retroactivos. Expuso que, sin embargo, en este caso los magistrados habían otorgado efecto retroactivo a la Ley n.° 21081 (que introdujo cambios a la Ley del Consumidor), a pesar de que incluso la propia modificación legal ordenaba que debían aplicarse las disposiciones anteriores de la Ley del Consumidor a las situaciones previas a su vigencia. En relación con esto, remarcó que los jueces se habían equivocado al conceder la indemnización de perjuicios por daño moral, ya que este tipo de compensación no estaba prevista por la Ley del Consumidor vigente en el momento de los hechos.

Sentencia: la Corte Suprema de Chile acogió el recurso de casación y rechazó parcialmente la sentencia de la Corte de Santiago. Si bien confirmó la multa a la tienda comercial por ofrecer refinanciamientos unilaterales de deuda asociados al otorgamiento de una nueva tarjeta de crédito, la Corte Suprema desestimó que el comercio debiera indemnizar por daño moral a los consumidores denunciantes, debido a que el reclamo había sido interpuesto antes de la entrada en vigor de la Ley n.° 21081, que sí permite la reparación de perjuicios por daño moral, pero que no puede ser aplicada retroactivamente.

Además, la Corte Suprema observó que el art. 9 del Código Civil expresa que la ley puede solo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo. Agregó que el citado artículo consagra un principio fundamental del derecho chileno, el de la irretroactividad de la ley. Del mismo modo, recordó que la jurisprudencia afirmaba que lo normal y habitual era que la ley rigiera desde su promulgación y, por lo tanto, que solo afectara a los actos o situaciones que ocurrieran con posterioridad a su publicación oficial. Para la Corte suprema, las limitaciones a la retroactividad en materia civil nacen del respeto que debe el legislador a las garantías constitucionales y, en especial, a la garantía del derecho de propiedad. En este sentido, le dio la razón al planteo de la tienda comercial, ya que concluyó que el principio de la irretroactividad de las leyes y el carácter de excepción de la retroactividad se imponen al juez, quien debe otorgarles preponderancia en la interpretación y aplicación de la ley.

En consecuencia, en este marco, la Corte Suprema entendió que la norma aplicable era la del antiguo art. 51 de la Ley del Consumidor (anterior a la modificación de la Ley n.° 21081). Esa disposición indica que el procedimiento para la protección se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores y que se someterá a ciertas normas de procedimiento. Aclara que las indemnizaciones que sean determinadas en este procedimiento no podrán extenderse al daño moral sufrido por el cliente.

Así, la Corte Suprema resolvió que la sentencia impugnada no podía ser mantenida en relación con la condena del comercio a la indemnización del daño moral a favor de los consumidores afectados. Advirtió que los jueces habían incurrido en un error de derecho al admitir la indemnización en este procedimiento.

CORTE SUPREMA DE CHILE, Rol 5787-2023, sentencia del 6-6-2024, en https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dgzgf;
https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dgzfm

COLOMBIA

Derecho a la dignidad humana. Derecho a la unidad familiar. Recluso que padece una enfermedad terminal y solicita traslado. (Colombia).

Antecedentes del caso: el accionante, que cumple una condena de 37 años de cárcel en Bogotá por el delito de secuestro extorsivo, tiene una expectativa de vida de solo 2 meses a raíz de un diagnóstico de cáncer de cerebro y un pronóstico de muerte inminente. Por este motivo, solicitó su traslado a una cárcel de Medellín para estar cerca de su familia en sus últimos días de vida. Previamente, en tres ocasiones, había solicitado cumplir su pena en prisión domiciliaria, pero su pedido había sido rechazado.

Las autoridades penitenciarias denegaron la solicitud de traslado a Medellín. Consideraron que, en este caso, el personal médico no había acreditado el requisito de tener una enfermedad grave incompatible con la reclusión intramuros, pues el hombre se encontraba estable desde el punto de vista hemodinámico. Tras una acción de tutela en sede judicial, el juez de primera instancia confirmó esta decisión. Contra este fallo adverso, el accionante recurrió ante la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia acogió la acción de tutela, amparó los derechos a la dignidad humana y a la unidad familiar del accionante y revocó el fallo impugnado. Además, dispuso el traslado del accionante a un centro de reclusión de Medellín donde hubiera menor ocupación, con el fin de evitar el hacinamiento en el sistema penitenciario. Por último, ordenó al juzgado interviniente que volviera a resolver sobre la prisión domiciliaria del accionante desde un enfoque basado en el respeto a los derechos humanos y que, al hacerlo, verificara si el personal médico, en el marco de su autonomía, había tenido en cuenta los derechos del recluso y elaborado su informe a partir de los deberes que impone el trato digno a la población privada de la libertad.

La Corte Constitucional declaró que rechazaba tajantemente que los habitantes de Colombia vivieran en un país donde sus instituciones penitenciarias no permitían que las personas estuvieran cerca de sus familiares antes de morir, como una manera de sentirse acompañadas en los momentos finales de la vida. Agregó que este caso dejaba en evidencia un rasgo deshumanizante del sistema penitenciario, totalmente contrario a una democracia constitucional basada en la dignidad humana.

En este punto, la Corte Constitucional explicó que había identificado violaciones generalizadas de derechos en el sistema penitenciario y remarcó la necesidad de asegurar que las personas privadas de la libertad no sufrieran tratos crueles y degradantes. Asimismo, destacó que los jueces debían resolver los casos de

las personas privadas de la libertad a través de órdenes de ejecución inmediata que pongan fin a los tratos inhumanos, crueles y degradantes.

En este caso concreto, la Corte Constitucional consideró que la denegación del traslado del accionante a Medellín no era razonable ni proporcional y lesionaba sus derechos fundamentales a la dignidad humana y a la unidad familiar. Señaló que el accionante estaba experimentando el proceso de muerte en soledad y que manifestaba síntomas de ansiedad y depresión, por lo que resultaba necesario el acompañamiento familiar para aliviar el dolor y otorgarle un significado colectivo a su experiencia.

Observó que impedir el traslado del accionante suponía una intromisión desproporcionada sobre su derecho a la unidad familiar. Señaló que, a pesar de estar privado de la libertad, tenía derecho a que su núcleo familiar fuera preservado, especialmente si manifestaba su deseo de estar acompañado antes de morir. Entendió que impedirle permanecer cerca de su único familiar en los últimos momentos de su vida habría representado una intervención excesiva.

Del mismo modo, la Corte Constitucional consideró que, a pesar de que el convicto padecía patologías graves como cáncer de cerebro, cardiopatías y discopatías, el personal médico legista no había realizado un análisis sobre cómo la mitigación del dolor físico y mental podía indicar una incompatibilidad de las enfermedades con la vida en reclusión. La Corte Constitucional sostuvo que no pretendía suplantar la labor de los médicos, pero que sí instaba a que los conceptos médicos abarcaran todas las implicaciones presentes en el caso. En este sentido, advirtió que un enfoque de derechos significaba que el personal médico debía analizar la situación de salud de las personas desde una visión coherente con el derecho a la dignidad humana. Concluyó que esta forma de aproximarse a los derechos constitucionales implicaba que las personas pudieran vivir sin sufrir humillaciones.

Por otra parte, la Corte encontró ilógico que el Instituto Nacional Penitenciario argumentara que el traslado no era posible por razones de seguridad y hacinamiento. En primer lugar, la condición de salud del accionante implicaba que no existiera riesgo de fuga o algún otro riesgo de seguridad. En segundo lugar, en este caso concreto, la necesidad de que el accionante se reuniera con su familia prevalecía sobre el objetivo legítimo de evitar el hacinamiento y, además, el hecho de trasladar a una sola persona no podía generar un impacto significativo en la población carcelaria.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-472-23, del 9-11-2023, en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-472-23.htm

Derecho a la libertad religiosa. Principio de laicidad del Estado. Exhibición de una estatua de la Virgen del Carmen en una entidad pública. (Colombia).

Antecedentes del caso: Ana Josefina Lastra Colobón solicitó el retiro de una imagen religiosa de la Dirección de Tránsito y Transporte de Floridablanca (departamento de Santander, Colombia). Alegó que violaba las creencias religiosas de las personas que no adherían al credo católico.

La accionante, que es funcionaria de la Dirección de Tránsito y Transporte de Floridablanca, había expresado a sus superiores su disconformidad con las celebraciones religiosas que se realizaban en las dependencias de la entidad pública y con la existencia de una estatua de la Virgen del Carmen, ubicada en un lugar de acceso público. Si bien Lastra Colobón manifestó ser cristiana, argumentó que estas situaciones vulneraban las creencias de las personas que no profesaban esa religión.

Tras negarse a asistir a una eucaristía en honor de la virgen, y ante la negativa de sus superiores de retirar la estatua del recinto, Lastra Colobón presentó una acción de tutela contra la Dirección de Tránsito y Transporte de Floridablanca. Por su parte, la entidad negó que la presencia de la estatua vulnerara la pluralidad religiosa y adujo que no era de su propiedad, sino que pertenecía a los funcionarios que trabajaban en la dependencia.

La acción fue desestimada en primera instancia. Lastra Colobón apeló y el tribunal de segunda instancia acogió parcialmente el reclamo. Si bien consideró que una resolución dictada para modificar el horario de trabajo con el fin de realizar una celebración religiosa en honor de la virgen violaba la Constitución, rechazó ordenar el retiro de la estatua. La accionante impugnó esta decisión ante la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia acogió la acción de tutela. Amparó el derecho a la libertad religiosa de la accionante y consideró que había sido vulnerado el principio de laicidad. Por lo tanto, ordenó que se retirara la estatua de la Virgen del Carmen y exigió a la Dirección de Tránsito y Transporte de Floridablanca que se abstuviera de realizar actos que indicaran predilección por una religión en particular.

La Corte Constitucional sostuvo que la entidad pública accionada no había logrado justificar que la exhibición de simbología religiosa —en un lugar común y de frecuente afluencia de la ciudadanía— tuviera un propósito secular relevante. Advirtió que, por el contrario, favorecía la adhesión institucional hacia una religión.

La Corte Constitucional observó que la relación entre el Estado colombiano y la religión se desarrolla conforme al principio de laicidad. Por eso, le corresponde al Estado cumplir con el deber de neutralidad, que le prohíbe, entre otras cosas, identificarse formal y explícitamente con una iglesia o religión, realizar actos oficiales

de adhesión —así sean simbólicos— a una determinada creencia o tomar decisiones institucionales que tengan una finalidad religiosa.

Además, la Corte Constitucional consideró que la libertad religiosa y de culto es un derecho subjetivo que establece la posibilidad de que las personas elijan libremente si desean desarrollar su proyecto de vida bajo alguna doctrina religiosa y la forma en que van a practicar y profesar sus creencias. Por lo tanto, el Estado debe abstenerse y evitar favorecer al conjunto de símbolos u objetos de veneración de los diferentes sistemas de creencias. De este modo, nadie puede ser persuadido para realizar actos que vayan en contra de su culto u obligado a exaltar o promover una religión diferente a la que practica.

En este caso concreto, la Corte Constitucional señaló que la Dirección de Tránsito y Transporte de Floridablanca había desconocido las libertades de la accionante cuando dictó la circular que modificaba la jornada laboral con el fin de autorizar la celebración de una eucaristía en homenaje de la Virgen del Carmen y convocó a los funcionarios a la actividad. De este modo, la entidad pública accionada adhirió de manera institucional, oficial y pública a una religión específica y particular, lo que implicó, en la práctica, que Lastra Colobón se sintiera obligada a asistir a la celebración.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-530-23 del 1-12-2023, en https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-530-23.htm

Derecho a la salud. Derecho a la vida digna. Entrega de preparaciones magistrales a base de cannabis medicinal. (Colombia).

Antecedentes del caso: dos mujeres, que padecen dolor crónico poliarticular, osteoartrosis degenerativa, artritis reumatoidea, fibromialgia e insomnio, necesitan consumir preparaciones magistrales a base de cannabis medicinal para sobrellevar sus problemas de salud. A pesar de contar con las prescripciones médicas, la entidad prestadora de servicios de salud a la que están afiliadas, Famisanar, les negó el suministro de los medicamentos, con el argumento de que no estaban incluidos en su plan de salud.

Tras esta negativa, presentaron una acción de tutela en sede judicial para solicitar la entrega de los medicamentos prescriptos. Alegaron que las preparaciones magistrales resultaban necesarias para garantizar su derecho a la salud, pues la falta de suministro afectaba notablemente su calidad de vida por el dolor agudo que sufrían día a día y les impedía conciliar el sueño. Además, indicaron que no contaban con recursos económicos para pagar los medicamentos, que eran muy costosos.

Sin embargo, el juzgado de primera instancia de Bogotá desestimó la demanda. El juez afirmó que la prescripción médica otorgada a las mujeres no cumplía con las indicaciones autorizadas en el registro sanitario del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos. Las accionantes impugnaron esta decisión ante la Corte Constitucional de Colombia y solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia acogió la acción de tutela. Amparó, según jurisprudencia constitucional, los derechos a la vida digna y a la salud de las accionantes y ordenó a la entidad de salud autorizar y suministrar los medicamentos a base de cannabis. Además, dispuso que la entidad de salud diagnosticara a las mujeres para establecer la viabilidad de un tratamiento integral de sus patologías. Por último, exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud a que, de manera coordinada y en el marco de sus competencias legales y reglamentarias, adelantaran las gestiones administrativas para garantizar a los usuarios el acceso al uso del cannabis y sus derivados en los términos de la normativa vigente.

La Corte Constitucional señaló que la búsqueda de un óptimo estado de salud era inherente a la vida digna. Afirmó que la falta de suministro del medicamento —prescripto por razones médicas— no permitía a las accionantes mitigar el dolor que padecían y con el que convivían a diario y, por lo tanto, no podían gozar de una calidad de vida adecuada. Consideró que la entidad de salud había vulnerado el derecho a la vida digna de las mujeres.

Observó que diversos estudios habían demostrado la eficacia del uso del cannabis para tratar diferentes condiciones de salud o patologías. De acuerdo con un documento publicado por el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud, e incorporado al expediente de este caso, la evidencia que se encuentra publicada respalda el empleo de múltiples derivados del cannabis para aliviar el dolor en diferentes padecimientos. Entre las distintas condiciones médicas valoradas y en las que se observaron beneficios, están la fibromialgia, el insomnio, el dolor crónico no asociado al cáncer, entre otras. En consecuencia, la Corte Constitucional concluyó que el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud, en el marco de sus competencias y en coordinación con el Ministerio de Salud, había realizado un estudio y había estructurado y publicado el documento que avalaba el uso de medicamentos y productos derivados del cannabis para tratar las mismas patologías que padecían las accionantes.

Por otro lado, la Corte Constitucional aseguró que las preparaciones magistrales a base de cannabis medicinal sí estaban incluidas en el plan de salud de las accionantes y también confirmó que esta clase de medicamentos no tenían indicaciones autorizadas en el registro sanitario del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos.

Por eso, la Corte Constitucional señaló que la prestadora de servicios de salud debía remover todos los obstáculos administrativos que impedían el acceso a los medicamentos, pues era su deber constitucional y estatutario. Explicó que

negar el suministro de un servicio de salud financiado con recursos públicos generaba una barrera administrativa para el paciente y atentaba contra el derecho fundamental a la salud.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-451-23 del 27-10-2023, en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-451-23.htm



Derecho a la vivienda digna. Derecho a la vida. Derecho a la seguridad personal. Reubicación de familias. Desastres naturales. (Colombia).

Antecedentes del caso: los accionantes residen en la localidad de Ciudad Bolívar (Bogotá), en un barrio donde ocurrieron múltiples deslizamientos de tierra, que causaron daños estructurales a las viviendas del sector. En este contexto, solicitaron a las autoridades la reubicación del barrio en una zona más segura y destacaron que previamente se había tomado la misma decisión respecto de un barrio cercano. A pesar de que el Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático (IDIGER) —que es el organismo responsable de administrar el riesgo de desastres naturales— reconoció que el terreno no era apto para la construcción, omitió señalar si era posible mitigar los riesgos o si era necesaria la reubicación.

Ante la falta de respuestas concretas, los accionantes presentaron un recurso en sede judicial que fue desestimado tanto en primera como en segunda instancia. El tribunal de apelación remarcó la idoneidad del informe técnico de las autoridades y señaló que los riesgos habían sido asumidos por las personas que habían decidido habitar los terrenos de forma irregular.

Tras estos fallos adversos, los accionantes interpusieron una acción de tutela contra el IDIGER ante la Corte Constitucional de Colombia. Alegaron que el organismo no había adoptado medidas para reubicar al conjunto de familias que habitan en la zona de alto riesgo y garantizarles el acceso a la vivienda en un lugar seguro. Consideraron que habían sido vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la vivienda digna, a la vida y a la seguridad personal.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia acogió la acción de tutela y amparó los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad personal y a la vivienda digna de los afectados. Sostuvo que las autoridades debían monitorear adecuadamente las zonas proclives a sufrir desastres naturales y adoptar las medidas necesarias para reubicar a las familias afectadas.

La Corte Constitucional consideró que, en la actualidad, el derecho a la vivienda digna es un derecho fundamental autónomo, y lo determinante es su traducción en

un derecho subjetivo y su relación directa con la dignidad humana. Señaló que a este derecho se le aplican los principios de progresividad y no regresividad y que su ejercicio implica también obligaciones positivas y negativas.

Agregó que, si el inmueble estuviera ubicado en una zona que implicara un riesgo para los residentes, la vivienda no cumpliría con los requisitos mínimos para ajustarse a las condiciones adecuadas de habitabilidad y asequibilidad. En ese caso, no solo estaría amenazado el derecho fundamental a la vivienda digna, sino también el derecho a la seguridad e integridad personal, debido a la inacción de las autoridades responsables de brindar soluciones ante la situación.

Además, la Corte Constitucional advirtió que la jurisprudencia constitucional había precisado que, de acuerdo con las normas vigentes, las autoridades municipales tienen competencias específicas para prevenir y atender los desastres. En este sentido, sus deberes son: reunir la información actual y completa de las zonas de alto riesgo de deslizamientos o derrumbes; mitigar el riesgo generado por la inestabilidad del terreno en donde se ubican las viviendas habitadas; cuando los hogares estén situados en una zona de alto riesgo no mitigable, adoptar políticas de reubicación que cumplan con la condición de garantizar viviendas dignas.

Asimismo, la Corte Constitucional consideró que la tutela era procedente y satisfacía el requisito de subsidiariedad, porque, si bien el amparo no era procedente por regla general para controvertir actos administrativos, en este caso particular los accionantes podían sufrir un perjuicio inminente e irremediable.

Por último, la Corte Constitucional observó que la autoridad había desconocido el deber de seguridad e integridad de los demandantes, pues, a pesar de tener conocimiento de que estaban ubicados en una zona de alto riesgo, no había definido si el riesgo podía mitigarse o no. En consecuencia, concluyó que la falta de calificación de la amenaza había impedido que se reparara o reconstruyera las viviendas o, si eso no fuera posible, que se reubicara a las familias allí asentadas.

Por todas estas razones, la Corte revocó los fallos impugnados. Además, ordenó al IDIGER elaborar un informe técnico que evalúe las condiciones de amenaza y riesgo del barrio de los accionantes y establezca si el riesgo de daños de las viviendas era susceptible de ser mitigado o no. Dispuso que, en caso de que el riesgo no sea mitigable, recomiende que los accionantes sean incluidos en un programa de reasentamiento de hogares de Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-122-24, del 16-4-2024, en https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-122-24.htm

Derecho a la vivienda digna. Reubicación y refacción de vivienda. Desastres naturales. Derecho a la vida. Derecho a la seguridad personal. (Colombia).

Antecedentes del caso: la accionante es una madre cabeza de familia a cargo de sus tres hijos, un joven mayor de edad con discapacidad cognitiva y dos menores, que vive en la ciudad de San Lorenzo, gobernación de San Felipe. Luego de que un fuerte temporal dañara severamente su vivienda, solicitó ayuda a las autoridades del municipio y la gobernación. Dado que no obtuvo respuesta, accionó judicialmente contra las autoridades y las acusó de no haber ejecutado debidamente las acciones relacionadas con la gestión de riesgos de desastres naturales que está regulada por la legislación vigente (leyes 9/1993, 388/1997, 715/2001 y 1523/2012). Reclamó la reubicación y reparación de su vivienda.

Las autoridades contestaron que se habían realizado las inspecciones para evaluar el caso y que se encontraban gestionando los recursos necesarios para solucionar los problemas. Agregaron que se dificultaba su trabajo debido a la complejidad del lugar, que había sido catalogado como de alto riesgo.

El juez de primera instancia desestimó el amparo presentado por la accionante, por lo que la mujer interpuso una acción de tutela ante la Corte Constitucional de Colombia. Alegó que habían sido vulnerados sus derechos fundamentales a la vivienda digna, a la vida y a la seguridad personal. Reclamó nuevamente la reubicación y reparación de su vivienda, que había sufrido daños estructurales a causa de un desastre natural.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia acogió la acción de tutela y amparó los derechos fundamentales a la vivienda digna, a la vida y a la seguridad personal de la accionante y su grupo familiar. Declaró que el municipio de San Lorenzo y la gobernación de San Felipe habían omitido sus obligaciones y competencias específicas en lo concerniente a la prevención y atención de desastres, previstas en la Constitución Política y en las leyes 388/1997, 715/2001 y 1537/2012.

Sostuvo que la noción de vivienda digna implicaba contar con un espacio que le permitiera a la persona desarrollar sus actividades personales y familiares en condiciones mínimas de dignidad, para así poder llevar adelante su proyecto de vida. Destacó que una vivienda adecuada debía ser habitable, en el sentido de ofrecer espacio suficiente a sus ocupantes. También debía protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, así como de posibles riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.

Por eso, la Corte Constitucional advirtió que el derecho a una vivienda digna se materializa solo cuando las personas habitan un espacio en condiciones suficientes para garantizar su seguridad física, su salud y la protección de riesgos estructurales. Además, observó que, conforme a la legislación existente, las autoridades territoriales tienen la obligación de prevenir y atender los desastres en su jurisdicción.

En este sentido, la Corte Constitucional precisó las obligaciones y competencias específicas de las autoridades locales en lo concerniente al tema de prevención y atención de desastres. Señaló que debían contar con información actual y completa acerca de las zonas de alto riesgo de deslizamiento que se encontraran en su municipio. Agregó que, una vez obtenidos los datos, tenían que reubicar (y evacuar, en caso de ser necesario) a las personas en situación de riesgo, ya que el legislador le había impuesto a la administración municipal deberes de prevención y mitigación frente a la población localizada en zonas de desastres naturales.

La Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia vinculada con el derecho a la vivienda digna y la obligación de las autoridades locales de adoptar medidas ante riesgos de desastre. Retomó las consideraciones de las sentencias T-583, de 2013, T-024, de 2015, T-132, de 2015, T-420, de 2018, SU-016, de 2021, T-206, de 2021, T-223, de 2022, T-267, de 2022 y T-528, de 2023, entre otras. Luego de evaluar y acreditar la procedencia de la acción de tutela, consideró relevante la intervención del juez constitucional con el fin de proteger los derechos fundamentales alegados. Mencionó que se habían constatado informes técnicos que advertían sobre las fallas estructurales que presentaba el inmueble. También señaló que, en este caso, estaban en riesgo personas de especial protección constitucional, en particular, una madre cabeza de familia con dos menores de edad a cargo y otro hijo en condición de discapacidad, que ese grupo familiar estaba en situación de pobreza extrema y que la accionante había agotado todos los procedimientos administrativos.

La Corte Constitucional concluyó que las autoridades locales tenían el deber de implementar procesos de conocimiento y de reducción del riesgo, así como de ejecutar acciones para el manejo de desastres en su territorio, en el marco de una política de gestión del riesgo. En tal sentido, es su obligación integrar gestiones estratégicas y prioritarias en la planificación del desarrollo departamental.

Por todas estas razones, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades realizar un estudio para evaluar el estado del terreno, la vulnerabilidad de la estructura y las condiciones habitacionales de la vivienda de la accionante y dar una solución de fondo a los problemas denunciados. Además, dispuso que deberán reubicarla temporalmente junto con su familia y garantizar su acceso a programas habitacionales del Estado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-268-24, del 9-7-2024, en https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-268-24.htm

Derecho al debido proceso. Derechos políticos. Derecho a elegir y ser elegido. Sanción disciplinaria a un parlamentario por parte de su partido político. (Colombia).

Antecedentes del caso: un diputado —electo para la asamblea legislativa del departamento de Nariño, Colombia, por el período comprendido entre el 1.º de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2023— recibió una sanción disciplinaria por parte del Partido Cambio Radical, al que pertenece. El Consejo de Control Ético del partido aplicó, de acuerdo con el estatuto interno, un procedimiento previsto para las faltas éticas y lo sancionaron con la pérdida de los derechos de voz y voto por una presunta doble militancia. El diputado presentó una solicitud de tutela y alegó una violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a elegir y ser elegido, en relación con la representación política efectiva. Argumentó que la sanción le había sido impuesta de forma improcedente, ya que estaba pendiente la resolución del Consejo Nacional Electoral, que debía decidir sobre una solicitud de impugnación presentada por él mismo.

La acción del diputado contra su partido político fue rechazada en primera instancia. Sin embargo, fue acogida en segunda instancia, y se le concedió de manera transitoria el amparo de sus derechos fundamentales. El fallo dejó sin efectos la sanción impuesta hasta que el Consejo Nacional Electoral resolviera de manera definitiva la solicitud de impugnación. En paralelo, el diputado se presentó ante la Corte Constitucional de Colombia y reclamó por la vulneración de sus derechos al debido proceso y a elegir y ser elegido.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia dictaminó la carencia actual de objeto por hecho superado y confirmó el fallo de segunda instancia. Además, delimitó las facultades disciplinarias que los partidos políticos poseen sobre sus parlamentarios.

Durante el trámite de revisión de este expediente, el Consejo Nacional Electoral resolvió dejar sin efectos el pronunciamiento del Consejo de Control Ético del Partido Cambio Radical, que había impuesto la sanción de pérdida de voz y voto al diputado. En consecuencia, la Corte Constitucional consideró que se configuraba la carencia actual de objeto, ya que las pretensiones del accionante estaban satisfechas. Sin embargo, esa carencia no afecta la competencia que tiene la Corte Constitucional para revisar si el fallo de segunda instancia se ajustaba a derecho y para examinar si los derechos fundamentales al debido proceso y a elegir y ser elegido del accionante habían sido vulnerados.

La Corte Constitucional señaló que los partidos políticos tenían la autoridad para aplicar sanciones disciplinarias a los parlamentarios que integran sus bancadas en las asambleas legislativas, en virtud de una competencia expresamente atribuida por el art. 108 de la Constitución. Subrayó que esta competencia implicaba una función sancionatoria de carácter público, ya que incidía directamente en el ejercicio de cargos de elección popular. Al mismo tiempo, declaró que, en la aplicación del

régimen disciplinario interno de cada bancada legislativa, los partidos políticos debían garantizar plenamente el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el art. 29 de la Constitución. Advirtió que la fuerza normativa de la garantía y el derecho al debido proceso no se restringía al ámbito público, sino que abarcaba todo el ordenamiento jurídico, incluso las relaciones entre particulares, en especial en aquellos escenarios en los que ciertas autoridades u organismos tenían la facultad de imponer sanciones.

En relación con esto, la Corte Constitucional aseguró que las sanciones que impusieran los partidos por una inobservancia del régimen estatuario de su bancada, con fundamento en el art. 108 de la Constitución, eran actos de naturaleza administrativa. Agregó que la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional avalaba la atribución a particulares de este tipo de funciones sancionatorias de carácter público.

En conclusión, en cuanto a este caso, la Corte Constitucional determinó que las decisiones del Partido Cambio Radical habían violado los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a ejercer el poder político. Indicó que el partido había investigado una posible doble militancia por el presunto apoyo a un candidato de otra agrupación política, pero le había impuesto una sanción prevista no para ese supuesto, sino para la inobservancia del régimen disciplinario de la bancada. Del mismo modo, observó que la sanción impuesta al diputado, que consistía en la pérdida de los derechos de voz y voto en la asamblea legislativa, no estaba prevista en los estatutos. Por último, sostuvo que la sanción se había basado en el principio de verdad sabida y buena fe guardada, que no era aplicable al régimen disciplinario interno de la bancada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-553-23, del 12-12-2023, en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-553-23.htm

Derecho al nombre. Derecho a la nacionalidad. Derecho a la igualdad. Derechos del niño. Principio del interés superior del niño. Nacionalidad de una niña nacida mediante un procedimiento de gestación subrogada. (Colombia).

Antecedentes del caso: el conflicto surgió alrededor de la nacionalidad de una niña nacida mediante un procedimiento de gestación subrogada. La menor nació en 2020 en Bogotá. En el registro civil de nacimiento, constaba que sus padres biológicos eran MRZ, estadounidense, y BGO, colombiana. Ambos habían suscripto un acuerdo de gestación subrogada, a través del Centro Latinoamericano de Diagnóstico Genético Molecular.

En octubre de 2020, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió el pasaporte a nombre de la niña. En febrero de 2021, se admitió la demanda de impugnación de la maternidad presentada por MRZ contra BGO, con el propósito de que se declarara que la demandada no era la madre de la niña, puesto que su nacimiento derivaba de un proceso de gestación subrogada, y, por consiguiente, que se la excluyera del registro civil de nacimiento de su hija.

El Juzgado Décimo de Familia de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda y declaró que BGO no era la madre de la niña, por lo que se expidió un nuevo registro civil de nacimiento, que modificó el nombre de la niña, y, respecto a la madre, se indicó "sin información".

En 2022, el hombre solicitó la expedición de un nuevo pasaporte para su hija, pero fue denegado por el Consulado de Colombia en Orlando, Estados Unidos. Las autoridades adujeron que la niña no era colombiana por haber nacido mediante un procedimiento de gestación subrogada, por lo que el padre interpuso una acción de tutela contra el Ministerio de Relaciones Exteriores. Argumentó que habían sido vulnerados los derechos fundamentales de su hija al nombre, la nacionalidad, la igualdad y el principio del interés superior del niño. Requirió que se ratificara a su hija como nacional colombiana y que se le ordenara al ministerio expedir el pasaporte colombiano de la menor y dejar de interponer obstáculos administrativos a la entrega de pasaportes de niños nacidos por medio de procedimientos de gestación subrogada.

El Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá rechazó la pretensión del padre, ya que consideró que la nacionalidad de la niña no podía interpretarse como un derecho adquirido, pues la impugnación de la maternidad tenía efectos retroactivos sobre su estado civil. Concluyó que, dado que quien le había hecho extensivo el derecho a la nacionalidad colombiana ya no era considerada su madre, este derecho había desaparecido. Tras este fallo adverso, el hombre recurrió ante la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia desestimó la acción de tutela, confirmó la sentencia del Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y constató la existencia de un vacío legal en el país respecto a los efectos en el registro civil de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida. Exhortó al Congreso de la República a regular la identidad registral de los menores nacidos a través de procedimientos de gestación subrogada y a legislar sobre la materia de manera integral. Además, agregó que el legislador debía considerar, para realizar su tarea, el interés superior del niño, el enfoque de género y los derechos de las madres gestantes.

La Corte Constitucional remarcó el vacío jurídico que existe en esta materia en Colombia, que impacta en las tareas cotidianas de las autoridades involucradas, especialmente cuando tienen que determinar con certeza si la extracción internacional de los niños es regular o irregular. Por eso, estimó necesario avanzar hacia una intervención integral que permita a las instituciones saber cómo operan estos procedimientos y, sobre todo, cuándo es admisible el traslado internacional de niños.

Además, la Corte Constitucional observó que, en este caso, había situaciones legalmente problemáticas. Por ejemplo, la utilización de instituciones y/o procesos jurídicos que no son propios de los métodos de gestación subrogada, como lo es el proceso de impugnación de la maternidad y la consecuente modificación en el registro civil de nacimiento, puede conllevar un riesgo de apatridia de los niños que salen del país o de tráfico y/o explotación sexual. Señaló que la supresión de datos personales de sus documentos de identidad los colocaba en una condición de extrema vulnerabilidad, pues, de este modo, se entorpecía el vínculo del niño con el Estado y, por consiguiente, la posibilidad de protegerlo.

En relación con esto, advirtió acerca de la falta de regulación de la gestación subrogada y de otros procedimientos y destacó, en consecuencia, la imperiosa necesidad de que el Congreso cumpla con su obligación de legislar sobre la materia. Sostuvo que la instauración de normas es indispensable, ya que las técnicas de reproducción humana asistida plantean una serie de cuestiones legales, éticas y sociales que requieren de un amplio debate en el ámbito legislativo.

La Corte Constitucional concluyó que la legislación tiene que garantizar los derechos de los niños que nacen a través de la gestación subrogada y considerar su interés superior. Añadió que en su jurisprudencia había reconocido, de manera reiterada, que el interés superior del niño debe guiar las actuaciones de los particulares y los funcionarios públicos, un mandato que deriva de disposiciones constitucionales y de la normativa internacional.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-127-24, del 18-4-2024, en https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-127-24.htm



Derecho de familia. Derecho al debido proceso. Derecho a la presunción de inocencia. Derecho a la buena fe. Suspensión de régimen de visitas. Demanda de custodia. **Derechos del niño. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella.** Derecho al libre desarrollo de la personalidad. **Discriminación y violencia contra la mujer.** Perspectiva de género. Síndrome de alienación parental. (Colombia).

Antecedentes del caso: en el marco de una demanda de custodia interpuesta por la madre de un adolescente, el Juzgado Segundo de Familia de Ítaca suspendió provisionalmente el régimen de visitas del padre. Contra esa decisión, el hombre presentó una acción de tutela en nombre suyo y de su hijo. El accionante adujo que la suspensión inmediata y transitoria del régimen de visitas, mientras culminaba el

proceso de custodia y cuidado, había vulnerado sus derechos al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la buena fe, y los de su hijo a tener una familia y no ser separado de ella como también al libre desarrollo de la personalidad. Acusó a la mujer de haber manipulado al menor y de impedir que mantuviera contacto con él.

En primera instancia, el juzgado negó la acción de tutela. Consideró que la decisión controvertida, además de ser provisional, no había sido arbitraria, ilegal o caprichosa, dado que se había basado en un estudio y análisis suficiente del caso concreto. Sin embargo, el tribunal de segunda instancia revocó esta decisión, admitió la acción y dejó sin efecto la suspensión de visitas. Señaló que esta medida debía ser el último mecanismo impuesto por la autoridad judicial —porque podía reforzar el distanciamiento y desarraigo entre el accionante y su hijo— y agregó que la relación del niño con su padre no debía estar determinada por el conflicto entre sus progenitores. Además, ordenó evaluar la existencia del síndrome de alienación parental (SAP) en virtud de los antecedentes del caso.

Este síndrome se caracterizaría por la presencia de una campaña de denigración hacia un progenitor previamente querido por el niño, que se inicia instigando temor y animadversión injustificadas y que suele producirse durante el litigio por la custodia del menor en un proceso de divorcio. De este modo, se impide, obstaculiza o destruye el vínculo del niño con uno de sus progenitores, generalmente, pero no exclusivamente, el padre, y se pierde el contacto entre ambos. El SAP carece de consenso dentro de la comunidad científica, ya que se considera que no reúne los criterios metodológicos necesarios para ser aceptado. Por esa razón, la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Estadounidense de Psicología (APA, por sus siglas en inglés), por ejemplo, no lo incluyen en sus listados de trastornos mentales o de salud. El SAP suele ser invocado por algunos abogados en causas de divorcio para defender a padres y madres que han sido alejados de sus hijos.

En el momento en que la acción de tutela llegó a la Corte Constitucional de Colombia, el fallo de segunda instancia había configurado una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, ya que la suspensión del régimen de visitas había sido revocada. A pesar de eso, la Corte Constitucional decidió realizar algunas consideraciones sobre la sentencia y efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia prohibió los diagnósticos basados en el síndrome de alienación parental por carecer de base científica. Sostuvo que estos diagnósticos, además de no estar avalados por evidencia científica, lesionan los derechos de niños y adolescentes, reproducen estereotipos de género y generan discriminación y violencia contra la mujer. También ordenó hacer un seguimiento del vínculo entre padre e hijo y declaró la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

La Corte Constitucional señaló que el SAP no solo no es un síndrome reconocido unánimemente, sino que debería estar inhabilitado para expresar un diagnóstico y proponer un tratamiento a seguir. Por lo tanto, concluyó que el SAP carece del estatus clínico necesario para garantizar diagnósticos o pronósticos confiables.

En relación con esto, la Corte Constitucional aseguró que podían existir eventos en los que niños y adolescentes fueran instrumentalizados por uno de los progenitores y se lograra modificar su juicio, sobre todo si son pequeños. Sin embargo, esta situación deberá ser analizada ampliamente, a partir de instrumentos validados por la ciencia y con enfoque en los derechos, además de las consideraciones sobre el proceso de maduración según la edad.

La Corte Constitucional observó que aplicar el SAP implicaría restar credibilidad a las dinámicas violentas denunciadas, por lo que se invisibilizaría la existencia de procesos complejos entre padre e hijo y exesposos y se negaría la necesidad de trabajar en soluciones para corregir los comportamientos que originaron el malestar en el joven. Además, afirmó que recurrir al SAP constituía una forma de violencia contra la mujer en razón del género.

Sostuvo que cualquier medida que se adoptara en favor de niños y adolescentes cuyos padres y madres ya no conviven en el mismo hogar debía considerar una perspectiva de género, pues las mujeres son quienes más ejercen la custodia y el cuidado de sus hijos en las familias monoparentales. Por eso, estas circunstancias tienen que analizarse con cautela y exigen reconocer que, en Colombia, las mujeres —y en este caso específico las madres— se enfrentan a múltiples obstáculos para ejercer su maternidad y sus proyectos de vida individuales, debido a las desigualdades propias de las sociedades patriarcales.

Agregó que figuras tales como el SAP y otras similares se utilizan, con mayor frecuencia, para desacreditar las expresiones de niños y adolescentes respecto de su padre y aducir una presunta manipulación de la madre, quien —reproduciendo estereotipos de género— intentaría vengarse por la finalización de un vínculo afectivo. Además, los procesos administrativos y judiciales en los que se debaten asuntos como la custodia y el cuidado de los hijos se convierten en espacios ideales para ejercer violencia contra las mujeres, incluso instrumentalizando a los mismos menores. Precisó que la utilización de este tipo de pruebas y la ausencia de enfoque de género para proteger a la mujer de actos violentos constituía una forma de violencia institucional y podía generar responsabilidad internacional del Estado colombiano por incumplir el deber de prevención, sanción y erradicación de la violencia en razón del género.

La Corte Constitucional concluyó que un síndrome diagnóstico no solo debe cumplir con ciertos requisitos para ser admitido como tal en el marco de la ciencia, sino que tiene que ser corroborado a través de ciertos mecanismos concretos en una causa. El SAP, por lo tanto, no puede ser considerado un síndrome diagnóstico ni estar habilitado para expresar un diagnóstico y ordenar un tratamiento.

Por otro lado, señaló que la decisión del Juzgado Segundo de Familia de Ítaca de suspender provisionalmente las visitas del padre no había incurrido en un defecto fáctico, en un desconocimiento del precedente o en una violación directa de la Constitución. Observó que el juzgado había fundado razonablemente su resolución en las declaraciones del joven, las valoraciones psicológicas del informe pericial y las actuaciones procesales que buscaban acreditar actos presuntos

de violencia intrafamiliar. Además, afirmó que no era exigible el dictamen de alienación parental solicitado por el accionante, pues esto habría impactado negativamente en el deber de prevención, sanción y erradicación de la violencia de género. Agregó que los supuestos fácticos de las sentencias citadas por el accionante no eran similares a los de este caso. Por último, entendió que el juzgado había ponderado adecuadamente los mandatos del derecho interno e internacional sobre la titularidad de niños y adolescentes del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

Del mismo modo, la Corte Constitucional consideró necesario adoptar medidas para garantizar los derechos del adolescente y de su madre, ya que el proceso de custodia y cuidado había finalizado con la reanudación y fijación de visitas entre padre e hijo y se habían evidenciado hechos de violencia contra el joven y la madre. También sostuvo que no era claro que el adolescente hubiera accedido de forma voluntaria a las visitas al final del proceso. Además, ratificó que el SAP no tenía sustento científico, ponía en duda la capacidad de juicio y discernimiento de los menores de 18 años y reproducía estereotipos y esquemas de violencia contra la mujer.

Por lo tanto, ordenó al Juzgado Tercero de Familia de Ítaca (a cargo del proceso de custodia y cuidado) y a la defensoría de familia adscrita hacer un seguimiento de la relación entre padre e hijo, con el objeto de garantizar el interés superior del adolescente con el apoyo psicológico y la asistencia que requirieran ambos. Además, indicó que el progenitor debe realizar las terapias necesarias para garantizar que su relación se dará en el marco del respeto y la protección del menor, sin ejercer actos de violencia de ningún tipo contra la madre.

Del mismo modo, la Corte Constitucional instruyó a ese juzgado para que, en el marco del seguimiento de la relación entre padre e hijo, asumiera el caso con enfoque de género para garantizar el deber del Estado de erradicar, prevenir y sancionar la violencia contra la mujer. Requirió a la Comisaría A de Familia de Ítaca que desplegara las actuaciones para la protección de la madre del adolescente si se reanudara el contacto entre padre e hijo o se encontraran indicios de violencia contra ella. Además, instó al progenitor a cumplir sus obligaciones constitucionales y legales como padre, relativas a garantizar los derechos y el interés superior de su hijo, y abstenerse de ejercer actos de violencia física, psicológica o emocional contra la madre.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-526-23, del 30-11-2023, en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-526-23.htm

Derecho del trabajo. Derecho a la estabilidad laboral reforzada. Despido de trabajadora embarazada del Congreso. Prohibición de discriminación por motivos de género. Contrato de prestación de servicios. (Colombia).

Antecedentes del caso: en enero de 2022, la Cámara de Representantes del Congreso de Colombia contrató a una empleada a través de un contrato de prestación de servicios, con una duración de cuatro meses. En marzo de ese año, la trabajadora informó a su empleador que estaba embarazada, por lo que su contrato fue prorrogado por dos meses más.

No obstante, en ese momento hubo elecciones y asumieron nuevas autoridades en el Congreso, que desconocieron los términos acordados entre la trabajadora y la administración anterior. Las nuevas autoridades adujeron que el plazo del contrato había expirado y que no seguía vigente la necesidad que había motivado la contratación. Con estos argumentos, negaron toda posibilidad de prórroga.

En consecuencia, la trabajadora demandó a la Cámara de Representantes del Congreso para exigir la renovación del contrato y el pago de remuneraciones adeudadas. Su pretensión fue desestimada por el Juzgado Décimo de Familia del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y por el Tribunal Superior del Circuito de Bogotá, en segunda instancia. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Circuito de Bogotá consideró que el contrato no había cesado por su condición de embarazada, sino por el vencimiento del plazo estipulado y por la culminación del período parlamentario de su empleador. La mujer interpuso una acción de tutela ante la Corte Constitucional de Colombia para impugnar esta decisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia acogió la acción de tutela y amparó el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora. Consideró que el despido había sido arbitrario, ya que no había cumplido los requisitos legales previstos en la normativa.

La Corte Constitucional señaló que la protección de las mujeres en estado de embarazo y lactancia tenía como fundamento principal la Constitución, que exige al Estado brindarles una protección especial y un subsidio cuando estén desempleadas o desamparadas. Destacó que la estabilidad laboral reforzada era una de las manifestaciones de esta tutela especial en el ámbito laboral. Observó que el fin de este derecho era garantizar la igualdad y prevenir la discriminación de las mujeres a raíz del embarazo.

La Corte Constitucional sostuvo que la jurisprudencia había establecido que no se debían exigir formalidades para evidenciar el conocimiento del embarazo por parte del empleador. Señaló que era posible demostrarlo mediante la notificación directa por parte de la trabajadora, pero también, por ejemplo, a través de la configuración de un hecho notorio o por la noticia de un tercero. Además, reafirmó la prohibición de desvincular a la trabajadora embarazada sin autorización del inspector de trabajo, aun si mediara una causa justa.

En este caso concreto, la Corte Constitucional comprobó que la Cámara de Representantes había tenido conocimiento de la condición de la accionante antes de la prórroga del contrato de prestación de servicios y, por supuesto, de manera previa a su finalización. Además, señaló que, dado que no había sido objeto de controversia, era posible establecer, en principio, que la relación entre las partes se había regido por las características propias de los contratos de prestación de servicios.

La Corte Constitucional consideró que la Cámara de Representantes no había demostrado la insubsistencia del objeto contractual, porque no había logrado acreditar que un cambio de circunstancias hubiese habilitado al personal de planta permanente a asumir directamente las tareas de la trabajadora despedida.

En conclusión, la Corte Constitucional acogió la acción de tutela, revocó el fallo del Tribunal Superior del Circuito de Bogotá y ordenó a la Cámara de Representantes pagar la totalidad de las remuneraciones adeudadas a la accionante.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-293-23 del 2-8-2023, en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-293-23.htm

Derecho del trabajo. **Derecho al trabajo digno. Derecho a la estabilidad laboral reforzada. Derecho a la protección especial de las personas en estado de debilidad manifiesta.** Derecho a la dignidad humana. Derecho a la vida. **Acceso al teletrabajo por parte de un funcionario público.** (Colombia).

Antecedentes del caso: en Bogotá, Colombia, un funcionario público de la Procuraduría General de la Nación (PGN) fue diagnosticado con trombosis aguda en su pierna izquierda y otras patologías de gran cuidado, como lupus eritematoso sistémico y artritis reumatoide. Se trata de enfermedades crónicas que, de no ser tratadas adecuadamente, pueden llevar a la discapacidad. A raíz de esta situación, presentó una serie de solicitudes a su superior jerárquico a fin de obtener una reubicación en Bucaramanga para trabajar de manera remota, debido a su estado de salud. Las autoridades rechazaron las solicitudes y, en cambio, decretaron la vacancia de su cargo como asesor.

El funcionario público interpuso una acción de tutela para impugnar esta decisión y solicitar su ingreso en el programa de teletrabajo. Afirmó que la negativa de la PGN a aceptar su petición vulneraba sus derechos fundamentales a la vida, la salud, el trabajo digno, la igualdad, la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada. En primera instancia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga declaró improcedente el amparo. Consideró que no

se configuraba la existencia de un perjuicio irremediable y que, por lo tanto, el accionante podía acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para proteger los derechos invocados en esta acción de tutela. El funcionario apeló y la Sala de Decisión de Tutelas n.° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar la decisión. Aplicó los mismos argumentos del juzgado de primera instancia, ya que también sostuvo que no se cumplía el requisito de subsidiariedad.

Posteriormente, el accionante recurrió ante la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó el fallo impugnado y amparó los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, el trabajo digno y la protección especial de las personas en estado de debilidad manifiesta. Ordenó a la Procuraduría General de la Nación que el accionante —en tanto sujeto de especial protección que goza de estabilidad laboral reforzada— fuera incluido en el programa de teletrabajo para ejercer sus funciones desde su domicilio particular.

En primer lugar, en el análisis de procedibilidad, la Corte Constitucional declaró que la tutela era procedente, pues, además de acreditarse lo relativo a la legitimación por activa y por pasiva y a la inmediatez, se trataba de un escenario de inminente perjuicio irremediable, con lo cual se acreditaba también el requisito de subsidiariedad.

La Corte Constitucional observó que las regulaciones laborales deberán considerar todas y cada una de las excepciones necesarias para preservar tanto el derecho a la salud como el derecho al trabajo en condiciones dignas. En ese sentido, señaló que la estabilidad laboral reforzada rige de manera general las relaciones laborales en favor de los trabajadores que, por sus disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, tienen que ser tratados preferentemente, con el fin de garantizarles la permanencia en el empleo. Así, aquellos trabajadores que sufren una disminución considerable en su estado de salud durante el trascurso del contrato laboral son personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y, por eso, gozan de estabilidad laboral reforzada por aplicación directa de la Constitución.

Además, la Corte Constitucional advirtió que, en este caso concreto, el accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, pues su vida está en riesgo y el trabajo presencial potencia los peligros y amenazas a su salud. La postura de que una persona que ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción no puede ser incluida en el programa de teletrabajo, con indiferencia de sus circunstancias médicas y clínicas, carece de justificación constitucional. Sostuvo que la normativa interna invocada por la PGN era una disposición genérica que no preveía ningún tipo de excepción, como, por ejemplo, la situación de personas en un estado de debilidad manifiesta y cuya vida estuviera en riesgo.

La Corte Constitucional agregó que la condición médica y clínica del accionante no permitía avizorar, de manera razonable, que su estado de salud pudiera

cambiar de manera significativa en el futuro próximo, sino que, por el contrario, su condición —que incluye varias enfermedades graves y patologías crónicas capaces de comprometer de manera importante su salud y su vida— exige un tratamiento permanente o, al menos, de muy largo plazo.

Del mismo modo, la Corte Constitucional indicó que las labores del accionante eran perfectamente realizables desde el domicilio particular. En efecto, el teletrabajo, de acuerdo con las recomendaciones efectuadas por los médicos tratantes, representa un remedio inmediato para que el accionante continúe desempeñando sus tareas y, al mismo tiempo, preserve su salud y su vida.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-099-24, del 5-4-2024, en https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-099-24.htm

COREA DEL SUR

Derechos humanos. Derecho a la identidad de género. Derecho a la no discriminación por razones de género. Rectificación de género de personas transexuales con hijos menores de edad. **Interés superior del niño.** Bienestar del menor. Deber del Estado de garantizar la estabilidad de la vida familiar. (Corea del Sur).

Antecedentes del caso: la demandante, que nació varón, se identificó desde la infancia como perteneciente al género femenino. Sin embargo, a pesar de ser consciente de su identidad de género, se casó con una mujer, tuvo dos hijos con ella en 2012 y se divorció casi seis años después.

En 2018, se sometió a una operación de reasignación de sexo en una clínica de cirugía estética en Tailandia, por medio de la cual le extirparon los testículos y el pene y le dieron una forma externa similar a los genitales femeninos. A partir de entonces, ha vivido socialmente como mujer, con vestimenta y peinado femeninos.

La demandante solicitó ante un tribunal de primera instancia la rectificación de género en el registro civil, pero se rechazó su pedido por considerarse que la rectificación de género de una persona transexual con hijos menores podría afectar negativamente el bienestar de los niños. La decisión se fundó en un fallo previo de la Corte Suprema de Corea del Sur, la sentencia n.° 2009, Seu 117, del 2 de septiembre de 2011, que había establecido que, cuando una persona transexual tenía un hijo menor de edad, la rectificación de género era inadmisible, porque el menor podía experimentar algún perjuicio psicológico como resultado de la exposición a prejuicios sociales y a la discriminación, o bien experimentar dificultades en la vida diaria debido al carácter público de la libreta de familia.

La demandante apeló la decisión, pero el tribunal de segunda instancia confirmó la sentencia. Entonces, interpuso un recurso ante la Corte Suprema.

Sentencia: la Corte Suprema de Corea del Sur revocó la sentencia. Consideró que el tribunal inferior no había realizado todas las consideraciones necesarias para llegar a la decisión, que consideró injusta, irrazonable y contraria a las normas internacionales en materia de derechos humanos, y devolvió las actuaciones al tribunal de origen para que se dictara una nueva sentencia conforme a la postura actual de la corte.

La corte señaló que el género de una persona se determina no solamente en función de elementos biológicos, como los cromosomas y órganos sexuales, sino también en función de elementos psicológicos y sociales, como el sentimiento de pertenencia al género masculino o femenino.

Agregó que todo ser humano tiene derecho al valor y a la dignidad humanos, a desarrollar una personalidad y llevar una vida feliz con otras personas conforme a su identidad de género, y que, por lo tanto, una persona transexual, como miembro de la sociedad en igualdad de condiciones, tiene los mismos derechos.

Para ejercer plenamente estos derechos, las personas transexuales pueden rectificar legalmente su identidad de género, con el reemplazo, en el registro civil, del género asignado al nacer por el género que autoperciben como verdadero.

La corte señaló que, si una persona transexual ha tenido un sentimiento persistente de disconformidad e inadecuación con su género biológico desde el nacimiento y un sentimiento de pertenencia al sexo opuesto, si se ha comportado psicológica y socialmente como miembro del sexo opuesto durante su crecimiento, si no resulta fácil determinar su género biológico al nacer según los criterios médicos generales, si se reconoce o se acepta que ha cambiado de género en ámbitos personales como las relaciones sexuales y las relaciones entre iguales y en ámbitos sociales como la profesión, así como su apariencia física, incluidos los órganos sexuales, la vestimenta y el peinado, y si se puede considerar que se trata de una persona con cambio de género según las normas sociales ordinarias, entonces, puede afirmarse que el género legal de la persona coincide con el género autopercibido y no con el género biológico asignado al nacer.

Agregó que el reconocimiento oficial y legal del género con el que se autopercibe una persona transexual reconcilia la discordancia existente con el género asignado al nacer y colabora con el mantenimiento del orden y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Además, consideró que, para determinar si correspondía autorizar la rectificación de género, debía lograrse un equilibro capaz de armonizar la protección de los derechos fundamentales de la persona transexual con la protección del bienestar del menor.

La corte consideró que el ordenamiento jurídico general debía respetar y proteger el orden familiar y la relación entre una persona transexual y su hijo menor de edad, que, desde el punto de vista personal, social y jurídico, no depende del otorgamiento de la rectificación de género.

Desde el punto de vista del adulto transexual, la corte señaló que, si el mero hecho de tener un hijo menor de edad, pudiera volver inadmisible la rectificación de género de una persona transexual, esta se vería obligada a llevar una vida irracional, debido a la discordancia entre su género real y el género asignado al nacer, en plena contradicción con su apariencia física y estilo de vida reales, conformes a su identidad de género. Señaló que, si este estado irracional persistiera durante un período prolongado —como lo sería si se esperase hasta que el menor alcanzara la mayoría de edad—, el grado de angustia que la persona transexual debería tolerar, individual y socialmente, o la desesperación frente a las dificultades de mantener su identidad real resultarían insoportables, y consideró que, de ser así, ello resultaría inaceptable, porque vulneraría el respeto al valor y a la dignidad humana y el derecho a no ser discriminado por razones de género.

Desde el punto de vista del menor de edad, la corte consideró irrazonable que el hecho de autorizar la rectificación de género de una persona transexual con un hijo menor de edad pudiera suponer *per se* un cambio grave en la relación entre la persona que ostenta la patria potestad y su hijo. Agregó que, para determinar si correspondía autorizar la rectificación de género, debían tomarse en cuenta factores como la edad y el estado físico y mental del menor; el consentimiento o la comprensión del menor sobre la rectificación del género de su padre o madre; la forma en que la persona transexual desempeña su papel de padre o madre —como la protección y crianza del menor—, y la relación entre el menor y su progenitor.

La corte destacó que, aunque un menor pudiera estar confundido o conmocionado por el cambio de sexo de su padre o madre, tal confusión y conmoción podrían deberse al hecho de que el padre o madre ha llevado adelante un cambio de género en forma fija e irrevocable.

Además, agregó que tampoco resultaba razonable suponer que, al alcanzar la mayoría de edad, un hijo será capaz de aceptar la rectificación del sexo de su padre o madre sin confusión, mientras que para un hijo menor de edad el mismo hecho puede resultar traumático.

La corte también consideró inaceptable que la rectificación fuera manifiestamente contraria al bienestar del menor, que lo dejara en un estado de indefensión ante los prejuicios sociales y la discriminación, o que lo llevara indefectiblemente a enfrentarse con dificultades inesperadas en la vida cotidiana debido al carácter público de la libreta de familia. Agregó que, aun cuando hubiera existido una preocupación respecto de que el menor pudiera verse expuesto a prejuicios y discriminación, el haber tomado la preocupación como fundamento para rechazar la rectificación de género de una persona transexual con un hijo menor de edad había sido injusto y había violado las obligaciones básicas del Estado de garantizar la estabilidad de la vida familiar.

Advirtió que, incluso si un hijo menor tuviera dificultades psicológicas y emocionales relacionadas con el cambio de género de su padre o madre, el brindarle al adulto transexual, a través de la rectificación del género, la oportunidad de ayudar a su hijo a comprender el cambio de género y preparar una base social y económica estable en la que pudiera criar a su hijo resultaba coherente con la búsqueda del bienestar del menor.

Señaló que, por el contrario, una persona transexual que viviera en un estado de discordancia entre el género real con el que se autopercibe y el género con el cual fue inscripto al nacer podía, como consecuencia de su apariencia física, tener dificultades para conseguir un trabajo adecuado y participar en actividades económicas y sociales correspondientes a su capacidad y aptitud, y consideró que, como consecuencia de ello, muy probablemente su hijo menor podía terminar viviendo en un entorno económicamente pobre y en una situación más inestable desde el punto de vista emocional por haber acompañado la difícil vida de su progenitor o progenitora.

Por lo tanto, la corte resolvió que el no haber tomado en cuenta las diversas circunstancias del vínculo entre un padre o una madre transexual y su hijo menor

y el haber rechazado la rectificación de género solo con base en el hecho de que la persona tenía un hijo menor de edad había sido incoherente con la búsqueda del bienestar del menor.

Por último, la corte recordó que el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición", y que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y son titulares de todos los derechos y libertades estipulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Destacó que, en la actualidad, la mayoría de los países del mundo, entre ellos, Alemania, Francia, Reino Unido, Países Bajos, Suecia y Estados Unidos, permitían la rectificación de género a las personas transexuales y que no consideraban el hecho de que una persona transexual tuviera un hijo menor de edad como una razón absoluta para desaprobarla.

Por lo tanto, resolvió que no permitir la rectificación del género a un transexual por la mera razón de tener un hijo menor de edad también había violado las normas internacionales en materia de derechos humanos.

CORTE SUPREMA DE COREA DEL SUR, "2020Seu616"; sentencia del 24-11-2022, en *Supreme Court Decisions, Volume XIX*.

COSTA RICA

Derecho civil. Derecho a la igualdad. Derecho a la no discriminación. Derecho al nombre y a la identidad. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Orden de los apellidos del padre y de la madre en el nombre. Principio de razonabilidad y proporcionalidad. (Costa Rica).

Antecedentes del caso: un joven de 25 años de edad solicitó que se le permitiera invertir el orden de sus apellidos ante el Tribunal de Apelación de lo Civil de Alajuela, una provincia aledaña a San José de Costa Rica. El tribunal remitió una consulta judicial a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, una sala especializada en los asuntos vinculados con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La consulta judicial se refería al análisis de constitucionalidad de la obligación, establecida en el art. 49 del Código Civil, de poner el primer apellido del padre seguido del primer apellido de la madre, sin posibilidad de variar tal orden.

Sentencia: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, por una mayoría de cuatro votos contra tres, declaró inconstitucional la frase "en ese orden" del art. 49 del Código Civil, que establece la obligación de colocar, en el nombre de las personas, primero el apellido del padre.

Los cuatro magistrados de la mayoría consideraron que esta obligación transgredía el derecho a la igualdad y a la no discriminación en perjuicio de la mujer y el derecho a la igualdad entre cónyuges, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al nombre y a la identidad, en relación con el principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad.

Con respecto a la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en perjuicio de la mujer y al derecho a la igualdad entre los cónyuges, los jueces de la mayoría remarcaron que la frase "en ese orden", del art. 49 del Código Civil, imponía la obligación de consignar siempre el primer apellido del padre seguido del primero de la madre. Sostuvieron que esto representaba una norma anacrónica de raíz patriarcal, incompatible en la actualidad con los arts. 33 (igualdad de las personas ante la ley) y 52 (igualdad de derechos de los cónyuges) de la Constitución, así como con los arts. 5 y 16, sobre igualdad y no discriminación, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En ese sentido, agregaron que el establecimiento del orden de los apellidos a favor del hombre como única opción no estaba fundamentado en parámetros razonables y objetivos, sino que surgía de prácticas consuetudinarias basadas en una concepción patriarcal y anacrónica de la familia, que discriminaba a la mujer.

Asimismo, declararon que el establecimiento de un orden de prelación en los apellidos a favor del hombre, sin ninguna otra opción, limitaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho a la identidad. Justamente, observaron que los apellidos formaban parte inescindible de la personalidad del ser humano y que su orden era inherente a los derechos fundamentales al nombre y a la identidad. Por eso, la configuración del orden de los apellidos resulta consustancial a la dignidad humana y se vincula directamente con el derecho de una persona a identificarse del modo que lo desee, dentro del marco de una sociedad libre.

También identificaron una violación al principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad. En tal sentido, la imposición de que el primer apellido del hombre siempre anteceda al de la mujer significa una discriminación injustificada, que refleja un fin del todo ilegítimo: situar al hombre como cabeza de la familia en menoscabo de la condición igualitaria que debe imperar entre los cónyuges o compañeros. Además, hay otras alternativas que evitarían la discriminación, sin que la variación del orden de los apellidos implique una amenaza a la seguridad jurídica.

Asimismo, los jueces de la mayoría destacaron que la Corte Suprema, antes de tomar una decisión, había consultado a diversas instituciones, como la Defensoría de los Habitantes, la Escuela de Antropología de la Universidad de Costa Rica, la Procuraduría General de la República y el Instituto Nacional de las Mujeres. Aseguraron que todos los organismos habían coincidido en que la obligación impuesta por el Código Civil reflejaba costumbres anacrónicas y discriminatorias contra la mujer, que eran totalmente incompatibles con la Constitución.

Sin embargo, los jueces de la mayoría también aclararon que su decisión solo era válida para personas mayores de edad que quisieran invertir el orden de sus apellidos y colocar primero el de la madre y luego el del padre. Además, advirtieron que la resolución no aplicaba en ciertos casos: parejas del mismo sexo; personas que solo tienen apellidos de la madre; progenitores que deseen invertir el orden de los apellidos de sus bebés. Señalaron que, en estos tres casos, los interesados tendrían que formular nuevas consultas judiciales para dilucidar la situación en cada contexto específico.

Por su parte, los tres jueces de la minoría asumieron otra postura y no hicieron lugar a la consulta judicial de constitucionalidad. Argumentaron que el objeto de la acción versaba sobre materia propia del legislador y que a la Corte Suprema no le correspondía pronunciarse al respecto.

En tal sentido, afirmaron no rechazar u oponerse a un eventual cambio de regulación para que, en lo sucesivo, los progenitores o las personas mayores de edad pudieran variar el orden de sus apellidos. Sin embargo, subrayaron que era competencia del legislador evaluar la conveniencia de cambiar el sistema actual y prever todas las vicisitudes sobre el asunto que se pudieran suscitar. Señalaron que su posición buscaba garantizar seguridad jurídica en la materia y resguardar principios fundamentales de todo Estado de derecho.

Para adoptar esta decisión, se apoyaron en los propios antecedentes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema y, además, estimaron que no había sustento fáctico ni jurídico que acreditara necesariamente una supuesta discriminación en perjuicio de las mujeres, ni los otros agravios que señalaban los jueces de la mayoría.

Reiteraron que es el legislador, y no la Corte Suprema, el responsable de determinar el orden de los apellidos y los mecanismos previstos para su modificación, puesto que la regulación al respecto incide en los ámbitos civil, de familia, comercial, laboral, electoral, penal, etc.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, sentencia n.° 1728-2024, del 24-1-2024, en https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/component/content/article/72-comunicados/610-magistrados-evacuan-consulta-judicial-y-declaran-inconstitucional-obligacion-de-que-apellido-del-padre-siempre-anteceda-al-de-la-madre?Itemid=437



ECUADOR

Derecho del trabajo. Prohibición de discriminación. Derecho de contratación. **Derecho a la igualdad. Derecho al debido proceso. Derecho a la intimidad.** Derecho a la salud. (Ecuador).

Antecedentes del caso: en julio de 2018, un trabajador acudió a un hospital, donde permaneció internado, y tras una serie de análisis le informaron que estaba infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Este virus, sin el tratamiento adecuado, puede generar el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida). En ocasiones, las personas infectadas no presentan síntomas y no desarrollan el sida, que es la fase final y avanzada de la infección crónica. En otras palabras, se puede ser portador del virus y no padecer nunca la enfermedad.

Después de recibir el diagnóstico, el trabajador fue despedido de su trabajo en la Industrial Pesquera Santa Priscila. Demandó a la compañía por considerar que su desvinculación era discriminatoria y había estado motivada por su condición de salud. Adujo que la empresa no había alegado un trabajo deficiente o faltas imputables a su desempeño, y que el despido había coincidido sospechosamente con su hospitalización.

Argumentó que el despido discriminatorio había vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad, a no ser discriminado, al trabajo y a la salud. Solicitó, como medidas de reparación, que la compañía lo reintegrara a su puesto y una compensación material e inmaterial.

Por su parte, la empresa negó que hubiera habido discriminación y argumentó que, en virtud de su libre derecho de contratación, lo había despedido y cumplido con el pago de la indemnización correspondiente. Agregó que no conocía la condición del trabajador debido a la falta de una notificación directa, y que ni el propio accionante sabía que tenía el virus a la fecha de su despido.

En agosto de 2018, la jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Santa Elena aceptó la acción de protección y declaró la vulneración de los derechos constitucionales del trabajador. Ordenó que fuera reincorporado y dispuso el pago de los sueldos dejados de percibir desde la fecha de su despido hasta el reintegro efectivo.

La empresa apeló la sentencia. En septiembre de 2018, la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena aceptó el recurso, ya que no encontró evidencia de una vulneración de los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Señaló que no existía constancia de que la compañía supiera de la condición del trabajador al momento del despido intempestivo, por lo que dejó sin efecto la sentencia de primera instancia.

El trabajador presentó una acción extraordinaria de protección contra este último fallo ante la Corte Constitucional de Ecuador. Alegó que la decisión

impugnada vulneraba los derechos a la igualdad y a la no discriminación, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la garantía de motivación, consagrados en los arts. 11, 66, 75 y 76 de la Constitución. Argumentó que la sentencia cuestionada había realizado una revisión superficial del proceso, la ley y la jurisprudencia y que había aplicado una interpretación errónea de los preceptos jurídicos vinculados con la valoración de la prueba.

Sentencia: la Corte Constitucional de Ecuador, por mayoría, acogió la acción extraordinaria de protección interpuesta por el trabajador, dejó sin efecto el fallo impugnado y ordenó que se llevara a cabo una audiencia para establecer las medidas de reparación. Dictaminó que la coincidencia temporal entre la confirmación del diagnóstico y el despido permitía presumir que el empleador conocía de antemano su condición y declaró que habían sido vulnerados los derechos a la prohibición de discriminación y al debido proceso.

Del mismo modo, declaró que el trabajador no estaba obligado a informar acerca de su seropositividad mientras no afectara las capacidades físicas y mentales necesarias para desarrollar las actividades laborales. Entendió que, en ese caso, sí es razonable la obligación de informar al empleador, a fin de prevenir posibles riesgos y proteger la salud del trabajador, y en función de reubicarlo, si fuera indispensable, en otro puesto de trabajo.

La Corte Constitucional sostuvo que existía una clara tensión entre el deber de informar y la protección del derecho a la intimidad de las personas afectadas por VIH, por lo que, en estos casos particulares, no resultaba razonable exigir al trabajador que notificara a su empleador, ya sea al comienzo de la relación laboral o en cualquier momento durante el transcurso de la actividad. Agregó que, si el involucrado diera a conocer la información, se deben activar todos los protocolos y políticas de protección previstos en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, recordó que el art. 66 de la Constitución consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, lo que implica que existe un resguardo legítimo para no revelar aquella información, preferencias, sentimientos, conductas o actividades que solo atañen a la esfera personalísima del individuo o su entorno familiar y que no interesan en absoluto al resto de la sociedad.

Además, la Corte Constitucional observó que, en los eventos en que se judicializaran pretensiones relacionadas con la discriminación de una persona trabajadora por su condición de portador del VIH, los magistrados deben prestar especial atención a si tal condición ha sido adquirida antes de la terminación del vínculo laboral, con independencia de la existencia de una comunicación formal del empleado. Por eso, señaló, en estos casos debe aplicarse el estándar de valoración de la prueba de mayor probabilidad.

Por otro lado, consideró que, en principio, la desvinculación parecía tener una conexión estrecha con la condición de salud del empleado. La notificación de un resultado serológico positivo para VIH no es la única forma en la que el empleador puede tomar conocimiento o sospechar de la condición médica de sus trabajadores.

La Corte Constitucional concluyó, por lo tanto, que no era obligatorio notificar al empleador, siempre y cuando no estuvieran afectadas las capacidades físicas y mentales del trabajador para desarrollar sus actividades laborales.

El juez Herrería Bonnet fue el único que se opuso a la posición de la mayoría y sostuvo que correspondía desestimar la acción extraordinaria de protección. Argumentó que la legislación ecuatoriana contemplaba el despido relativo impropio, pero no el absoluto. Por lo tanto, señaló, si un empleador quebranta la estabilidad del trabajador, está obligado a indemnizarlo. Afirmó que, sin embargo, no podía ser obligado por las autoridades a reincorporar al empleado. Destacó que solo existen dos excepciones a esta norma: el despido ineficaz de las mujeres embarazadas y de los dirigentes sindicales. Agregó que, en este caso, no se había podido establecer sin lugar a dudas que el empleador supiera de la condición del trabajador. Por el contrario, remarcó que la compañía accionada había demostrado que el cese del empleado no era un caso aislado, sino que había ocurrido en el marco de un despido masivo. En consecuencia, concluyó que el argumento de que la empresa estaba al tanto de la condición del empleado no tenía sustento.

Del mismo modo, el juez Herrería Bonnet sostuvo que la posición de la mayoría no cumplía con el art. 177 del Código del Trabajo. La norma dispone que el trabajador que padezca una enfermedad no profesional deberá comunicarlo, por escrito, al empleador y a la inspección del trabajo respectiva, dentro de los tres primeros días de la enfermedad. El artículo agrega que, si el empleado no lo comunicara, se presumirá que la enfermedad no existe. El magistrado afirmó que esta obligación, incluso en casos de personas con VIH, era relevante, ya que el virus influía en la salud del trabajador. Además, entendió que había que considerar la exposición al riesgo de otros empleados en caso de un accidente de trabajo. Señaló, incluso, que, en el caso de que el trabajador afectado tuviera una disminución en su capacidad de desarrollar sus tareas habituales, podría solicitar la aplicación del derecho a la reasignación de tareas, pero que ese derecho no iba a aplicarse si se transgredía el art. 177 del Código del Trabajo bajo el argumento de que primaba el derecho a la intimidad.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, sentencia 2846-18-EP/24 del 4-4-2024, en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE-6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidjYzBmNTA4NS0yYTQzLTQyYmItOWZkOS0xMzN-lYjE2NTk5MDEucGRmJ30

ESPAÑA

Derecho a la intimidad. Derecho a la protección de los datos personales. Derecho al honor. Privacidad. Consulta sobre solvencia patrimonial. (España).

Antecedentes del caso: en 2013, una empleada de la entidad financiera Sociedad de Garantía Recíproca de Andalucía realizó una consulta administrativa acerca de la solvencia patrimonial de su hermano y su sobrina en los registros del sitio web de la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito. Efectuó la consulta desde su lugar de trabajo y utilizó el usuario y la clave asignados por la empresa.

En 2014, el hermano y la sobrina solicitaron a la empresa información sobre el motivo de las consultas y, tras no obtener respuesta, presentaron sendas denuncias ante la Agencia Española de Protección de Datos, que inició un expediente. En el marco del proceso llevado a cabo por la agencia, la empleada reconoció la utilización de la clave de la empresa para acceder a los datos de solvencia de sus familiares por un interés personal, que era determinar si estaban registrados como morosos en España. A raíz de este reconocimiento, la empresa le abrió un expediente disciplinario a la mujer y la sancionó con la suspensión de su empleo y su salario.

Al mismo tiempo, en 2015, la Agencia Española de Protección de Datos dictó una resolución e impuso a la mujer, como autora de una infracción del art. 6.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), una multa de €1500.

Tras estos hechos, el hermano y la sobrina presentaron una demanda judicial por vulneración del derecho al honor y a la intimidad contra la empresa y la mujer. Reclamaron un resarcimiento económico. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Cádiz desestimó la demanda. Respecto de las pretensiones formuladas contra la mujer, descartó que existiera intromisión ilegítima en el derecho al honor, porque la demandada había realizado una investigación patrimonial que no afectaba ese derecho fundamental y porque la Agencia Española de Protección de Datos ya la había sancionado por la vía administrativa correspondiente. Asimismo, rechazó la acción de responsabilidad civil extracontractual contra la empresa, ya que consideró que había cumplido todos los protocolos y medidas de seguridad previstos en relación con la protección de los datos personales. Observó que no había podido evitar el uso incorrecto de su usuario y clave por parte de su empleada, pero que de ninguna manera esa conducta había sido consentida ni conocida. Además, agregó que la acción estaba prescrita por haber transcurrido el plazo de un año.

Los accionantes apelaron. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Cádiz desestimó el recurso y ratificó el fallo anterior. Confirmó que no existía responsabilidad civil extracontractual de la empresa y que la acción ya estaba

prescrita cuando se había presentado la demanda. En cuanto a la actuación ilícita de la demandada, consideró que había sido sancionada laboral y administrativamente y que no había otras razones para que los demandantes fueran compensados por algún tipo de daño.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, los accionantes presentaron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de España. Sostuvieron que habían sido vulnerados el art. 75 de la LOPD y el 1973 del Código Civil, así como el art. 9.5 de la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor y el 18 de la Constitución. Argumentaron que la consulta no autorizada de un registro de datos personales no solo tenía consecuencias de orden administrativo, sino que también suponía una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la intimidad.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España desestimó el recurso de casación. Confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, que había ratificado el fallo de primera instancia que desestimaba la demanda por vulneración del derecho al honor y a la intimidad.

El Tribunal Supremo señaló que, aunque el derecho a la protección o reserva de los datos y el derecho a la intimidad tienen evidentes caracteres comunes, no todo acceso a datos protegidos constituía por sí mismo una violación del derecho a la intimidad. Observó que ambos derechos son manifestaciones del derecho al respeto de la vida privada, pero se desenvuelven en ámbitos que no son necesariamente coincidentes.

Además, destacó que la acción que vulneraba disposiciones sobre datos personales no implicaba necesariamente que hubiera daños y perjuicios. Por eso, advirtió que una cosa era la infracción de la normativa sobre protección de datos, que puede dar lugar a una sanción administrativa, y otra era la obtención de una indemnización, que no puede ser automática, por lo que no existe una equiparación lineal entre infracción e indemnización.

En el análisis de este caso concreto, el Tribunal Supremo recordó que, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, la privacidad es "el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión", mientras que la intimidad es "la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". A partir de estas definiciones, el Tribunal Supremo aseguró que, entre la privacidad y la intimidad, media una relación de género-especie, de manera que todo lo relativo a la intimidad también concierne a la privacidad, pero no todo lo que atañe a la vida privada forma parte necesariamente del espacio de lo íntimo, pues este concepto tiene una dimensión más reducida.

En ese mismo sentido, señaló que el derecho a la intimidad permitía excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno y, por ejemplo, resguardar su vida privada frente a una publicidad no deseada. Sin embargo, agregó que el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reducía solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, fuera o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por parte de terceros pudiera afectar sus derechos.

En relación con esto, sostuvo que, como bien había señalado la Audiencia Provincial de Cádiz, no había habido una revelación de datos íntimos de los demandantes, pues esos datos ya eran públicos, dado que, en registros como el de la propiedad, figuraban diversos embargos.

En conclusión, el Tribunal Supremo afirmó que los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal, pese a su vinculación, tenían un carácter autónomo. Del mismo modo, remarcó que el padecimiento de daños y perjuicios solo es potencial: la infracción del Reglamento General de Protección de Datos Personales del Parlamento Europeo no conlleva necesariamente daños y perjuicios, ya que debe existir una relación de causalidad entre la infracción en cuestión y los daños y perjuicios sufridos por el interesado para fundamentar un derecho a indemnización. En este sentido, añadió que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea había señalado que era preciso que el interesado probara que la vulneración de la normativa de protección de datos le hubiera causado algún perjuicio, por mínimo que fuera, y que demostrara que las consecuencias de esa infracción constituían un perjuicio distinto de la mera infracción de las disposiciones del reglamento europeo.

Por lo tanto, afirmó que una cosa era la infracción de la normativa sobre protección de datos, que puede dar lugar a una sanción administrativa, y otra era la obtención de una indemnización, que no puede ser automática. En otras palabras, destacó que no existe una equiparación lineal entre infracción e indemnización. Así, en este caso, consideró que no constaba que la mera consulta de los datos personales que había realizado la demandada tuviera trascendencia externa, que su resultado fuera conocido por terceros o que se causara algún perjuicio a los demandantes.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, recurso de casación contra la sentencia núm. 481/2022, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, sobre derechos fundamentales (derecho al honor y a la intimidad), sentencia n.º 398-2024, del 19-3-2024, en https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2c742ed184f55d96a0a8778d75e-36f0d/20240327

Derecho civil. Derecho de sucesiones. Herencia. Causa de desheredación. Maltrato psicológico. Abandono paterno. Abandono de menor. (España).

Antecedentes del caso: poco tiempo antes de morir, un hombre hizo un testamento en el que desheredó a su hija, en virtud del art. 853 del Código Civil. Alegó que, pese a que padecía una enfermedad terminal, ella no se preocupaba por

su bienestar, no le profesaba cariño ni afecto y lo había abandonado. A su juicio, esta actitud constituía un maltrato psicológico acorde con la normativa que establecía las causales de desheredación.

No obstante, tras la muerte del hombre, la hija solicitó la nulidad del testamento en sede judicial. Argumentó que sus padres se habían separado en 1986, cuando tenía siete años, que se había criado con su madre y que no había tenido relación con el hombre desde aquel entonces. En consecuencia, sostuvo que era el padre quien la había abandonado a ella.

En primera y en segunda instancia, su pretensión fue desestimada. Los tribunales consideraron que el hombre había actuado con plena capacidad y lucidez, y que había manifestado debidamente su última voluntad. Por este motivo, la mujer interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de España.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España acogió el recurso de casación interpuesto por la mujer y anuló el acto de desheredación. Consideró que no había maltratado psicológicamente a su progenitor, pues la ausencia de un vínculo afectivo entre ambos y el abandono sufrido por la recurrente, cuando solo tenía siete años, eran imputables al hombre. Resolvió que no se justificaba la desheredación por el hecho de no haber asistido a su padre tras conocer que padecía una enfermedad grave.

El Tribunal Supremo precisó que no había sido la hija quien había abandonado al padre enfermo (que, por otra parte, no precisaba ayuda para su cuidado), sino que era el padre quien, tras haber abandonado a la hija cuando era una niña, pretendía hacer recaer sobre ella el reproche y las consecuencias de que no sintiera afecto por él. En otras palabras, observó que la hija no había quebrado voluntariamente un vínculo afectivo o sentimental, sino que el vínculo no había existido desde su niñez, y que esa situación no se le podía reprochar a ella, que tenía siete años cuando sus progenitores se habían separado. Agregó que la experiencia real de abandono la había sufrido la mujer, que había desarrollado toda su vida, incluidas las etapas cruciales para la crianza y formación personal de la infancia y la adolescencia, sin contar con la presencia del padre.

Además, el Tribunal Supremo señaló que no constaba que el padre hubiera realizado el más mínimo esfuerzo o intento para iniciar una relación paternofilial con su hija, ni durante su niñez ni luego de que hubiera cumplido la mayoría de edad. Ese vínculo era, de hecho, inexistente. Del mismo modo, sostuvo que era evidente que el hombre no sentía ni quería sentir a la hija como propia, porque, en los testamentos otorgados años antes de que se le diagnosticara la enfermedad por la que finalmente murió, había expresado que no tenía hijos. Los testigos se habían sorprendido al enterarse, tras el fallecimiento del hombre, de que tenía una hija. Este dato confirma que era él quien no la tenía presente en su vida, pues así resulta del hecho de que no manifestara su existencia a sus conocidos y amistades.

Por otro lado, el Tribunal Supremo advirtió que debía predominar una interpretación flexible del art. 853 del Código Civil en relación con el maltrato psicológico como causa de desheredación. En efecto, señaló que el propio tribunal

había dictado sentencias que aceptaban este criterio, ya que se trataba de circunstancias en las que los hijos, de manera injustificada y por causa imputable a ellos, habían desarrollado un comportamiento de menosprecio y abandono, incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración hacia los progenitores. Ese tipo de conducta puede ocasionar un daño emocional o psicológico y justificar legalmente la decisión de desheredar a un hijo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo observó que, como consta reiteradas veces en su jurisprudencia, en el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas por el legislador. Sostuvo que era preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación eran imputables a la recurrente y si, además, habían causado un menoscabo físico o psíquico relevante al testador. Recordó, asimismo, que las causas de desheredación debían ser interpretadas de manera restrictiva, ya que solo pueden aplicarse de manera excepcional.

A partir de todos estos elementos, el Tribunal Supremo revocó el fallo impugnado y dejó sin efecto la causal de desheredación dictada contra la recurrente.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, sentencia n.° 802-2024, del 5-6-2024, en https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b8eae5b6b1a1af42a0a8778d75e-36f0d/20240625

Derecho del consumidor. Derecho a recibir la factura en formato papel. Cláusulas abusivas en contratos. (España).

Antecedentes del caso: en diciembre de 2018, una resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía sancionó a la empresa Telefónica Móviles España con una multa de €765 001 euros por una infracción administrativa. La Junta de Andalucía consideró que la empresa había introducido cláusulas de facturación abusivas en los contratos, que imponían a sus clientes la obligación de aceptar la factura electrónica, y no les permitían optar por la factura en formato papel. La cláusula "facturación" se encontraba entre las condiciones generales de prestación de móviles de Movistar y en la oferta de las páginas web de Telefónica Móviles España. Establecía que la contratación de este servicio suponía la aceptación de recibir la factura en formato electrónico, sin perjuicio de que el propio cliente pudiera solicitar en cualquier momento la recepción de la factura en papel.

La empresa recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que, en 2021, desestimó el recurso, confirmó la sanción y consideró acreditada la existencia de cláusulas abusivas.

La empresa presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de España. Sostuvo que la cláusula de facturación no imponía al cliente la factura electrónica. Agregó que, tras la aceptación de las condiciones generales, el consumidor podía solicitar la factura en papel de forma totalmente gratuita en el propio momento de la contratación o en cualquier momento posterior en su página web, por vía telefónica o en locales comerciales. Además, advirtió que el contenido de las condiciones generales de contratación era lícito y que no vulneraba ningún derecho del consumidor.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España desestimó el recurso de casación y confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Declaró que la imposición contractual de facturas electrónicas era una cláusula abusiva que vulneraba el derecho de los usuarios a optar por el formato papel, de acuerdo con el art. 63.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El Tribunal Supremo observó que, en este caso, la cuestión principal era determinar si podía considerarse válido el consentimiento expreso del consumidor en lo que respecta a la emisión de la factura electrónica cuando se estableciera a través de una condición general de la contratación, o si resultaba necesario un consentimiento separado y específico.

Sostuvo que la normativa aplicable a este caso contenía dos exigencias expresas que la empresa no había respetado. La primera es que la recepción de la factura en papel es considerada un derecho incondicional del usuario. La segunda es que la renuncia a ese derecho no solo debe ser expresa, sino también manifestarse mediante un procedimiento directamente contemplado en la propia ley.

El Tribunal Supremo agregó que el derecho a recibir la factura en papel, como literalmente establece la norma, no es compatible con la inclusión en las condiciones generales de un contrato de adhesión, cuya aceptación es forzosa e incondicionada en un primer momento en este tipo de contratación, aunque sea posible, como sucede en el caso de la oferta de Telefónica, optar luego por una solución distinta.

Además, señaló que la renuncia al derecho a recibir la factura en papel y la aceptación de la factura electrónica debían ser solicitadas de manera expresa por la compañía. Asimismo, indicó que la revocación del consentimiento excluía absolutamente la posibilidad de que la factura electrónica fuera incluida en las condiciones generales del contrato, de necesaria e incondicionada aceptación previa a cualquier cambio u opción posterior.

El Tribunal Supremo destacó que la decisión administrativa de la Junta de Andalucía había explicado que la empresa no proponía al consumidor la factura electrónica, sino que la imponía. En cambio, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece, según su interpretación literal, que el consumidor no tiene que ejercitar ningún derecho de opción para recibir la factura en papel. Por lo tanto, de acuerdo con la Junta de Andalucía, dada la naturaleza de las condiciones generales de contratación, el cliente tan solo podía aceptar sin reservas tales condiciones, o no contratar. En este sentido, el consumidor solamente consiente todas las condiciones generales de la contratación, por lo que se trata

de un consentimiento deducido, ya que el usuario debería rechazar la opción de factura electrónica para obtener la facturación en papel.

Asimismo, el Tribunal Supremo afirmó que, si el cliente no se manifestaba de manera expresa por la factura en papel o por la factura electrónica, la empresa no podía disponer de ese derecho del consumidor de elegir una opción u otra en base a un consentimiento tácito, porque, de ese modo, se establecía la factura electrónica por defecto y se limitaban los derechos básicos del consumidor. En consecuencia, el Tribunal Supremo sostuvo que la cláusula debía calificarse como abusiva, pues impone la factura electrónica en perjuicio de millones de usuarios que no tienen acceso a internet o no saben cómo usar la conexión.

El Tribunal Supremo concluyó que no había dudas de que la cláusula sobre facturación vulneraba de manera directa lo establecido por la ley en cuanto al derecho a recibir la factura en papel. Por eso, debe ser considerada una cláusula abusiva de conformidad con la norma aplicable, que califica como tales a cualquier renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles España contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en fecha 7 de abril de 2021 en el recurso contencioso-administrativo número 163/2019, sentencia n.° 722-2024, del 29-4-2024, en https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c0b9444c5c2e0317a0a8778d75e36f0d/20240521

Derecho del trabajo. Muerte de trabajador en dependencias de la empresa antes del inicio de la jornada laboral. Accidente laboral. (España).

Antecedentes del caso: un trabajador sufrió un infarto de miocardio y falleció en el vestuario de la empresa a causa de un paro cardiorrespiratorio, cuando se aprestaba a fichar para iniciar su jornada laboral. Tras el deceso, la viuda solicitó una pensión y las prestaciones por accidente laboral, por lo que interpuso una demanda contra la entidad de seguridad social y la empresa.

En primera instancia, la demanda fue desestimada. En segunda instancia, en cambio, el tribunal la admitió por considerar que la muerte del trabajador constituía un accidente laboral y condenó a las demandadas a pagar las prestaciones solicitadas. Contra la sentencia, la empresa interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de España.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España acogió el recurso de casación, declaró que no había habido un accidente laboral y revocó el fallo impugnado.

Dictaminó que el suceso debía ser calificado como enfermedad común y no como accidente laboral, pues el fallecido estaba medicado por una enfermedad cardíaca de larga data —miocardiopatía dilatada— y porque, al momento de su muerte, aún no había fichado y comenzado su turno laboral.

El Tribunal Supremo sostuvo que el trabajador no estaba en tiempo de trabajo ni se encontraba en su puesto de trabajo y que, por lo tanto, no podía operar la presunción de que se estaba desarrollando efectivamente la relación laboral en el momento del suceso. Agregó que el episodio derivaba de una enfermedad común, por la cual el trabajador estaba medicado desde hacía varios años. Además, se constató que, en el control anual efectuado poco tiempo antes, los médicos habían detectado que la enfermedad cardíaca había empeorado.

Asimismo, el Tribunal Supremo observó que los trabajadores de la empresa percibían un plus por distintos ítems, pero no por puntualidad. La empresa había establecido que cada empleado debía fichar antes de iniciar la jornada laboral, por lo que quedaba registrada la hora en que comenzaba y terminaba el turno. En general, el trabajador fallecido solía llegar vestido con la ropa de trabajo desde su domicilio, ir al vestuario para cambiarse el calzado de calle por las botas de seguridad y pasar después por las oficinas para realizar el fichaje y empezar el turno.

El Tribunal Supremo agregó que la jurisprudencia establecía que solo podían calificarse como accidente de trabajo los casos en los que el trabajador se encontrara en su puesto de trabajo y ya hubiera fichado e iniciado la jornada laboral. Consideró que no era suficiente para configurar un accidente de trabajo que el trabajador se hallara en los vestuarios de la empresa cuando ocurrió el episodio.

Señaló que la normativa vigente establecía que, para ser calificado como accidente de trabajo, el evento debía tener lugar durante el tiempo de trabajo. Al respecto, advirtió que el término legal "tiempo de trabajo" se refería, en concreto, a la necesidad de que el operario estuviera en su puesto de trabajo, porque allí se presume que ya ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo, físico o intelectual, que vincule específicamente al suceso ocurrido con el trabajo.

Además, el Tribunal Supremo afirmó que también en este caso había algunos datos complementarios que desligaban al suceso del concepto de accidente de trabajo, como que el episodio no se vinculaba con un esfuerzo desproporcionado o una actividad extra de ninguna clase o que el trabajador padecía una miocardiopatía dilatada desde hacía más de diez años y que, en el último control anual, los médicos habían descubierto cierto empeoramiento.

En conclusión, de acuerdo con lo expuesto, el tribunal resolvió que la empresa no debía pagar las prestaciones por accidente laboral.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, sentencia n.° 724-2024, del 22-5-2024, en https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/972c0ab569d26765a0a8778d75e-36f0d/20240607

Derecho penal. Homicidio por imprudencia profesional grave. Muerte por asfixia durante un proceso de detención. Deber de cuidado. Caso fortuito. (España).

Antecedentes del caso: en junio de 2014, D. Damaso, agente de la policía local del ayuntamiento de Sant Esteve Sesrovires, participó de un operativo que culminó con la muerte de un sospechoso de intento de robo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó al policía a un año de prisión por el delito de homicidio por imprudencia profesional grave. Señaló que, tras una llamada telefónica que denunciaba un intento de robo en una empresa, Damaso y su compañero de patrulla se dirigieron al lugar. Allí advirtieron la presencia de un sospechoso que, ante los requerimientos policiales para que detuviera su marcha y se identificara, huyó corriendo. Damaso lo persiguió, lo alcanzó y comenzó un forcejeo. El sospechoso se resistió a ser detenido lanzando golpes y patadas. Damaso lo inmovilizó ejerciendo presión sobre la zona del cuello, mientras su compañero intentaba esposarlo por delante.

La Audiencia Provincial sostuvo que Damaso había omitido todas las técnicas elementales en materia de reducción de personas en las que había sido instruido. Indicó que había manipulado el cuello del sospechoso con las uñas o los dedos, al mismo tiempo que colocaba su brazo o antebrazo alrededor y ejercía una fuerte presión durante un lapso temporal indeterminado. Concluyó que esa acción había provocado una insuficiencia respiratoria aguda y asfixia. Agregó que las maniobras de reanimación practicadas tanto por los agentes como por los paramédicos no habían tenido éxito y constató que la víctima presentaba lesiones internas y externas.

Damaso presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de España. Alegó que se había aplicado erróneamente el derecho, ya que, si bien la víctima había fallecido debido a la asfixia originada por la presión sobre el cuello, eso no significaba que él hubiera faltado al deber de cuidado profesional. Explicó que había estado obligado a reducir al sospechoso en el suelo, con la única finalidad de retenerlo, pero que no había intentado poner en riesgo su vida. Destacó que la propia víctima se había resistido agresivamente a la identificación y detención. Concluyó que, por todas esas razones, la muerte había obedecido a un caso fortuito.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España rechazó el recurso de casación y confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial. Sostuvo que provocar la muerte por asfixia durante un proceso de detención no podía considerarse un caso fortuito. Destacó que el accionante era un agente policial, por lo que se le debía exigir una prudencia mayor en su actuación, y consideró que no podía ignorar que presionar en la zona del cuello con intensidad y durante cierto tiempo provocaría la muerte de la persona.

El Tribunal Supremo entendió que el delito estaba configurado, por una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; por otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de

cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos. Además, se sumó el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente (vínculo normativo o axiológico).

En cuanto a la gravedad de la imprudencia, el Tribunal Supremo sostuvo que la omisión de la diligencia era más intolerable si provocaba un resultado dañoso y se encontraba causalmente conectada con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva. De manera similar, advirtió que la propia jurisprudencia del tribunal, en ocasiones, se había pronunciado en este sentido y afirmado que la gravedad de la imprudencia se determinaba en atención, por un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponían en peligro con la conducta del autor y, por otro, a la posibilidad concreta de que se produjera el resultado.

Así, el Tribunal Supremo señaló que la omisión del deber de cuidado era evidente, a tal punto que el exceso en la actuación había acabado con la vida de una persona. Observó que al accionante se le exigía un deber de diligencia y previsibilidad extremo por el riesgo cierto de que hubiera un resultado lesivo. Consideró que, como agente de policía, debía saber que su accionar podía provocar la muerte del sospechoso. Advirtió que, pese al riesgo, había persistido en su conducta. Concluyó que su comportamiento había sido excesivamente imprudente, aunque sin configurar un homicidio doloso.

Por otro lado, el Tribunal Supremo reconoció que, en ciertas ocasiones, las circunstancias de una detención podían ser complicadas e incluso conllevar un riesgo para la integridad física del agente, que puede reaccionar de forma desmedida para salvar su vida. Sin embargo, en este caso concreto, el accionante debió haber interrumpido las maniobras sobre la zona del cuello.

En cuanto al argumento del accionante de que se trató de una muerte por caso fortuito, este tipo requiere que haya un vínculo de causalidad entre el acontecimiento y el daño o incumplimiento. En esta relación causal, no podrá intervenir directa o indirectamente la culpa o dolo por parte del acusado, pues entonces el acontecimiento sería evitable. Además, el caso fortuito supone un suceso que no pudo preverse o evitarse, lo que no ocurre en este caso, ya que la conducta imprudente del policía hacía previsible el resultado final.

En consecuencia, el Tribunal Supremo manifestó que el deber de cuidado había sido vulnerado tanto subjetiva como objetivamente y que la culpabilidad del accionante era evidente, por lo que su conducta constituía una imprudencia profesional grave.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Damaso, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia n.° 714-2023, del 28-9-2023, en https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2ffae617e5c-7c1a2a0a8778d75e36f0d/20231016

Ley de amnistía. Proceso soberanista de Cataluña. Delito de sedición. Delito de malversación de fondos públicos. Delito de desobediencia. (España).

Antecedentes del caso: el 11 de junio de 2024, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2024 de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

La ley está dirigida a los líderes políticos catalanes a quienes el Tribunal Supremo había condenado en 2019 por sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia, en torno a la organización del referéndum independentista de Cataluña de 2017, declarado a su vez inconstitucional por el Tribunal Constitucional español.

El Ministerio Fiscal y el procurador Ignacio López Chocarro consideraron que los hechos objeto del procedimiento debían considerarse amnistiados.

El Tribunal Supremo, a su vez, debió analizar si a los delitos de malversación y desobediencia vigentes después de la derogación del delito de sedición se les podía aplicar la nueva ley.

Sentencia: la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo —integrada por los magistrados Manuel Marchena, Andrés Martínez Arrieta, Juan Ramón Berdugo, Antonio del Moral, Andrés Palomo y Ana Ferrer— declaró no amnistiado el delito de malversación de caudales públicos por el que habían sido condenados Oriol Junqueras, Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa.

Por su parte, Pablo Llarena, magistrado instructor de la causa, de la misma sala, declaró no aplicable la amnistía al delito de malversación imputado al expresidente de la Generalidad catalana, Carles Puigdemont, y a los exconsejeros de Salud y Cultura, Antoni Comín y Lluís Puig, y acordó mantener contra ellos las órdenes nacionales de detención por su presunta responsabilidad como autores del delito de malversación.

En primer lugar, la sala hizo énfasis en las dificultades interpretativas que supuso la velocidad con que se había aprobado la Ley de Amnistía. Al respecto observó que, entre la voluntad política que anima una reforma y los enunciados normativos mediante los que esa voluntad pretende llevarse a cabo, debe existir una coherencia precisa y un manejo solvente de las categorías conceptuales propias de la dogmática penal. De lo contrario, afirmó la sala, se resienten la previsibilidad y la seguridad jurídica que deben presidir la redacción tanto de la norma que crea un delito como de aquella que declara extinguida la responsabilidad criminal por efecto de la amnistía. De tal manera, sostuvo que la precipitación de la ley, reflejada entre otros aspectos en la distancia entre la redacción inicial y la finalmente publicada, contribuye de manera decisiva a dificultar la labor interpretativa.

A continuación, los magistrados señalaron el contraste llamativo entre la protección reforzada que la Unión Europea atribuye al delito de malversación de caudales públicos y "la lenidad del legislador español", que no ha dudado en perdonar

graves delitos, así como las consecuencias económicas que de ellos se han derivado. En ese sentido, la sala cita expresamente la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, actualmente en trámite, que prohíbe el indulto o la amnistía del delito de malversación.

En cuanto a la malversación de fondos, la sala entendió, y de ahí que el delito no fuera amnistiable, que los acusados habían obtenido un beneficio personal de carácter patrimonial. Según sostuvo, los condenados habían hecho con el patrimonio ajeno lo que no podían o no querían hacer con su propio patrimonio, y lo habían destinado a sus objetivos personales, que no dejaban de tener esa vertiente particular o sectaria por el hecho de ser políticos. Los magistrados puntualizaron que la financiación de campañas electorales, de metas con significación política, de propaganda o la implementación de las propias ideas políticas, incluso aunque tuvieran una vertiente idealista, no dejarían de reportar también un beneficio personalísimo que adquiere carácter patrimonial cuando ha reportado un ahorro significativo. Estos líderes aportaron al proceso secesionista el dinero público que debían custodiar y administrar con lealtad.

Además, la sala se refirió a otro obstáculo para la amnistía de los delitos en cuestión, a saber, el hecho de que habían afectado potencialmente los intereses financieros de la Unión Europea. Los magistrados señalaron que no era difícil aventurar que la ruptura de la integridad territorial de Europa podía llegar a representar la descomposición territorial de España y la consiguiente ruptura de los límites territoriales y políticos de la Unión. La experiencia reciente, observaron, previene sobre las radicales consecuencias presupuestarias que ha supuesto la desconexión de un Estado con la Unión Europea en el equilibrio financiero comunitario. A este respecto, la resolución se fundó en la Directiva 2017/2031, que insta a los Estados a proteger esos intereses incluso en los casos de tentativa.

La sala descartó acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No consideró admisible suscitar una cuestión prejudicial sobre si es correcto lo que correctamente ha decidido el legislador nacional con la aprobación de la Ley de Amnistía, esto es, excluir de todo perdón los delitos que puedan afectar a los intereses financieros de la Unión. Además, observó que carece de sentido promover una duda prejudicial sobre la interpretación de una cuestión fáctica, no jurídica, relacionada con la inferencia ya alcanzada acerca de los efectos que tendría para el presupuesto comunitario la creación de un Estado independiente que rompiera las actuales fronteras de la Unión Europea.

Por su parte, el juez Llarena argumentó que los comportamientos atribuidos en la causa a Puigdemont, Comín y Puig incurren plenamente en las dos excepciones que prevé la ley para amnistiar delitos de malversación, que son el que se hubieran realizado con propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial y que afectaran los intereses financieros de la Unión Europea.

En su auto, el juez consideró ubicadas en el ámbito de aplicación de la Ley de Amnistía las acciones y omisiones susceptibles de ser subsumidas en el delito de desobediencia por el que también están procesados los mismos tres encausados, así como la dirigente de Esquerra Republicana de Catalunya Marta Rovira. Por ello, dejó

sin efecto la orden de detención contra Rovira, y aclaró que las órdenes de detención contra Puigdemont, Comín y Puig se mantenían con fundamento únicamente en el delito de malversación, pero no en el de desobediencia.

En cuanto al otro delito, argumentó que, a diferencia del de desobediencia, que había sido amnistiado en todos los supuestos del ámbito de aplicación de la norma, para el de malversación se excluye la amnistía si el sujeto activo aborda la ejecución de los hechos con propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial. Para Llarena, este supuesto excepcional es plenamente observable en los comportamientos atribuidos a los procesados: tenían la disponibilidad de los fondos públicos confiados al Gobierno de la Generalidad de Cataluña y los habían utilizado para hacer frente a los costes inherentes al referéndum que ellos mismos pretendían impulsar.

Llarena explicó que el concepto de beneficio debe entenderse como cualquier aprovechamiento, rendimiento o ventaja. En el caso analizado, el juez consideró que el provecho o la utilidad obtenida era radicalmente personal. Fueron ellos y no terceros encausados en otros procedimientos penales quienes impulsaron el referéndum sobre la independencia de Cataluña y quienes, además, endosaron sus gastos a la Administración autonómica, sin que la iniciativa respondiera a la satisfacción de ningún interés público, y aprovechando sus responsabilidades en la Generalidad de Cataluña para no tener que atender ellos el coste inherente a sus iniciativas personales, una vez que el Tribunal Constitucional había declarado nulas las previsiones presupuestarias sobre el referéndum.

Según señaló Llarena, para que exista un beneficio personal de carácter patrimonial no es preciso que se produzca un aumento material y estable de los activos patrimoniales del autor del delito. Existen servicios que, pese a ofrecer una conexión más remota con el autor, no dejan de tener la consideración de beneficio personal de carácter patrimonial porque suponen para el autor un claro ahorro económico.

En cuanto a la prohibición de amnistiar los actos tipificados como malversación de fondos que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, destacó que era cierto que, como argumentaba el fiscal, no se había acreditado que el capital gastado en el referéndum procediera de fondos europeos, pero ello respondía a que, hasta ahora, ese dato era jurídicamente irrelevante para el objeto del proceso penal. La relevancia del origen final de los fondos surge, precisamente, con la inclusión en la Ley de Amnistía de esta excepción, y ello justifica la investigación sobre la procedencia de los fondos malversados.

Por eso, consideró que la decisión del legislador de aplicar la amnistía en un plazo de dos meses podía justificar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Para el juez, resulta cuestionable que la ley pueda obligar a la autoridad judicial a sobreseer la causa en un plazo máximo de dos meses, sin que se hubiera abordado una investigación sobre la procedencia de los fondos y sin haberse agotado el tiempo ofrecido por el derecho interno para llevar a término cualquier investigación penal. La previsión legislativa de sobreseimiento,

tal y como está prevista, deja fuera de investigación judicial posibles actos de corrupción que deberían ser esclarecidos y perseguidos conforme al derecho de la Unión, según el magistrado.

Pero el juez añadió que la investigación del origen de los fondos resultaba irrelevante porque el concepto de intereses financieros de la Unión no solo contempla el gasto de fondos europeos, sino que alcanza también a los ingresos adeudados al presupuesto de la Unión. En este contexto, la sola realización del referéndum que habían prohibido las instituciones españolas competentes afectaba necesaria y automáticamente la configuración de España y la dimensión territorial de la Unión Europea, con reflejo directo en los ingresos comprometidos por España en el presupuesto de la Unión. A este respecto, el magistrado recordó que existía la pretensión de que los catalanes pasaran a tributar para una Hacienda catalana y no en la Hacienda española. El juez se basó en una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de febrero de 2022, que establece que el despliegue de la protección de los intereses financieros de la Unión no exige un menoscabo efectivo de los ingresos o de su capacidad de gasto, sino que también debe dispensarse ante los comportamientos de puesta en riesgo.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, sentencia 7481/2023, del 10-7-2024, en https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c99e105050f6dfd9a0a8778d75e36f0d

ESTADOS UNIDOS

Derecho a la libertad de expresión. Redes sociales. Funcionario público. Facebook. Comunicación oficial y personal. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: James Freed creó un perfil privado de Facebook que luego convirtió en una página pública. Después de varios años, en 2014, actualizó su página para dar a conocer que había sido nombrado director administrativo de la ciudad de Port Huron, Michigan. En la página, publicaba sobre su vida privada y su trabajo, se remitía a las comunicaciones de otros funcionarios municipales y solicitaba la opinión del público sobre cuestiones de interés. A menudo respondía los comentarios a sus publicaciones, inclusive aquellos de residentes que tenían inquietudes con respecto a temas de interés de la comunidad. Algunas veces borraba comentarios que consideraba despectivos o tontos.

Cuando comenzó la pandemia de COVID-19, Freed hizo comentarios al respecto en su página, algunos de los cuales eran personales y otros contenían información sobre su trabajo. Un usuario, Kevin Lindke, respondió a algunas de las publicaciones de Freed para expresar su descontento con el tratamiento de la pandemia en la ciudad. En un principio, Freed borró los comentarios de Lindke, pero luego lo bloqueó. Lindke demandó a Freed fundándose en lo dispuesto en el art. 1983 del título 42 del Código de Estados Unidos, y alegó que Freed había vulnerado los derechos que le asistían de conformidad con la Primera Enmienda, porque, en su opinión, tenía derecho a opinar en la página de Facebook de Freed, ya que se trataba de un foro público. El tribunal de primera instancia determinó que Freed manejaba su página de Facebook a título personal y que solamente una acción estatal podía dar lugar a una responsabilidad en virtud de lo dispuesto en el art. 1983. En consecuencia, la demanda de Lindke no prosperó. A su vez, la Cámara de Apelaciones del Circuito VI confirmó la decisión del tribunal de distrito.

Sentencia: la Corte Suprema de los Estados Unidos anuló el fallo de la Cámara de Apelaciones del Circuito VI y devolvió las actuaciones para que se siguiera un procedimiento acorde con su opinión.

La Corte Suprema sostuvo que el art. 1983 establece una causa de acción contra toda persona que, al amparo de cualquier ley, ordenanza, reglamento, costumbre o uso de cualquier estado, prive a alguien de un derecho federal constitucional o estatutario. Según indicó, el término "al amparo de" pone de manifiesto que se trata de una disposición concebida para la protección contra actos atribuibles a un estado, no a un particular. Señaló que, a veces, la línea entre la conducta privada y la acción estatal es difícil de trazar. En "Griffin v. Maryland", 378 U. S. 130 (1964), la Corte Suprema había sostenido que un guardia de seguridad de un parque de diversiones privado había llevado a cabo una acción estatal cuando había aplicado la política de segregación del parque contra los manifestantes negros. Aunque empleado por

el parque, el guardia había sido designado como comisario delegado del condado de Montgomery y tenía el mismo poder y autoridad que cualquier otro en ese rol. Por ello, el estado había permitido que su poder fuera ejercido por alguien en el sector privado. A partir de ese fallo, la mayoría de los casos sobre acciones estatales intentaron determinar si un particular puede participar en una acción estatal.

En este caso, según la corte, debía analizarse si un funcionario estatal había participado en una acción estatal o si había actuado como ciudadano particular. La corte estimó que el carácter de funcionario estatal de Freed no era determinante, ya que los funcionarios tienen una vida privada y sus propios derechos constitucionales, incluido el derecho, en virtud de lo dispuesto en la Primera Enmienda, a manifestarse sobre su trabajo y ejercer un control editorial sobre quién comenta y qué en sus plataformas personales. En este caso, entendió que Freed había actuado en su carácter de particular al bloquear a Lindke y borrar sus comentarios. No había vulnerado los derechos que le asistían de conformidad con lo dispuesto en la Primera Enmienda, sino que, por el contrario, había ejercido sus derechos.

La corte señaló que, en el caso de un funcionario público que utiliza redes sociales, es necesario llevar a cabo un examen minucioso para tipificar la conducta. Se refirió a casos análogos en los que se habían enunciado principios para distinguir entre comunicaciones personales y oficiales en redes sociales. Indicó que la actividad de un funcionario público en las redes sociales constituye una acción estatal con arreglo al art. 1983 solo si detenta una autoridad real para hablar sobre un asunto concreto en nombre del estado y si pretende ejercerla en las redes sociales. En efecto, la conducta que presuntamente origina la privación de un derecho federal debe atribuirse al estado. Según la corte, a menos que Freed detentara la autoridad estatal para publicar actualizaciones sobre la ciudad y registrar las preocupaciones de los ciudadanos, su conducta no es atribuible al estado. En consecuencia, sostuvo que Lindke debía demostrar algo más que el hecho de que Freed tuviera autoridad para comunicarse con los residentes en nombre de Port Huron. La supuesta censura debía vincularse con una expresión sobre un asunto de competencia de Freed. Era necesario un vínculo entre la autoridad del funcionario y el fondo de la denuncia del demandante.

La corte determinó que, para abusar del poder, en primer lugar hay que detentarlo. Establecer el alcance de la potestad de un funcionario requiere prestar atención a la fuente relevante de ese poder y qué autoridad abarca realmente. Lo determinante para establecer la acción estatal, indicó, no es si la difusión de anuncios oficiales puede encuadrarse en la descripción del puesto de trabajo, sino si la realización de esos anuncios forma realmente parte del trabajo que el estado le encomendó al funcionario. Si el funcionario no habla en cumplimiento de sus responsabilidades oficiales, habla con voz propia.

En este caso, la corte sostuvo que si en la cuenta de Freed se hubiera declarado que se trataba de una página personal, él habría tenido derecho a que todos sus mensajes se considerasen personales, pero la página de Freed no había sido identificada ni como "personal" ni como "oficial". Esa ambigüedad, observó la corte, requiere un análisis específico de los hechos en que el contenido y la función

de los mensajes constituyan las consideraciones más relevantes. Entendió, entonces, que una publicación que invoca expresamente la autoridad estatal para hacer un anuncio no disponible en ningún otro sitio es oficial, mientras que una publicación que se limita a repetir o compartir información disponible de otro modo, sin duda es personal. Agregó que para que ningún funcionario pierda el derecho a hablar de asuntos públicos a título personal el demandante debe demostrar que el funcionario pretende ejercer la autoridad estatal en publicaciones específicas.

Por último, indicó que la naturaleza de la tecnología de las redes sociales resultaba relevante para el análisis. Freed había llevado a cabo dos acciones cuestionadas por Lindke: la eliminación de comentarios y el bloqueo de la cuenta para restringir futuras interacciones. Por lo que respecta a la eliminación, la corte señaló que las únicas publicaciones relevantes eran aquellas de las que se habían eliminado los comentarios de Lindke. Sin embargo, observó que el bloqueo constituía un caso distinto. Dado que el bloqueo afecta a toda la página, la corte sostuvo que un tribunal tendría que considerar si Freed había llevado a cabo una acción estatal con respecto a cualquier publicación sobre la que Lindke hubiera querido hacer un comentario. Observó que la contundencia de la herramienta de bloqueo de Facebook pone de relieve el riesgo que supone una cuenta de redes sociales de "uso mixto". Entendió que, si el bloqueo de toda la página es la única opción, un funcionario público podría ser incapaz de impedir que alguien comente sus publicaciones personales sin arriesgarse a incurrir en cierta responsabilidad por impedir también los comentarios en sus publicaciones oficiales. Por tanto, un funcionario público que no mantenga sus publicaciones personales en una cuenta personal no identificada de manera clara se expone a una mayor responsabilidad potencial.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, "Lindke v. Freed", sentencia del 15-3-2024, en https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-611_ap6c.pdf

Derecho del trabajo. Contrato de trabajo. Solución alternativa de controversias. Sistema de arbitraje. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: la empresa Flowers Foods elabora y comercializa productos panificados que se distribuyen a lo largo y ancho de los Estados Unidos. Neal Bissonnette y Tyler Wojnarowski adquirieron los derechos de la compañía para la distribución de los productos Flowers en determinadas zonas del estado de Connecticut. En los contratos celebrados con la empresa, establecieron que toda controversia que pudiese surgir en el futuro debería ser sometida al sistema de arbitraje en virtud de la Ley Federal de Arbitraje (FAA). Luego de que Bissonnette y Wojnarowski demandaran a Flowers y a dos de sus filiales por incumplimiento de las

leyes salariales locales y federales, la empresa solicitó someter la disputa al sistema de arbitraje. Los demandantes argumentaron que se encontraban exentos del alcance de la FAA debido a que estaban comprendidos dentro de la excepción del art. 1 de la ley, referida a los "contratos de trabajo de marineros, empleados ferroviarios o cualquier otra clase de trabajadores que participen en el comercio exterior o interior".

El tribunal de primera instancia falló a favor de someter la cuestión al arbitraje, al entender que los demandantes no eran "trabajadores del transporte" que estuvieran exentos.

La Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó esa decisión y señaló que la excepción del art. 1 de la ley era aplicable únicamente a los trabajadores del sector del transporte, y que los demandantes pertenecían a la industria de la panadería. Los accionantes apelaron ante la Corte Suprema.

Sentencia: la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la sentencia impugnada y devolvió las actuaciones para que se dictara un nuevo fallo. Sostuvo que un trabajador del transporte no necesariamente debía pertenecer a la industria del transporte para estar comprendido dentro de la excepción del art. 1 de la FAA.

La corte señaló que, en sus precedentes, había considerado que la aplicación de la excepción del art. 1 se limitaba a los trabajadores del transporte ("Circuit City Stores, Inc. v. Adams", 532 U. S. 105). En el caso "Circuit City", había interpretado, en aplicación del estándar interpretativo *ejusdem generis* al art. 1 de la FAA, que la frase general "clase de trabajadores dedicados al […] comercio" está "restringida y definida con referencia a "las categorías específicas de "marineros" y "empleados ferroviarios" que la preceden. La Corte Suprema había entendido que la relación entre trabajadores marítimos y ferroviarios implicaba que ambos eran empleados del sector de transporte (*id*., p. 118-119, 121) y que, por lo tanto, la clase de trabajadores de la excepción del art. 1 se limitaba en el mismo sentido.

Posteriormente, la Corte Suprema había vuelto a examinar el alcance de la excepción del art. 1 en el precedente "Southwest Airlines Co. v. Saxon" y se había rehusado a adoptar un enfoque sectorial en relación con el art. 1, al rechazar el argumento de una empleada que pertenecía a la "clase de trabajadores dedicados al comercio exterior o interior", debido a que simplemente prestaba servicios en una línea aérea y realizaba su tarea habitual (596 U. S. 450, 460). En cambio, el lenguaje del art. 1 —que hace referencia a los "trabajadores" que están "dedicados" al comercio— se centra en la tarea que se realiza y no en la industria a la que pertenece el empleador (*idem*, p. 456). La cuestión relevante giraba en torno a qué labor había desarrollado la empleada en la compañía aérea, y no a qué tipo de actividades se dedicaba la aerolínea en general (*idem*, p. 456).

En este caso, la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito había establecido un requisito para la industria del transporte sin ningún basamento en el texto del art. 1 o en los precedentes de la Corte Suprema. La Cámara había determinado que una entidad se consideraba dentro de la industria del transporte si "sus cargas se vinculan principalmente al movimiento de mercancías o pasajeros" y su "principal fuente de ingresos comerciales deriva de ese movimiento" (49 F.4th, en 661). No obstante la

Corte Suprema consideró que ese tipo de análisis habilitaría muchas dudas acerca de la naturaleza de los servicios de una compañía. Por ejemplo, una empresa que se dedica al reparto de pizzas, ¿obtiene sus ingresos principalmente de la pizza o del reparto? De acuerdo con la Corte Suprema, una investigación exhaustiva podría ser necesaria antes de resolver sobre una petición que obligue a someterse al sistema de arbitraje, lo que sumaría gastos y retrasos a todos los casos relativos a la FAA. Esa complejidad e incertidumbre "multiplicaría las controversias a partir de una ley que pretende evitarlas" ("Circuit City", 532 U. S., p. 123).

La empresa Flowers había afirmado que la excepción del art. 1 resultaría demasiado amplia sin un requisito implícito para la industria del transporte. Dado que "prácticamente todos los productos circulan en el comercio interior", la compañía había advertido que casi todos los trabajadores que cargaban o descargaban mercancías se encontrarían exceptuados de someterse al sistema de arbitraje. Sin embargo, la Corte Suprema señaló que el art. 1 no definía a la clase de trabajadores exentos en términos tan amplios. Por el contrario, tal como la Corte Suprema había sostenido en el caso *"Saxon"*, un trabajador transportista es aquel que está "activamente involucrado en el transporte de […] mercancías a través de las fronteras por los canales del comercio exterior o interior" (596 U. S., p. 458, en referencia a "Circuit City", 532 U. S., p. 121]). Dicho de otro modo, un trabajador del sector del transporte "debe al menos desempeñar un rol directo y 'necesario en el libre flujo de bienes' a través de las fronteras" (*idem*). La Corte Suprema concluyó que estos requisitos socavaban "todo intento de otorgar a la norma una interpretación amplia y abierta" y, en cambio, restringían el alcance del art. 1 a su "acotado" ámbito de aplicación (*idem*, p. 118).

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, "Bissonnette et al. v. LePage Bakeries Park St., llc, Et Al.", sentencia del 19-3-24, en https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/23-51_6647.pdf



Derecho del trabajo. Discriminación en el empleo. Despido. Protección legal contra el despido del trabajador que denuncia hechos delictivos en el ámbito laboral. Carga probatoria. Desplazamiento. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: en 2002, el Congreso de los Estados Unidos sancionó la Ley Sarbanes-Oxley, mediante la cual aprobó las normas de protección para los trabajadores que denuncian, en calidad de delatores, la comisión de infracciones o irregularidades en el seno de la empresa que los emplea. Esta norma prohíbe a las empresas que cotizan en bolsa tomar represalias contra los empleados que denuncian

estafas o violaciones de la legislación relativa al mercado de valores. Específicamente, el art. 1514A del Título 18 del Código de los Estados Unidos establece que los empleadores no pueden despedir, degradar, suspender, amenazar, acosar o discriminar a un empleado, en lo relativo a los términos y condiciones de su trabajo, por haber hecho una denuncia de esta índole.

En este caso, Trevor Murray interpuso una demanda ante un tribunal de primera instancia y afirmó que la empresa UBS, para la cual trabajaba, lo había despedido infringiendo el art. 1514A. Murray se desempeñaba en UBS como estratega de investigación en un puesto que lo obligaba —de conformidad con la regulación aplicable de la Comisión de Bolsa y de Valores— a certificar informes para los clientes sobre las operaciones de valores de la empresa de una manera independiente y que reflejara sus propias opiniones. UBS despidió a Murray poco después de que informara a su supervisor que dos líderes de la mesa de negociación de la empresa estaban participando en lo que él consideraba actividades poco éticas e ilegales para distorsionar sus informes independientes.

UBS solicitó ante el tribunal de primera instancia que declarara la cuestión de puro derecho, ya que Murray no había producido ninguna prueba de que su supervisor tuviera ánimo de represalia hacia él. El tribunal rechazó esa petición e instruyó al jurado en el sentido de que, para probar su reclamo en virtud del art. 1514A, Murray debía demostrar, mediante la preeminencia de las pruebas, que su denuncia en calidad de delator había sido un factor que había contribuido a su despido. Si Murray lograba demostrarlo, la carga de la prueba recaería en UBS, que debería demostrar mediante evidencia clara y convincente que habría despedido a Murray aun cuando este no hubiese participado en una actividad protegida como la denuncia en cuestión. El jurado llegó a la conclusión de que Murray había probado su reclamo en virtud del art. 1514A y que UBS no había logrado demostrar que habría despedido a Murray aunque él no hubiese denunciado en calidad de delator.

UBS apeló la decisión ante la Cámara Federal de Apelaciones del Segundo Circuito, que revocó el veredicto del jurado. La cámara sostuvo que la intención de tomar represalias era un elemento de la demanda según el art. 1514A, y que el tribunal de primera instancia había cometido un error al no instruir al jurado sobre la carga probatoria de Murray de demostrar que había existido la intención de represalia por parte de UBS. Ante esta decisión, Murray apeló ante la Corte Suprema.

Sentencia: la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la sentencia y devolvió las actuaciones al tribunal de origen para que emitiera una nueva sentencia.

La corte indicó que el denunciante que invoca el art. 1514A debe demostrar que su denuncia fue un factor que contribuyó a la acción laboral adversa del empleador, pero no necesita probar que su empleador actuó con intención de represalia.

Señaló que el texto del art. 1514A. no hace referencia ni incluye un requisito de intención de represalia y que el marco de desplazamiento de la carga de la prueba previsto en la disposición no se corresponde con tal requisito. En consonancia con la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones del Segundo Circuito, la corte entendió que la intención de represalia significaba algo semejante a la animosidad.

La corte observó que tanto la cámara de apelaciones como la empresa UBS se habían basado en la palabra "discriminar" del art. 1514A. para imponer el requisito de intención de represalia al demandante. Sin embargo, señaló que el vocablo "discriminar" no podía tener ese peso. Afirmó que la inclusión de "discriminar" en la disposición general del artículo sugiere que su objetivo es abarcar otras medidas laborales adversas que no se encuentran enumeradas específicamente, como sí lo están "despedir, degradar, suspender, amenazar y acosar". Agregó que, no obstante, incluso aceptando el argumento de UBS de que "discriminar" se relaciona con el despido y lo caracteriza, la palabra "discriminar" simplemente no exige la intención de represalia. Al respecto, señaló que, en general, se la ha definido como "trato diferenciado" ("Babb v. Wilkie", 589 U. S. 399, 405). Entonces, cuando un empleador trata a un empleado de manera diferente y cuando, peor aún, se configura un acto de discriminación reprochable como consecuencia de que el empleado ha llevado a cabo una actividad protegida como la denuncia en cuestión, la falta de animosidad resulta irrelevante (U. S. 644, 658, 663).

La corte indicó que, ante la ausencia de una base sólida en el texto legal, exigir a un empleado denunciante que demuestre la intención de represalia de su empleador supondría desconocer el marco legal de desplazamiento de la carga de la prueba. Señaló que los marcos de desplazamiento de la carga probatoria habían proporcionado durante mucho tiempo un mecanismo clave para llegar a la elusiva cuestión de la intención en los casos de discriminación laboral. Agregó que, según había señalado en sus propios precedentes, el desplazamiento de la carga probatoria "obliga al demandado a responder" a las pruebas producidas por el empleado demandante ("St. Mary's Honor Center v. Hicks", 509 U. S. 502, 510-511). De esta manera, el juez puede obtener un panorama completo de los hechos y tomar una decisión acerca de si efectivamente el empleador trató al empleado de manera discriminatoria y, peor aún, si lo hizo como consecuencia de la denuncia del empleado. El marco de desplazamiento de la prueba proporciona, entonces, una forma de determinar la presencia de intención. Según observó la corte, con la sanción de la Ley Sarbanes-Oxley, el Congreso había decidido que la obligación del demandante de demostrar la intención del empleador consistía solamente en probar que su denuncia en calidad de delator había sido, en efecto, un factor coadyuvante en la decisión del empleador de despedirlo. Si el demandante logra demostrarlo, la carga de la prueba recae, entonces, en el empleador, que debe demostrar, a su vez, mediante pruebas claras y convincentes, que, de todos modos, habría procedido con el despido, aun si el empleado no hubiera hecho la denuncia.

Al respecto, la corte advirtió que los factores que coadyuvan al marco de desplazamiento de la prueba suelen favorecer al demandante. En ese sentido, consideró que la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito había incurrido en un error al haber considerado la "intención de represalia" como un requisito del marco de factores para el desplazamiento de la prueba. El hecho de probar que un empleador ha actuado con ánimo de represalia, observó la corte, constituye una manera de demostrar que la denuncia del empleado ha sido un factor coadyuvante en el despido, pero no la única.

Durante el proceso, la empresa UBS y sus *amici curiae* habían argumentado que, si se prescindiese del requisito de intención de represalia, los empleadores inocentes podrían ser juzgados por decisiones legítimas y no retaliativas sobre el personal. Sin embargo, la corte señaló que el marco de desplazamiento de la carga de la prueba previsto en la Ley Sarbanes-Oxley no conduce a ese riesgo. Precisó que el art. 42121.b.2.B.ii de la ley prevé una "prueba de causalidad de la misma acción" mediante la cual se debe determinar si el empleador habría tomado la misma decisión en el supuesto de que un empleado con idénticas características no hubiera llevado adelante una denuncia en calidad de delator. Añadió que el criterio establecido en Sarbanes-Oxley en cuanto al desplazamiento de la prueba, que es menos beneficioso para el empleador de lo que podría serlo un criterio que exigiese demostrar la intención, había sido previsto por el legislador de manera deliberada en el diseño de la ley. Señaló que el Congreso había recurrido a este marco de desplazamiento de la prueba en contextos en los que la salud, la seguridad o el bienestar de las personas depende de que los empleados se sientan protegidos a la hora de denunciar. Por lo tanto, resolvió que no podía dejar sin efecto la política elegida por el Congreso y otorgar a los empleadores mayor protección de la que brinda la ley.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, "Murray v. UBS Securities, LLC, et al.", sentencia del 8-2-24, en https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-660_7648.pdf

Derecho penal. Garantías constitucionales. Derecho de defensa en juicio. Juicio por jurados. Irrecurribilidad del veredicto de absolución. *Non bis in idem.* (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: en 2012, Damian McElrath fue acusado por el estado de Georgia de los delitos de homicidio doloso, homicidio agravado y lesiones gravísimas por haber matado a su madre adoptiva. En el juicio, el jurado emitió un veredicto dividido contra McElrath de no culpabilidad por razón de insania con relación al homicidio doloso, y de culpabilidad por enfermedad mental en cuanto a homicidio agravado y lesiones gravísimas.

En la apelación, el Tribunal Supremo de Georgia resolvió que —según la ley del estado— el veredicto del jurado de culpabilidad por enfermedad mental por homicidio agravado se contraponía con el veredicto de no culpabilidad por razón de insania por homicidio doloso, ya que los veredictos requerían constataciones afirmativas sobre estados mentales diferentes que no pueden existir al mismo tiempo. El tribunal revocó tanto el veredicto de homicidio doloso como el de homicidio agravado, de conformidad con la llamada doctrina de la *repugnancy* del estado de Georgia, —según la cual el veredicto de un jurado en una causa penal puede anularse

si contiene conclusiones afirmativas de carácter contradictorio— y ordenó que se realizara un nuevo juicio. En su respuesta, McElrath adujo que la cláusula de doble incriminación de la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohibía a Georgia volver a juzgarlo por homicidio doloso, debido a que el veredicto anterior del jurado lo había declarado no culpable por razón de insania. El Tribunal Supremo de Georgia rechazó ese argumento.

En consecuencia, McElrath interpuso un recurso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Sentencia: la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la sentencia del Tribunal Supremo de Georgia. Resolvió que el veredicto del jurado que había declarado a McElrath no culpable del delito de homicidio doloso por razón de insania constituía una absolución a los efectos de la doble incriminación, a pesar de las inconsistencias que pudieran existir con los otros veredictos emitidos por el jurado.

La corte señaló que la cláusula de doble incriminación establece que ninguna persona será sometida, por el mismo delito, a un doble riesgo para su vida e integridad física. Señaló que desde antiguo se considera, en virtud de la Quinta Enmienda, que un veredicto de absolución constituye una sentencia definitiva que pone fin al proceso e implica un obstáculo para un enjuiciamiento posterior a causa del mismo delito ("Green v. U. S.", 355 U. S. 184, p. 188). Observó que en los precedentes de la corte se había definido que una sentencia absolutoria abarca cualquier decisión por la que se declare que la prueba de cargo es insuficiente para establecer la responsabilidad penal por un delito ("Evans v. Michigan", 568 U. S. 313, 318). Una vez que el jurado emite el veredicto de absolución, este se torna inviolable. El principio de que un veredicto de absolución no puede ser revisado, ya sea por error o por otro motivo, es posiblemente la regla más fundamental en la historia de la jurisprudencia sobre la cláusula de doble incriminación ("United States v. Martin Linen Supply Co.", 430 U. S. 564, p. 571). Sea cual fuere el fundamento del veredicto ("Bravo-Fernández v. United States", 580 U. S. 5, p. 10), la cláusula de doble incriminación prohíbe cuestionar el motivo de la absolución de un jurado.

La corte indicó que la ley del estado de Georgia establece específicamente que el acusado cuya defensa se basa en su insania no será declarado culpable del delito del que se lo imputa. En este caso, el jurado había concluido que McElrath no era culpable por razón de su insania en relación con la imputación de homicidio doloso. El veredicto constituía sin lugar a dudas una "decisión en la que se declara que la prueba acusatoria es insuficiente para imputar responsabilidad penal por un delito" ("Evans", 568 U. S., p. 318) y, por ende, una absolución.

El estado de Georgia argumentaba que no había habido un veredicto válido de conformidad con las leyes del estado y que, por lo tanto, no había habido una absolución. Sin embargo, cuando una absolución se funda en una doble incriminación, esto constituye una cuestión federal, y la interpretación de una sentencia por parte de un estado no es vinculante para la corte ("Smalis v. Pennsylvania", 476 U. S.

140, p. 144 n. 5). Si bien los estados tienen potestad para "regular los procesos en virtud de los cuales se aplican sus leyes" ("Patterson v. New York", 432 U. S. 197, p. 201), la cuestión última sigue siendo si la cláusula de doble incriminación reconoce un hecho como una absolución. En este caso, la corte entendió que el veredicto del jurado de no culpabilidad por razón de insania constituía tal determinación, y que no tenía importancia que el veredicto hubiese estado acompañado por el dictado de otros veredictos que parecían basarse en conclusiones inconsistentes. Una absolución es una absolución, incluso cuando un jurado emite veredictos contradictorios (ver "Bravo-Fernández", 580 U. S., p. 8).

El estado de Georgia argumentaba que la prohibición de impugnar una absolución solo se aplica a los veredictos generales, sin embargo, los precedentes de la corte prohíben toda especulación sobre las razones que dieron lugar al veredicto de absolución, aun cuando, como en este caso, las conclusiones específicas del jurado proporcionen una base fáctica para tales especulaciones. Hacer lo contrario "facultaría a los jueces de manera inadmisible a ejercer el derecho del jurado" ("Smith v. United States", 599 U. S. 236, p. 252).

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, "McElrath v. Georgia", sentencia del 21-2-24, en https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-721_kjfl.pdf

Derechos humanos. Derechos de las personas migrantes. Derecho a las garantías del debido proceso. Derecho a la protección judicial en los procesos migratorios. Poder discrecional de los jueces de inmigración. Expulsión de las personas no ciudadanas de los Estados Unidos. Excepciones. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: el Congreso de Estados Unidos otorgó a los jueces de inmigración la facultad discrecional de dejar sin efecto la orden de expulsión de una persona no ciudadana y permitirle la permanencia legal en el país (8 U. S. C. art. 1229.b[a]-[b]). Ante una solicitud de cancelación de expulsión, el juez de inmigración procede en dos pasos: primero, debe decidir si la persona no ciudadana es elegible en virtud de ciertos estándares legales. Si considera que la persona cumple con los parámetros, deberá decidir si ejerce su poder discrecional y hace lugar al pedido de cancelación de expulsión. A fin de determinar la elegibilidad, el Congreso enumeró cuatro requisitos, uno de los cuales exige que la persona no ciudadana demuestre que su expulsión daría lugar a sufrimientos excepcionales y extremadamente inusuales para su cónyuge, padre o hijo, quienes son ciudadanos estadounidenses o residentes legales permanentes (art. 1229.b[b][1][D]).

Situ Kamu Wilkinson fue detenido por el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas por permanecer en los Estados Unidos una vez expirado el período de vigencia de su visa de turista. Wilkinson solicitó la cancelación de su expulsión y se basó, en parte, en el sufrimiento de su hijo M., de 7 años, nacido en los Estados Unidos, quien padece una enfermedad grave y depende de él para su sustento emocional y económico. Con el objeto de cumplir con el estándar de sufrimiento excesivo, Wilkinson debía demostrar que M. "sufriría penurias sustancialmente distintas o mayores a las que cabría esperar habitualmente como consecuencia de [su] expulsión" ("In re Monreal Aguinaga", 23 I. & N. Dec. 56, 62). Teniendo en cuenta todos los factores de sufrimiento acreditados por Wilkinson en su conjunto, el juez de inmigración sostuvo que la situación de M. no cumplía con el estándar legal de sufrimiento excepcional y extremadamente inusual y denegó la solicitud. Posteriormente, la Junta de Apelaciones de Inmigración confirmó la decisión del juez de inmigración y, luego, la Cámara de Apelaciones del Circuito III consideró que carecía de la jurisdicción necesaria para analizar la determinación discrecional del juez de inmigración.

Entonces, Wilkinson interpuso un *certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, que hizo lugar al pedido a fin de resolver si la decisión del juez de inmigración sobre el requisito de sufrimiento excepcional y extremadamente inusual constituía una cuestión mixta de hecho y de derecho susceptible de ser revisada según el art. 1252.a.2.D, o si esa determinación había sido discrecional y, por lo tanto, no podía ser examinada de acuerdo con el art. 1252.a.2.B.i.

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

La corte sostuvo que, en este caso, la Cámara de Apelaciones del Tercer Circuito se había equivocado al entender que carecía de poder jurisdiccional para analizar la decisión del juez de inmigración.

La cámara había entendido que no tenía potestad jurisdiccional basándose en el art. 1252.a.2.B.i, que torna irrecurrible a toda sentencia relativa a la concesión discrecional de un pedido según el art. 1229.b, que versa sobre la cancelación de la expulsión. Sin embargo, el art. 1252.a.2.D restablece la jurisdicción para revisar cuestiones de derecho. La articulación entre estas dos disposiciones se rige por dos precedentes de la corte: "Guerrero-Lasprilla v. Barr", 589 U. S. 221, y "Patel v. Garland", 596 U. S. 328. En "Guerrero-Lasprilla", la Cámara de Apelaciones del Quinto Circuito había resuelto que, si una persona no ciudadana actuaba con diligencia en su intento por reabrir los procedimientos de expulsión a los efectos de la suspensión de los plazos de prescripción basada en razones de equidad y buena fe, se trataba de una cuestión de hecho, y no de una cuestión de derecho que diera lugar al restablecimiento de la jurisdicción. La Corte Suprema había revocado esa decisión, por considerar que las cuestiones de derecho del art. 1252.a.2.D incluían cuestiones mixtas de hecho y de derecho (589 U. S., p. 225) y había rechazado el argumento del Gobierno de que las cuestiones de derecho se referían únicamente a cuestiones mixtas que son principalmente jurídicas y no fácticas. Posteriormente, en "Patel", la corte

había confirmado la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones del Undécimo Circuito por considerar que no tenía jurisdicción para examinar las determinaciones sobre credibilidad fáctica emitidas por un juez de inmigración que se hallaban dentro del marco de prohibición jurisdiccional del art. 1252.a.2.B.i. Así pues, la corte había sostenido que el art. 1252.a.2.D no restablecía la jurisdicción en ese caso, ya que las cuestiones de hecho no son indiscutiblemente cuestiones de derecho.

La corte se refirió a que, en este caso, Wilkinson argumentaba que el art. 1252.a.2.D restablecía la jurisdicción, porque la cuestión de fondo sobre si una persona no ciudadana es legalmente elegible para obtener la cancelación de su expulsión exige que un tribunal evalúe si un juez de inmigración aplicó correctamente el estándar a un determinado conjunto de hechos. El precedente "Guerrero-Lasprilla" obliga a concluir que la aplicación del criterio legal de sufrimiento excepcional y extremadamente inusual a un cierto conjunto de hechos plantea una cuestión mixta de hecho y de derecho. Una cuestión mixta puede exigir principalmente una labor jurídica o fáctica, y solo porque pueda requerir que un tribunal se informe sobre los hechos no la transforma en una cuestión de hecho ("U. S. Bank N. A. v. Village at Lakeridge, LLC", 583 U. S. 387, 396).

De acuerdo con la corte, en este caso, la aplicación del estándar de sufrimiento —el cual exige que un juez de inmigración evalúe una serie de factores para determinar si, con la expulsión de un miembro cercano de la familia, un ciudadano estadounidense o familiar con residencia permanente corre el riesgo de padecer un sufrimiento sustancialmente distinto del que cabría de esperar normalmente en estos casos— requiere un examen minucioso de los hechos. Al igual que en el caso "Guerrero-Lasprilla", una cuestión mixta que exige un análisis pormenorizado de los hechos sigue siendo una cuestión mixta y, por lo tanto, una cuestión de derecho susceptible de ser revisada en virtud del art. 1252.a.2.D. Asimismo, al igual que en el precedente "Patel", las determinaciones de hecho subyacentes emitidas por el juez de inmigración de que Wilkinson era creíble o de que M. padecía una enfermedad grave serían cuestiones de hecho no sujetas a revisión según el art. 1252.a.2.D.

La corte consideró que los argumentos en contra aducidos por el Gobierno no habían sido convincentes. En primer lugar, entendió que no existe nada en "Guerrero-Lasprilla" ni en otros precedentes de la corte que limite ese caso únicamente a estándares creados jurisprudencialmente como el estándar de la debida diligencia para la suspensión de los plazos de prescripción basada en razones de equidad y buena fe. La corte observó que, con frecuencia, la aplicación de un estándar legal presentaba una cuestión mixta de hecho y de derecho ("Pullman-Standard v. Swint", 456 U. S. 273, 289, n. 19). En segundo lugar, señaló que el caso "Williamsport Wire Rope Co. v. United States", 277 U. S. 551, en el que se había basado el Gobierno, no tenía relevancia para la cuestión que se plantea en este caso en relación con el art. 1252.a.2.D, y que el Gobierno no había proporcionado ninguna base sólida para trasladar la interpretación de sufrimiento excepcional de ese caso a este. Tampoco había sido más persuasivo el argumento del Gobierno fundado en la historia legal del requisito de sufrimiento excepcional. Por último, observó que la afirmación de que una cuestión mixta principalmente fáctica es una

cuestión de hecho había sido rechazada anteriormente en "Guerrero-Lasprilla", y que nada en el art. 1252.a.2.D había servido de apoyo a la visión del Gobierno de que la frase "cuestión de derecho" es muy limitada.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, "Wilkinson v. Garland, Attorney General", sentencia del 19-3-24, en https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-666_new_7758.pdf



Derechos políticos. Insurrección o rebelión de un funcionario público contra el Estado. Inhabilitación para ocupar un cargo federal o estatal. Remoción de un candidato a presidente en la boleta electoral. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: en septiembre de 2023, unos seis meses antes de las elecciones primarias de Colorado del 5 de marzo de 2024, un grupo de votantes del estado, cuatro republicanos y dos independientes, se presentaron ante un tribunal estatal de Colorado para solicitar que no fuera incluida la candidatura de Trump en las boletas electorales. Los demandantes sostuvieron que, tras su derrota en las elecciones presidenciales de 2020, el expresidente había perturbado el traspaso pacífico de poder por haber organizado e incitado intencionalmente a la multitud que el 6 de enero de 2021 irrumpió en el Capitolio mientras el Congreso se reunía para certificar los resultados electorales. Alegaron que, por lo tanto, no podía considerárselo elegible para ejercer nuevamente el cargo de presidente, en la medida en que el art. 3 de la Decimocuarta Enmienda inhabilita para ocupar un cargo federal o estatal a toda persona que, habiendo prestado juramento a la Constitución, hubiera participado posteriormente en actos de insurrección o rebelión contra los Estados Unidos.

El tribunal de distrito declaró que el expresidente Trump había participado en una insurrección en el sentido del art. 3, pero denegó la petición de los demandados. Sostuvo que el art. 3 no era aplicable porque la presidencia no es un cargo dependiente de los Estados Unidos y el presidente no es un funcionario de los Estados Unidos en el sentido de esa disposición.

En diciembre, el Tribunal Supremo de Colorado revocó en parte y confirmó en parte la decisión del tribunal de distrito. Por un lado, concluyó que, a efectos del art. 3, la presidencia es un cargo dependiente de los Estados Unidos y el presidente es un funcionario de los Estados Unidos. Por lo demás, confirmó la sentencia. Sostuvo, en particular, que el Código Electoral de Colorado permitía la impugnación de los demandados fundada en el art. 3, que no era necesaria una intervención del Congreso para que se apliquen las inhabilitaciones en virtud del art. 3, que la doctrina de la cuestión política —relativa a la separación de poderes y a los frenos y contrapesos— no

impedía la revisión judicial de la elegibilidad del expresidente Trump, que el tribunal de distrito no había abusado de su discrecionalidad al admitir como prueba partes de un informe del Congreso sobre los acontecimientos del 6 de enero, que el tribunal de distrito tampoco se había equivocado al concluir que esos acontecimientos constituían una insurrección, que Trump había participado en esa insurrección y que su discurso ante la multitud que había irrumpido en el Capitolio el 6 de enero no estaba protegido por la Primera Enmienda. En consecuencia, ordenó a la secretaria de estado de Colorado no incluir el nombre del expresidente Trump en la boleta de las primarias presidenciales de 2024 ni contabilizar ningún voto emitido a su favor.

El expresidente presentó un recurso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos para solicitar la revisión del fallo.

Sentencia: la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó *per curiam* la sentencia del Tribunal Supremo de Colorado. Consideró que el tribunal había incurrido en un error al ordenar la exclusión del expresidente Donald Trump de la boleta electoral de las primarias presidenciales de 2024, debido a que la Constitución hace responsable al Congreso, y no a los estados, de hacer cumplir el art. 3 de la Decimocuarta Enmienda contra los titulares de cargos y candidatos federales.

En primer lugar, la corte señaló que la Decimocuarta Enmienda, propuesta en 1866 y ratificada en 1868, había ampliado el poder federal a expensas de la autonomía estatal, y que, por lo tanto, había alterado de manera sustancial el equilibrio del poder estatal y federal establecido por la Constitución. Observó que el art. 1, por ejemplo, prohíbe a los estados privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal o negar a cualquier persona la igual protección de las leyes, y que el art. 5 confiere al Congreso el poder para hacer cumplir esas prohibiciones, junto con las demás disposiciones de la enmienda, mediante la legislación apropiada.

También observó que el art. 3 restringe la autonomía de los estados, pero por otros medios. Señaló que había sido diseñado para ayudar a garantizar una unión duradera e impedir que los antiguos confederados volvieran al poder tras la Guerra Civil. El art. 3, añadió, pretendía impedir tal resurgimiento excluyendo de los cargos a quienes, habiendo prestado juramento de apoyar la Constitución de los Estados Unidos, se rebelaran contra el Gobierno federal.

El art. 3, señaló, impone a determinadas personas una sanción preventiva y severa, a saber, la inhabilitación para ocupar una amplia gama de cargos, en lugar de conceder derechos a todos. La corte juzgó necesario determinar, por lo tanto, qué personas en concreto estaban incluidas en la disposición.

La corte indicó que el Congreso tiene la facultad de prescribir cómo deben llevarse a cabo tales constataciones. La disposición relevante al respecto, según precisó, es el art. 5, que permite al Congreso promulgar la legislación apropiada para hacer cumplir la Decimocuarta Enmienda, lo cual está sujeto a revisión judicial ("Boerne v. Flores", 521 U. S. 507, 536 [1997]).

En cuanto a este caso en particular, la corte determinó que planteaba la cuestión de si los estados, además del Congreso, están facultados para aplicar el art. 3. Consideró que los estados pueden inhabilitar a las personas que ocupen o intenten

ocupar un cargo estatal, pero que no están facultados por la Constitución para hacer cumplir el art. 3 con respecto a los cargos federales, en especial la presidencia.

La corte señaló que, en el sistema federal estadounidense, "el Gobierno nacional solo posee poderes limitados; los estados y el pueblo conservan el resto" ("Bond v. United States", 572 U. S. 844, 854 [2014]). Entre esos poderes retenidos, afirmó, está el poder de un estado para "ordenar los procesos de su propio gobierno" ("Alden v. Maine", 527 U. S. 706, 752 [1999]). Indicó que, en particular, los estados gozan de la "facultad soberana de prescribir las cualificaciones de sus propios funcionarios" y la forma en que se los elige, "libre de injerencias externas, salvo en la medida en que lo disponga claramente la Constitución de los Estados Unidos" ("Taylor v. Beckham", 178 U. S. 548, 570-571 [1900]). Añadió que, aunque la Decimocuarta Enmienda restringe el poder estatal, nada en ella sustrae claramente a los estados esta autoridad tradicional. Después de la ratificación de la Decimocuarta Enmienda, explicó, los estados utilizaron esta autoridad para descalificar a los funcionarios estatales de conformidad con los estatutos estatales ("Worthy v. Barrett", 63 N. C. 199, 200, 204 [1869]; "State ex rel. Sandlin v. Watkins", 21 La. Ann. 631, 631-633 [1869]).

Sin embargo, señaló, este poder no se extiende a los cargos y candidatos federales. Dado que los funcionarios federales "deben su existencia y sus funciones a la voz unida de todo el pueblo, no de una parte de él", las facultades sobre su elección y cualificación deben ser específicamente "delegadas a los estados, y no retenidas por ellos" ("U. S. Term Limits, Inc. v. Thornton", 514 U. S. 779, 803-804 [1995], en referencia a J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* §627, p. 435 [3d ed. 1858]). No obstante, la corte observó que nada en la Constitución delega a los estados ningún poder para aplicar el art. 3 contra los titulares de cargos y candidatos federales.

Destacó que, además, ni siquiera los demandados sostenían que la Constitución autorizara a los estados a destituir a los funcionarios federales en ejercicio que pudieran estar violando el art. 3. Tal poder, sostuvo, desobedecería el principio de que la Constitución garantiza "la total independencia del Gobierno general de cualquier control por parte de los respectivos estados" ("Trump v. Vance", 591 U. S. 786, 800 [2020], en referencia a "Farmers and Mechanics Sav. Bank of Minneapolis v. Minnesota", 232 U. S. 516, 521 [1914]). Señaló que, de hecho, en consonancia con ese principio, los estados carecen incluso de poderes menores para emitir mandamientos judiciales contra funcionarios federales o para conceder *habeas corpus* a personas bajo custodia federal ("McClung v. Silliman", 6 Wheat. 598, 603-605 [1821]); "Tarble's Case", 13 Wall. 397, 405-410 [1872]).

Indicó que los demandados sostenían, no obstante, que los estados podían aplicar el art. 3 contra los candidatos a cargos federales. La corte aclaró que el texto de la Decimocuarta Enmienda, a primera vista, no delega afirmativamente tal poder a los estados. Solo se refiere, explicó, a la aplicación por parte del Congreso, que está facultado para aplicar la enmienda a través de la legislación, conforme al art. 5.

La corte observó que esto no era de extrañar, dado que las disposiciones sustantivas de la enmienda "incorporan limitaciones significativas a la autoridad estatal" ("Fitzpatrick v. Bitzer", 427 U. S. 445, 456 [1976]). En virtud de la enmienda, los estados no pueden restringir privilegios o inmunidades, privar a

las personas de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso, denegar la igualdad de protección o negar a los habitantes varones el derecho al voto (sin sufrir por ello una reducción de su representación en la Cámara). Por otra parte, la Decimocuarta Enmienda otorga nuevos poderes al Congreso para hacer cumplir sus disposiciones frente a los estados. Por lo tanto, de acuerdo con la corte, sería incongruente interpretar esta enmienda en particular como una concesión a los estados del poder de inhabilitar a un candidato a un cargo federal.

Las únicas otras fuentes constitucionales plausibles de tal delegación, observó la corte, son las Cláusulas sobre Elecciones y Electores, que autorizan a los estados a celebrar y regular las elecciones legislativas y presidenciales, respectivamente. Pero, según entendió, hay pocas razones para pensar que estas cláusulas autorizan implícitamente a los estados a aplicar el art. 3 contra los titulares de cargos y candidatos federales, y conceder a los estados esa autoridad invertiría el reequilibrio de poderes federales y estatales establecido en la Decimocuarta Enmienda.

De acuerdo con la corte, el texto del art. 3 refuerza estas conclusiones. Su frase final faculta al Congreso para "retirar" cualquier "inhabilidad" prevista en el art. 3 por dos tercios de los votos de cada cámara. Observó que el texto no impone límites a ese poder y que el Congreso, tal como lo habían reconocido los demandados, puede ejercerlo en cualquier momento. Señaló que, de hecho, históricamente, el Congreso ha ejercido a veces este poder de amnistía después de las elecciones para garantizar que algunos de los candidatos elegidos por el pueblo pudieran acceder al cargo. Pero advirtió que, en el caso de que los estados tuvieran libertad para aplicar el art. 3 e impedir a los candidatos presentarse, el Congreso se vería obligado a ejercer su poder de eliminación de la inhabilidad antes del comienzo de la votación si pretendiera que su decisión tuviera algún efecto en el ciclo electoral en curso. Consideró que tal vez un estado puede imponer una carga de este tipo a la autoridad del Congreso en el ejercicio de su poder soberano "exclusivo" sobre sus propios cargos públicos ("Taylor", 178 U. S., 571), pero que es inverosímil suponer que la Constitución delegó afirmativamente en los estados la autoridad para imponer tal carga al poder del Congreso con respecto a los candidatos a cargos federales ("McCulloch v. Maryland", 4 Wheat. 316, 436 [1819]).

La corte observó que los demandados no habían identificado ninguna tradición de aplicación estatal del art. 3 contra titulares de cargos o candidatos federales en los años posteriores a la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Esta falta de precedentes históricos suele ser un "indicio revelador" de un "grave problema constitucional" en relación con la facultad invocada ("United States v. Texas", 599 U. S. 670, 677 [2023], en referencia a "Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Bd.", 561 U. S. 477, 505 [2010]). La corte sostuvo que, a este respecto, se trataba de una señal especialmente reveladora, porque los estados sí habían inhabilitado el acceso a cargos estatales tras la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Ese patrón de inhabilitación respecto de los cargos estatales, pero no de los federales proporciona "pruebas persuasivas de un entendimiento general" de que los estados carecen de poder de ejecución con respecto a cargos federales (U. S. Term Limits, 514 U. S., 826).

La corte sostuvo que, por el contrario, es el Congreso el que desde hace tiempo ha dado efecto al art. 3 con respecto a los cargos federales existentes o potenciales. Recordó que, poco después de la ratificación de la enmienda, el Congreso había promulgado la Ley de Ejecución de 1870. La ley autorizaba a los fiscales federales de distrito a interponer acciones civiles ante los tribunales federales para destituir a cualquier persona que ocupara un cargo no legislativo, federal o estatal, y que hubiera violado el art. 3, y tipificaba como delito federal el hecho de ocupar o intentar ocupar un cargo en violación del art. 3. En los años posteriores a la ratificación, recordó, la Cámara de Representantes y el Senado habían ejercido las facultades exclusivas que les confería el art. I para resolver las impugnaciones en las que se alegaba que determinados diputados en ejercicio o futuros diputados no podían ocupar o conservar sus escaños debido al art. 3. La Ley de Confiscación de 1862, anterior al art. 3, proporcionaba efectivamente un procedimiento adicional para aplicar la inhabilitación. La ley convertía la participación en insurrección o rebelión, entre otros actos, en un delito federal punible con la inhabilitación para ocupar cargos. En la actualidad sigue vigente una disposición que sustituye estas disposiciones (18 U. S. C. § 2383).

Además, la corte consideró que permitir que los estados apliquen el art. 3 contra los titulares de cargos y candidatos federales plantearía serias dudas sobre el alcance de ese poder. Señaló que el art. 5 limita la legislación del Congreso que hace cumplir el art. 3, porque el art. 5 es estrictamente "correctivo" ("City of Boerne", 521 U. S., 520). Para cumplir con esa limitación, indicó, el Congreso "debe adaptar su esquema legislativo para remediar o prevenir" la conducta específica que la disposición pertinente prohíbe ("Florida Prepaid Postsecondary Ed. Expense Bd. v. College Savings Bank", 527 U. S. 627, 639 [1999]). El art. 3, a diferencia de otras disposiciones de la Decimocuarta Enmienda, proscribe conductas: prohíbe ocupar un cargo por el que se ha prestado el juramento habilitante luego de participar en insurrección o rebelión, nada más. Cualquier legislación del Congreso que haga cumplir el art. 3, sostuvo la corte, debe —al igual que la Ley de Ejecución de 1870 y el art. 2383— reflejar "congruencia y proporcionalidad" entre la prevención o el remedio de esa conducta "y los medios adoptados para ese fin" ("City of Boerne", 521 U. S., 520).

Observó, sin embargo, que cualquier aplicación estatal del art. 3 contra cargos y candidatos federales no se derivaría del art. 5, que solo confiere competencias al Congreso. En consecuencia, añadió, se podría argumentar que tal aplicación estatal tiene un alcance más amplio que el que podría tener la aplicación del Congreso en virtud de los precedentes. No obstante, sostuvo que la idea de que la Constitución concede a los estados más libertad que al Congreso para decidir cómo debe aplicarse el art. 3 con respecto a los cargos federales es sencillamente inverosímil.

Por último, señaló que la aplicación estatal del art. 3 con respecto a la presidencia suscitaría mayores preocupaciones: "en el contexto de unas elecciones presidenciales, las restricciones impuestas por el estado implican un interés nacional de singular importancia" ("Anderson v. Celebrezze", 460 U. S. 780, 794-795 [1983]). Añadió que, de todas formas, es muy poco probable que la resolución estado por estado de

la cuestión de si el art. 3 prohíbe a un candidato concreto a la presidencia ejercer el cargo produzca una respuesta uniforme que sea coherente con el principio básico de que "el presidente […] representa a todos los votantes de la nación" ("Anderson v. Celebrezze", 460 U. S. 795).

Observó que los resultados contradictorios de los estados en relación con el mismo candidato podrían ser el resultado no solo de las diferentes opiniones sobre el fondo, sino de las variaciones en la legislación estatal que rige los procedimientos necesarios para determinar la inhabilitación en virtud del art. 3. Algunos estados podrían permitir que la impugnación en virtud del art. 3 prospere basándose en la preponderancia de las pruebas, mientras que otros podrían exigir una demostración más rigurosa. Ciertas pruebas (como el informe del Congreso en el que se basaron los tribunales inferiores en este caso) podrían ser admisibles en algunos estados, pero inadmisibles en otros. La inhabilitación podría ser posible sólo a través de un proceso penal, en lugar de un procedimiento civil acelerado, en determinados estados. De hecho, en algunos estados, al contrario que Colorado, puede que no existan procedimientos para excluir de las elecciones a un candidato no cualificado. El resultado podría ser que un mismo candidato fuera declarado inelegible en algunos estados, pero no en otros, sobre la base de la misma conducta (y quizá incluso sobre los mismos hechos).

De acuerdo con la corte, el "mosaico" que probablemente resultaría de la aplicación estatal "cortaría el vínculo directo que los constituyentes consideraron tan crítico entre el Gobierno nacional y el pueblo de los Estados Unidos" en su conjunto ("U. S. Term Limits", 514 U. S., 822). Pero en una elección presidencial "el impacto de los votos emitidos en cada estado se ve afectado por los votos emitidos" —o, en este caso, los votos que no se permite emitir— "a favor de los diversos candidatos en otros estados". ("Anderson", 460 U. S., 795). Consideró que un mapa electoral cambiante podía alterar drásticamente el comportamiento de los votantes, los partidos y los estados en todo el país. Agregó que la perturbación podría ser aún más aguda —y anular los votos de millones de personas y cambiar el resultado de las elecciones— si la aplicación del art. 3 se intentara después de la votación. Finalmente, sostuvo que no había nada en la Constitución que obligara a soportar semejante caos.

Por las razones expuestas, concluyó que la responsabilidad de hacer cumplir el art. 3 contra los titulares de cargos y candidatos federales recaía en el Congreso y no en los estados. Por lo tanto, revocó la sentencia del Tribunal Supremo de Colorado.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, "Donald J. Trump, petitioner v. Norma Anderson *et al.*", sentencia del 4-3-2024, en https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/23-719_19m2.pdf

FRANCIA

Derecho administrativo. Derecho a la libertad de expresión. Libertad de manifestación. Conflicto israelí-palestino. (Francia).

Antecedentes del caso: el 12 de octubre de 2023, el ministro del Interior y de Ultramar de Francia envió un telegrama a los prefectos en el que afirmaba que las "manifestaciones propalestinas" debían prohibirse debido a las alteraciones del orden público que podían generar. La asociación Comité Action Palestine solicitó al juez de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado que suspendiera con carácter de urgente la orden del ministro y condenara a la autoridad administrativa a pagar €1500 en virtud de lo dispuesto en el art. L. 761-1 del Código de Justicia Administrativa.

Sentencia: el juez de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado desestimó el recurso interpuesto con carácter de urgencia contra la orden del ministro del Interior de prohibir las manifestaciones de apoyo a la causa palestina.

Tras precisar el alcance que el ministro pretendía dar a este telegrama, redactado de forma tosca, el juez recordó que correspondía exclusivamente a los prefectos apreciar si una manifestación debía prohibirse en función del riesgo de perturbación del orden público. Ninguna prohibición puede basarse únicamente en este telegrama o en el solo hecho de que la manifestación tenga por objeto apoyar a la población palestina.

Aunque el juez lamentó la redacción del telegrama, observó que los representantes del Estado en la audiencia, así como las declaraciones públicas del ministro, habían dejado en claro su intención: recordar a los prefectos que les corresponde, en el ejercicio de sus competencias, prohibir las manifestaciones de apoyo a la causa palestina que justifiquen o promuevan públicamente, directa o indirectamente, actos terroristas como los cometidos en Israel el 7 de octubre de 2023 por miembros de la organización Hamás.

El juez reiteró que correspondía exclusivamente a los prefectos apreciar, caso por caso y bajo el control del juez administrativo, si existían motivos para prohibir una manifestación que tuviera un vínculo directo con el conflicto israelí-palestino, independientemente de la parte a la que se pretendiera apoyar. Los prefectos no pueden prohibir una manifestación con la simple remisión al telegrama enviado por el ministro o con el único argumento de que la manifestación en cuestión busca apoyar a la población palestina. Por otra parte, el juez señaló que, en el contexto actual, marcado por fuertes tensiones internacionales y por un recrudecimiento de los actos antisemitas en Francia, las manifestaciones de apoyo a Hamás —organización en el punto de mira de la lucha antiterrorista a nivel europeo— o que promuevan o justifiquen atentados terroristas como los perpetrados el 7 de octubre podían provocar alteraciones del orden público, tal como indica el telegrama.

Por estas razones, el juez de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado consideró que el telegrama enviado a los prefectos no vulneraba de forma grave y manifiestamente ilegal la libertad de manifestación y la libertad de expresión y desestimó la solicitud presentada por la asociación Comité Action Palestine.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, "Décision en référé n° 488860, Association Comité Action Palestine", sentencia del 18-10-2023, en https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2023-10-18/488860



Derechos de las personas migrantes. Ley de inmigración. Anulación total o parcial de artículos y reserva de interpretación. Declaración de conformidad con la Constitución de artículos entre los cuales uno sobre el compromiso del inmigrante a respetar los principios de la República. (Francia).

Antecedentes del caso: el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional, más de 60 diputados y más de 60 senadores solicitaron al Consejo Constitucional de Francia la revisión de la ley de control de la inmigración y mejora de la integración, adoptada el 19 de diciembre de 2023.

El Presidente de la República no invocó ninguna impugnación en particular. El Presidente de la Asamblea Nacional solicitó al consejo que se pronunciara sobre la inclusión en la ley de los arts. 11 y 19 y sobre la constitucionalidad de los arts. 1, 3 y 19. Los diputados y senadores impugnaron la inclusión de los arts. 3, 4, 5, 6, 17, 19, 24, 25, 26 y 39 y la constitucionalidad de los arts. 1, 3, 4 y 19, así como determinadas disposiciones de los arts. 5, 35, 37 y 70. Los diputados impugnaron la inclusión de los arts. 2, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 32, 33, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 58, 63, 67, 68 y 69 así como la constitucionalidad de los arts. 12, 14, 15, 32, 38, 42 y 58 y determinadas disposiciones de los arts. 9, 46, 65, 66, 67, 72, 76, 77 y 81. Los senadores impugnaron la inclusión del art. 81 y la constitucionalidad de los arts. 6 y 11.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia revisó los artículos contenidos en la ley de inmigración y mejora de la integración adoptada el 19 de diciembre de 2023, anuló total o parcialmente algunos de ellos, formuló reservas sobre otros y declaró total o parcialmente conformes a la Constitución a otros.

El Consejo Constitucional anuló total o parcialmente las siguientes disposiciones por haber sido adoptadas en violación del art. 45 de la Constitución,

cuyo primer párrafo enuncia que toda enmienda es admisible si tiene relación, aunque sea indirecta, con el texto presentado o transmitido:

a. los arts. 3, 4 y 5, por los que se modifican determinadas condiciones que permiten a un extranjero residente legal reunirse con miembros de su familia en el marco de la reagrupación familiar;

b. los arts. 6 y 8, que modifican determinadas condiciones relativas al vínculo que un extranjero debe tener con un francés o un extranjero titular de un permiso de residencia para que se le expida un permiso de residencia por motivos familiares;

c. los arts. 9 y 10, que modifican determinadas condiciones de otorgamiento de un permiso de residencia por motivos de estado de salud del extranjero;

d. los arts. 11, 12 y 13, relativos, por una parte, a determinadas condiciones de otorgamiento de un permiso de residencia a efectos de estudios y, por otra, a los derechos de inscripción de los estudiantes extranjeros en determinados establecimientos de enseñanza superior;

e. el art. 15, que excluye a los extranjeros en situación irregular del beneficio de la reducción de tarifas en determinados transportes de la región de Île-de-France que se concede a quienes cumplen con la comprobación de recursos;

f. el art. 16, que prevé el otorgamiento automático de un visado de larga duración a los ciudadanos británicos que posean una segunda residencia en Francia;

g. el art. 17, que impone una multa penal por la residencia ilegal de un extranjero mayor de edad;

h. el art. 19, que supedita el derecho a la vivienda, la ayuda personal a la vivienda, el subsidio personalizado de autonomía y las prestaciones familiares para los extranjeros no comunitarios a la residencia en Francia durante al menos cinco años o a la afiliación a una actividad profesional durante al menos 30 meses;

i. los arts. 24, 25, 26 y 81, que reforman determinadas normas del Código Civil relativas al derecho de nacionalidad;

j. los apartados III y IV del art. 47, que establecen que la ayuda internacional al desarrollo debe tener en cuenta el grado de cooperación de los Estados en la lucha contra la inmigración ilegal;

k. el art. 67, que modifica las condiciones de alojamiento de emergencia para determinadas categorías de personas sin hogar o en situación de desamparo.

El Consejo Constitucional también anuló parcialmente, en cuanto al fondo, el art. 1 de la ley en cuestión, que prevé que el Parlamento fije el número de extranjeros autorizados a instalarse en Francia. El objetivo de esas disposiciones era, por un lado, obligar al Parlamento a celebrar un debate anual sobre las orientaciones plurianuales de la política de inmigración e integración y, por el otro, instar al Gobierno a presentar un informe al Parlamento. También estipulaban que el Parlamento debía determinar el número de extranjeros admitidos a instalarse definitivamente en Francia para los tres años siguientes, por cada categoría de residencia con excepción del asilo, ello teniendo en cuenta el interés nacional, y precisaban que el objetivo en materia de inmigración familiar debía establecerse respetando los principios vinculados a tal

derecho. En aplicación de una jurisprudencia consolidada, el Consejo Constitucional dictaminó que no se desprendía del art. 48 de la Constitución ni de ninguna otra prescripción constitucional que el poder legislativo pudiera obligar al Parlamento a organizar un debate en sesión pública o a fijar determinados objetivos numéricos en materia de inmigración. En efecto, tal obligación podría obstaculizar las prerrogativas que la Constitución otorga al Gobierno o a cada una de las Asambleas, según el caso, para fijar el orden del día. Asimismo, el consejo consideró que el resto del art. 1, que se limita a prever la presentación de un informe para garantizar la información del Parlamento, no vulneraba ninguna prescripción constitucional.

El consejo anuló, en cuanto al fondo, el art. 38 de la ley, que autoriza la toma de huellas dactilares y de fotografías de extranjeros sin su consentimiento. En virtud de este artículo, un agente de la policía judicial podría recurrir a la coacción en caso de que el extranjero se negara a someterse a estas operaciones durante un control en las fronteras exteriores o en el marco de una detención destinada a comprobar su derecho a circular o residir en territorio francés. El Consejo Constitucional recordó que de los arts. 2, 4 y 9 de la Declaración de 1789 emana el principio según el cual la libertad personal no puede verse obstaculizada por un rigor innecesario. Al respecto, el Consejo Constitucional entendió que, con esas disposiciones, el legislador pretendía facilitar la identificación de los extranjeros en situación irregular y perseguir el objetivo de luchar contra la inmigración ilegal, que forma parte de la salvaguardia del orden público, objetivo de valor constitucional. Sin embargo, señaló que, por una parte, esas disposiciones se limitan a prever que todo agente de la policía judicial que decida tomar huellas dactilares o fotografías sin el consentimiento de la persona interesada deberá informar previamente al fiscal y, por tanto, esas operaciones no están sujetas ni a la autorización del fiscal, que recibe una solicitud motivada a tal efecto, ni a la prueba de que constituyen el único medio de identificación de la persona que se niega a someterse a ellas. Por otra parte, ni las disposiciones impugnadas ni ninguna otra disposición prevén que, cuando la persona controlada o detenida hubiera solicitado la asistencia de un abogado, deban tomarse huellas dactilares o fotografías sin el consentimiento de la persona y en presencia del abogado. Por estas razones, el consejo dedujo que las disposiciones impugnadas privaban de garantías jurídicas a las citadas prescripciones constitucionales.

El Consejo Constitucional también expresó reservas sobre la declaración de conformidad con la Constitución de los arts. 14 y 42 de la ley. El art. 14 prevé, a título experimental, que cuando la autoridad administrativa considere denegar el otorgamiento o la renovación de un permiso de residencia solicitado por un extranjero, examinará todos los motivos susceptibles de justificar el otorgamiento de algunos otros permisos de residencia y que, en caso de denegación de la admisión a la residencia, toda nueva solicitud presentada por el extranjero antes del vencimiento del plazo de un año será declarada inadmisible, a menos que existieran nuevos elementos de hecho o de derecho. El consejo sostuvo, en particular, que, salvo que se desconozcan los derechos y libertades fundamentales reconocidos a todas las personas que residen en el territorio de la República, estas disposiciones deben entenderse en el sentido de que obligan a la autoridad administrativa a informar al extranjero, en el momento de presentar su solicitud, de que debe presentar todos los justificantes necesarios

para evaluar su situación en relación con todos los motivos susceptibles de justificar el otorgamiento de uno de los permisos de residencia objeto del experimento. En relación con el art. 42, que amplía a un año, renovable dos veces, la duración del arresto domiciliario al que pueden ser sometidos determinados extranjeros objeto de una orden de expulsión, el Consejo Constitucional dictaminó, en particular, que la renovación de la medida de arresto domiciliario más allá de un año aumenta su severidad. Por consiguiente, corresponde a la autoridad administrativa decidir, para cada renovación, las condiciones y los lugares del arresto domiciliario, teniendo en cuenta, en las limitaciones impuestas al interesado, el tiempo pasado bajo este régimen y los vínculos familiares y personales que hubiera establecido.

Finalmente, el Consejo Constitucional declaró total o parcialmente conformes con la Constitución a otros diez artículos de la ley. Entre ellos, el art. 46, que prevé que los extranjeros que deseen obtener un permiso de residencia deben firmar un contrato en el que se comprometen a respetar los principios de la República. En particular, el consejo estimó que, lejos de ignorar las exigencias constitucionales, el legislador pudo, para garantizar su protección, prever que el extranjero que solicita el otorgamiento de un documento de residencia deba comprometerse a respetar ciertos principios, entre ellos la libertad de expresión y de conciencia, impuestos a todos los residentes en el territorio de la República. Para ello, exigió que los extranjeros que no estuviesen en la misma situación que los ciudadanos suscribieran un contrato en el que se comprometieran a respetar la libertad personal, la libertad de expresión y de conciencia, la igualdad entre mujeres y hombres, la dignidad de la persona humana, la divisa y los símbolos de la República, en el sentido del art. 2 de la Constitución, la integridad territorial, definida por las fronteras nacionales, y a no utilizar sus creencias o convicciones como pretexto para desconocer las normas comunes que rigen las relaciones entre los servicios públicos y los particulares.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.° 2023-863-DC del 25-1-2024, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2024/2023863DC.htm

ITALIA

Derecho a la igualdad. Derecho a la identidad social de la persona. Derecho a la salud. Derecho a la autodeterminación. Derecho a la no discriminación. **Rectificación de atribución de sexo**. Género no binario. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Bolzano planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad del art. 1.° de la Ley n.° 164/1982 sobre rectificación de la atribución de sexo —en relación con los arts. 2, 3, 32 y 117.1 de la Constitución italiana (este último, a su vez, en relación con el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) —, en la medida en que no prevé que el sexo asignado mediante sentencia de rectificación de la atribución de sexo pueda ser "otro", diferente al masculino y al femenino. El tribunal hizo lo propio con respecto al art. 31.4 del Decreto Legislativo n.° 150/2011, sobre reducción y simplificación de los procedimientos civiles, que vulneraría los arts. 2, 3 y 32 de la Constitución en la medida en que somete a autorización judicial la realización de tratamientos médicos y quirúrgicos para la adaptación de los caracteres sexuales necesarios a efectos de la rectificación.

El juez remitente refirió que entendía en un caso de una persona de género femenino que no se reconocía ni como mujer ni como varón, sino como de género no binario. La persona había acudido a los centros sanitarios públicos que le habían dado un diagnóstico de disforia o incongruencia de género por identificación no binaria con tendencia al polo masculino. Había solicitado la rectificación de atribución de sexo del femenino a "otro", el cambio de su nombre de pila a uno masculino y el reconocimiento del derecho a someterse a cualquier intervención médico-quirúrgica en sentido mujer-hombre (principalmente una mastectomía).

El juez remitente sostuvo que, si bien el art. 1.° de la Ley n.° 164/1982 no se refiere expresamente a la necesidad de obtener una rectificación en términos estrictamente binarios, debe considerarse que la normativa vigente sobre el estado civil está implícitamente conformada por los géneros femenino y masculino y que, por tanto, no puede configurarse rectificación alguna con atribución a un tercer género.

Según el juez remitente, la imposibilidad de atribuir el género no binario en la rectificación menoscaba la identidad social de la persona, su salud entendida como bienestar psicofísico y el respeto a su vida privada y familiar. Asimismo, afirmó que vulneraba el principio de igualdad, ya que la rectificación sólo estaría permitida para las personas con una identidad binaria, con exclusión injustificada de quienes, por el contrario, sienten que pertenecen a un género no binario.

Por otra parte, el juez remitente estimó que, cuando el régimen que autoriza los tratamientos médicos y quirúrgicos para la adaptación de los caracteres sexuales

prescribe una revisión judicial de la elección terapéutica de un adulto, restringe injustificadamente sus derechos a la autodeterminación y a la salud, y lo discrimina en relación con quienes deben someterse a una intervención quirúrgica igualmente irreversible, pero con una finalidad distinta a la atribución del sexo.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 31.4 del Decreto Legislativo n.° 150/2011, en la medida en que dispone que se requiere la autorización de un tribunal para un tratamiento médico-quirúrgico, aun cuando las modificaciones de los caracteres sexuales ya producidas sean consideradas suficientes por el tribunal para acoger la demanda de rectificación de la atribución de sexo. Asimismo, declaró inadmisible el planteo de inconstitucionalidad del art. 1.° de la Ley n.° 164/1982, en relación con los arts. 2, 3, 32 y 117.1 de la Constitución, y este último, a su vez, en relación con el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La corte consideró que, pese a poner de manifiesto un problema de índole constitucional, las cuestiones planteadas con respecto al art. 1.° de la Ley n.° 164/1982 eran inadmisibles y quedaban fuera del ámbito de su propia revisión.

La corte recordó que varios ordenamientos europeos —más recientemente el alemán, con la ley sobre la autodeterminación en materia de registro de sexo— han reconocido y regulado la identidad no binaria, aunque de formas diferentes. La Corte Constitucional de Bélgica, en efecto, ha cuestionado la determinación binaria de la legislación sobre transición de género y ha desaprobado la injustificada desigualdad de trato entre quienes se sienten pertenecientes al sexo masculino o femenino y quienes no se identifican con ninguno de los dos sexos. El propio derecho de la Unión Europea, para facilitar la circulación de documentos públicos entre los Estados miembros, dictó el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6-7-2016, por el que se promueve la libre circulación de los ciudadanos mediante la simplificación de los requisitos para la presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, que presenta formularios estándar que llevan en el epígrafe "sexo" tres opciones: "femenino", "masculino" e "indeterminado".

La corte señaló que, sin embargo, las indicaciones que provienen de los ordenamientos de los estados europeos y de las cortes internacionales aún no son unívocas. En efecto, aunque se ha mostrado firme a la hora de conceder protección convencional a la transición a un género binario desde la sentencia "Christine Goodwin c. Reino Unido", del 11-7-2002, la Corte Europea de Derechos Humanos ha descartado recientemente que el art. 8 del CEDH imponga a los Estados una obligación positiva de registro no binario, ya que aún no puede considerarse que exista un consenso europeo al respecto ("Y. c. Francia", sentencia del 31-1-2023). En sentido análogo, la corte apuntó que el Tribunal Supremo del Reino Unido ya se había pronunciado sobre la identificación no binaria mediante un marcador "X" en los pasaportes ("Elan-Cane, UKSC 56", sentencia del 15-12-2021).

La corte observó que la posible percepción de la persona de no pertenecer ni al sexo femenino ni al masculino —de lo que surge la exigencia de que se reconozca

su identidad como "otra"— genera una significativa situación de incomodidad con respecto a la centralidad que el ordenamiento constitucional le reconoce al principio personalista (art. 2 de la Constitución). En opinión de la corte, en la medida en que puede inducir a la disparidad de trato o comprometer el bienestar psicofísico de la persona, esta condición también puede plantear un tema de respeto de la dignidad social y de tutela de la salud, a la luz de los arts. 3 y 32 de la Constitución.

Asimismo, la corte destacó que, en varios ámbitos de la comunidad nacional, se advierte progresivamente una sensibilidad hacia esta realidad minoritaria, como lo demuestra, entre otras cosas, la práctica de las "carreras *alias*", mediante las cuales varias instituciones de educación secundaria y universitaria permiten a los estudiantes asumir, a los fines administrativos internos, una identidad —incluso no binaria— coherente con el género percibido. La corte entendió que estas consideraciones, junto con las indicaciones del derecho comparado y de la Unión Europea, llaman la atención del legislador —primer intérprete de las sensibilidades sociales— sobre la condición no binaria.

Por otra parte, en opinión de la corte, la posible introducción de un tercer tipo de estado civil tendría un impacto general, que requeriría necesariamente una intervención legislativa en los diversos sectores del ordenamiento jurídico, y en las numerosas instituciones actualmente reguladas con una lógica binaria. Por ejemplo, el binarismo de género configura el derecho de familia, el derecho laboral, el derecho deportivo y el derecho a la intimidad (en lugares como cárceles, hospitales, etc.). La rectificación en sentido no binario también afectaría la normativa sobre el estado civil, no sólo por la necesidad de acuñar una nueva voz a la inscripción registral, sino también en lo que respecta al nombre de la persona. En efecto, el art. 35.1 del Decreto Presidencial n.º 396/2000 establece el principio de correspondencia entre nombre y sexo, principio que debería ser sustituido o al menos relativizado en los casos de personas con una identidad no binaria, ya que en Italia los nombres ambiguos son muy escasos.

En relación con el art. 31.4 del Decreto Legislativo n.° 150/2011, la corte afirmó que, dado que el recorrido de la transición de género puede realizarse mediante tratamiento hormonal y apoyo psicológico-conductual y, por tanto, sin una rectificación quirúrgica, la prescripción de autorización judicial denota una flagrante irrazonabilidad. En estos casos, el régimen de autorización, al no servir para determinar los requisitos previos a la rectificación —que ya se han producido con independencia del tratamiento quirúrgico—, vulnera el art. 3 de la Constitución, en la medida en que ya no se corresponde con la *ratio legis*.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.° 143/2024, del 3-7-2024, en https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2024:143

Derecho de familia. Divorcio. Pensión de divorcio: cómputo del período de convivencia prematrimonial. (Italia).

Antecedentes del caso: la Cámara de Apelaciones de Bolonia, Italia, modificó parcialmente una decisión de primera instancia, relativa al divorcio entre M. M. L. y F. A., que había asignado la residencia conyugal a la primera, y, al segundo, el pago de una pensión de divorcio de €1600 mensuales, una contribución para la manutención del hijo de €700 mensuales y el 100 % de los gastos extraordinarios.

La Cámara de Apelaciones redujo a €400 mensuales tanto la pensión de divorcio como la contribución paterna a la manutención del hijo. Asimismo, comprobó que los ingresos actuales del ex marido no podían determinarse en €10 000 al mes —como había sostenido el tribunal de primera instancia—, sino que, teniendo en cuenta sus gastos, y aunque fueran superiores a los que había declarado a Hacienda, podían estimarse en €2500 al mes. Por otra parte, observó que la ex esposa no contaba con ingresos laborales, dado que no había trabajado antes ni después del casamiento debido a la situación acomodada de su familia de origen, y no por haberse dedicado al cuidado del marido y del hijo. En efecto, no se desprendía de las actuaciones que ella hubiera sacrificado sus aspiraciones personales para dedicarse únicamente a su familia y que hubiera renunciado a sus esfuerzos por establecerse en el mundo laboral. La Cámara de Apelaciones contempló estas cuestiones solo en relación con el período de duración del vínculo matrimonial, es decir, del 2003 al 2010, y no también en relación con el período anterior de convivencia prematrimonial a partir de 1996, ya que sostuvo que las obligaciones nacían a partir del matrimonio, pero no de la convivencia.

M. M. L. recurrió ante la Corte de Casación de Italia contra la decisión de la Cámara de Apelaciones de Bolonia y se fundó en tres motivos. En el primero, alegó, con arreglo al art. 360.3 del Código Procesal Civil, la violación y falsa aplicación del art. 5.6 de la Ley 898/1970, porque la Cámara de Apelaciones no habría tomado en consideración —en lo concerniente a su contribución al núcleo familiar en dinero proveniente de su familia de origen y a su rol de ama de casa y madre— el período ininterrumpido y estable de convivencia prematrimonial, dentro del cual había nacido el hijo de la pareja. En opinión de M. M. L., no existirían diferencias entre el comportamiento de los cónyuges en la fase prematrimonial y en la conyugal, sobre todo en relación con las elecciones comunes de organización de la vida familiar y de distribución de los respectivos roles. En el segundo motivo, alegó la violación del mismo artículo, porque la Cámara de Apelaciones habría considerado preponderante el criterio compensatorio y obviado por completo el asistencial. También invocó una interpretación incorrecta del criterio compensatorio por resultar innecesario, a tales fines, que el cónyuge económicamente más débil hubiera sacrificado sus aspiraciones laborales. En verdad, lo que resultaba necesario era que hubiera contribuido eficazmente al mantenimiento del hogar y a la formación del patrimonio común. En el tercer motivo, M. M. L. alegó la violación del art. 6 de la misma Ley 898/1970, porque

la Cámara de Apelaciones no habría valorado correctamente el patrimonio paterno a los fines de la determinación de la contribución para alimentos del hijo.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia acogió los primeros dos motivos del recurso y declaró inadmisible el tercero. Anuló la sentencia recurrida y remitió las actuaciones a la Cámara de Apelaciones de Bolonia con diferente composición.

En primer lugar, la Corte de Casación se refirió a la normativa en cuestión, es decir, al art. 5.6 de la Ley n.° 898/1970, modificado por el art. 10 de la Ley n.° 74/1987, que dispone lo siguiente: "En la sentencia de disolución o extinción de los efectos civiles del matrimonio, el juez —teniendo en cuenta las circunstancias de los cónyuges, los motivos de la decisión, la contribución personal y económica de cada uno al funcionamiento de la familia y a la formación del patrimonio de cada cónyuge, del patrimonio común o de los ingresos de ambos cónyuges, y habiendo evaluado todos los elementos anteriores, incluso en relación con la duración del matrimonio— determina que uno de los cónyuges está obligado a proporcionar al otro una asignación periódica cuando este no disponga de medios suficientes o no pueda obtenerlos por razones objetivas".

La Corte de Casación también hizo referencia a la Ley n.° 76/2016, en la que había reconocido la convivencia de hecho entre dos personas de igual o distinto sexo. En efecto, según el inciso 36 de la ley, se entiende por "convivientes de hecho" a dos personas mayores de edad unidas de manera estable por vínculos afectivos de pareja y de recíproca asistencia moral y material, no vinculadas por relaciones de parentesco, afinidad, adopción, matrimonio o unión civil. El juez, a petición de una de las partes, puede establecer el derecho del conviviente a recibir una pensión alimenticia del otro en caso de cese de la convivencia, la que se concede por un período proporcional a la duración de la convivencia.

Con respecto a la pensión de divorcio, la Corte de Casación, en su sentencia n.° 11490/1990, había sostenido que la pensión periódica de divorcio, en el régimen introducido por el art. 10 de la Ley n.° 74/1987, tenía un carácter exclusivamente asistencial, de modo que debía denegarse si se solicitaba únicamente sobre la base de premisas diferentes, como la contribución personal y económica de uno de los cónyuges al patrimonio del otro, ya que su concesión se basa en la insuficiencia de medios del cónyuge solicitante para mantener un nivel de vida similar al que gozaba durante el matrimonio. No se exigía un estado de necesidad, sino un deterioro apreciable —como consecuencia del divorcio— de las condiciones económicas anteriores, que debían ser retomadas para restablecer un cierto equilibrio. Cuando existe ese requisito previo, la liquidación efectiva de la pensión debe efectuarse sobre la base de la valoración ponderada y bilateral de los criterios establecidos por la ley (condiciones de los cónyuges, motivación de la decisión, contribución personal y económica de cada uno al funcionamiento de la familia y a la formación del patrimonio de cada cónyuge o del patrimonio común, ingresos de ambos y duración del matrimonio), en el momento de la sentencia de divorcio. A estos últimos efectos, sin embargo, el juez de primera instancia, siempre que lo justifique adecuadamente, no está obligado a utilizar todos los criterios mencionados, ni siquiera en relación

con las deducciones y solicitudes de las partes, sin perjuicio de la valoración de su influencia en la medida de la propia asignación.

En la sentencia n.° 11504/2017, la Corte de Casación había cambiado el parámetro de la idoneidad de los medios: en efecto, había afirmado que estos eran adecuados, en virtud del principio de autorresponsabilidad, si garantizan "la independencia o la autosuficiencia económica", más allá del nivel de vida alcanzado durante el matrimonio.

La Corte de Casación también recordó que, en 2018, había señalado que la autorresponsabilidad debía estar presente en toda la historia de la vida matrimonial y no aparecer únicamente en el momento de su finalización. Así, desde el inicio del matrimonio (o de la unión civil), cuando se acuerdan las opciones fundamentales sobre cómo organizarlo y las principales normas que lo regirán, hasta las distintas etapas posteriores en las que las opciones iniciales se vuelven a debatir repetidamente y posiblemente se modifican, la autorresponsabilidad a cargo de la pareja siempre debe estar presente. Luego, cuando la relación de pareja llega a su fin, la autorresponsabilidad pasa a ser de cada una de las partes. Ambas están obligadas a procurarse los medios que les permitan vivir de forma autónoma y digna, incluso la parte más débil económicamente.

La Corte de Casación sostuvo que la convivencia y el matrimonio son modelos familiares de los que surgen obligaciones de solidaridad moral y material, incluso después de la cesación de la unión institucional y de la unión de hecho. Por eso, a los fines del reconocimiento de la pensión de divorcio, la apreciación de la insuficiencia de los medios económicos de que dispone la persona solicitante debe efectuarse mediante una ponderación global de toda la historia familiar en relación con el contexto específico, y una valoración comparativa de las condiciones económicas y patrimoniales de las partes, que tenga en cuenta también la contribución de la persona solicitante al funcionamiento de la vida familiar y a la formación del patrimonio común y personal de cada uno de los ex cónyuges, en relación con la duración del matrimonio y la edad del derechohabiente. Esta apreciación debe considerar no solo la función asistencial de la prestación de divorcio, sino también de compensación y equiparación, derivada directamente del principio constitucional de solidaridad.

En opinión de la corte, la convivencia prematrimonial es actualmente un fenómeno consuetudinario cada vez más consolidado en la sociedad. Existe un reconocimiento creciente, en los datos estadísticos y en la percepción de las personas, de los vínculos de hecho entendidos como formaciones familiares y sociales iguales en dignidad al matrimonio. En efecto, especialmente en el ámbito del derecho de familia, es recurrente la necesidad de que la jurisprudencia contemple la evolución de las costumbres sociales en la interpretación de la noción de "familia" —concepto caracterizado por una mezcla intrínseca de "hecho y derecho"— y en la de los distintos modelos de familia.

En definitiva, la corte enunció el principio siguiente: a efectos, de conformidad con el art. 5.6 de la Ley n.° 898/1970, de la concesión y cuantificación de la pensión de divorcio (que no solo tiene carácter asistencial, sino también de equiparación y compensación) — en los casos en que el matrimonio esté precedido por una

convivencia prematrimonial ininterrumpida y estable que responda a un proyecto de vida en común, de la que se derivan aportaciones económicas recíprocas, cuando surja una relación de continuidad entre la fase "de hecho" de esa misma unión y la "de derecho" del vínculo matrimonial—, deberá tenerse en cuenta también el período de convivencia prematrimonial, a efectos de la necesaria comprobación de la contribución de la persona solicitante de la pensión al funcionamiento de la familia y a la formación del patrimonio común y personal de cada uno de los cónyuges. Es necesario examinar la existencia, durante la convivencia prematrimonial, de opciones compartidas por la pareja que hayan configurado su vida dentro del matrimonio y a las que sea posible atribuir, a partir del nexo causal pertinente, sacrificios o renuncias, en particular a la vida laboral/profesional del cónyuge económicamente más débil, que, tras el divorcio, no haya podido garantizar una manutención adecuada.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 35385 del 18-12-2023, en https://www.njus.it/upload/news/6670/SSUU_35385_12_2023.pdf

Derecho del trabajo. Descenso de categoría. Indemnización. (Italia).

Antecedentes del caso: Annarita D'Alessandro, empleada del Banco B. T. Spa con una antigüedad de 20 años, ocupaba, desde 2011, el cargo de responsable de la secretaría de créditos en la sede central del banco. En diciembre de 2013, por medio de una misiva, se le dio el pase a una sucursal periférica, primero con el cargo de subdirectora de la sucursal y, después, desde mayo de 2014, con el de responsable de operaciones.

D'Alessandro presentó una demanda ante el Tribunal de Chieti. Solicitó que se reconociese el descenso de categoría dispuesto por el banco y el traslado de sucursal, que se ordenara restituirle sus funciones de responsable de la secretaría de créditos en la sede central y que se condenara al empleador al pago de una indemnización por daños y perjuicios. El tribunal condenó al banco a reintegrar a la demandante a las tareas desempeñadas hasta diciembre de 2013 o en tareas equivalentes y al pago de una indemnización por el perjuicio causado por el descenso de categoría, que fijó en €87 587 (equivalentes al 50 % de la retribución total mensual real percibida por la demandante en diciembre de 2013 multiplicada por los 42 meses transcurridos desde esa fecha hasta junio de 2017, cuando se dictó la sentencia).

El banco apeló ante el Tribunal de Apelaciones de L'Aquila, que modificó en parte la sentencia de primera instancia. Rechazó la demanda de reintegración a las funciones anteriormente desempeñadas y condenó al banco al pago de una indemnización equivalente al 50 % de la retribución global percibida en el período de descenso de categoría, desde diciembre de 2013 a junio de 2015.

D'Alessandro interpuso un recurso ante la Corte de Casación contra la sentencia del Tribunal de Apelaciones de L'Aquila. En su primer motivo alegó una violación y falsa aplicación de los arts. 2103 del Código Civil, modificado por el art. 3.1 del Decreto Legislativo n.° 81/2015 (Normativa orgánica de los convenios de trabajo y revisión de las normativas en materia de empleo), y 11 de las disposiciones preliminares del Código Civil, toda vez que el Tribunal de Apelaciones había calificado el descenso de categoría como ilícito permanente. Sostuvo que, por el contrario, se trataba de un delito instantáneo aunque con efectos permanentes, por lo que la nueva normativa introducida por el Decreto Legislativo n.º 81/2015 no era aplicable, dado que el acto ilícito del empleador había ocurrido en diciembre de 2013, fecha en que aún no había entrado en vigor la modificación del art. 2103 del Código Civil por el Decreto Legislativo n.º 81/2015.

En su segundo motivo, la recurrente alegó una violación y falsa aplicación de los arts. 2103 del Código Civil y 82, 83 y 93 del Convenio Colectivo Nacional de Trabajo del 19 de enero de 2012. Alegó que el Tribunal de Apelaciones no había tenido en cuenta que el convenio de trabajo no prevé el desglose de la categoría jurídica de mandos intermedios en niveles diferenciados, por lo que la nueva norma —que introduce un principio de intercambiabilidad de las tareas evaluada con anterioridad por el legislador— no era aplicable. Asimismo, sostuvo que el Tribunal de Apelaciones había considerado que las nuevas tareas se encuadraban en el nivel de cuadro directivo, tal como se regula en el convenio de trabajo, cuando, en la medida en que se trataba de funciones meramente ejecutivas, eran propias de un empleado administrativo de la 3.ª área profesional, a lo sumo encuadrable en el 4.° nivel retributivo del convenio de trabajo, y ciertamente no de un cuadro directivo.

En su tercer motivo, invocado en virtud del art. 360.1, núm. 5, del Código Procesal Civil, la recurrente alegó la falta de examen de un hecho decisivo, objeto de discusión entre las partes, en la medida en que el Tribunal de Apelaciones no había declarado que el convenio de trabajo, en relación con el personal directivo, no preveía un desglose en niveles con distintos perfiles profesionales y funciones, todos ellos igualmente exigentes. La recurrente supuso que, en presencia de la estructura del convenio de trabajo, la nueva redacción del art. 2103 del Código Civil era inaplicable, porque presupone la existencia de un desglose de una misma categoría jurídica de clasificación en varios niveles, lo que no existía en este caso.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia desestimó el primer motivo del recurso, acogió el segundo y declaró absorbido el tercero. Asimismo, declaró la inadmisibilidad del recurso incidental. Anuló la sentencia recurrida y la devolvió al Tribunal de Apelaciones de L'Aquila para que, con una composición diferente, se expida sobre el fondo en relación con el motivo acogido, únicamente en relación con el período posterior al 24 de junio de 2015, y para que se impongan las costas procesales en el juicio de primera instancia y en el de casación.

La Corte de Casación consideró que el primer motivo alegado por la recurrente era infundado. Observó que, en muchas de sus decisiones, había afirmado que la conducta del empleador daba lugar a un ilícito permanente. Este se configura

cuando la situación ilícita se instaura a partir de la conducta inicial, seguida del mantenimiento de la misma situación, de hecho y/o de derecho, de modo que, para que cese la ofensa contra los intereses protegidos, se requiere una conducta ulterior, contraria a la conducta precedente, capaz de suprimir esa situación. Según la corte, esto es precisamente lo que ocurre en materia de descenso de categoría: la asignación a tareas que infringen el art. 2103 del Código Civil determina una situación ilegal y perjudicial para el derecho del empleado a la profesionalidad, que solo puede extinguirse si el empleador, ejerciendo de nuevo su *ius variandi*, asigna al empleado funciones que respeten los límites establecidos por el legislador. Si, por el contrario, ello no se produce, la situación de ilegalidad se mantiene debido a la elección propia y voluntaria del empleador. En efecto, contrariamente a la presunción de la recurrente, para la corte carece de relevancia el hecho de que el acto del empleador que instaura la situación ilícita sea uno, puesto que se trata únicamente del acto inicial que, precisamente, tiene la función de crear la situación ilícita. Subsiste el hecho de que la conducta ilegal del empleador no se extingue con ese acto, sino que se prolonga con el mantenimiento voluntario de esa situación día tras día, hasta que cesa con un nuevo acto de asignación a otras tareas.

Por eso, la corte estimó que el Tribunal de Apelaciones había calificado acertadamente el descenso de categoría como ilícito permanente. Así, para la parte de la conducta mantenida en virtud de la nueva norma introducida por el Decreto Legislativo n.° 81/2015, esta encuentra aplicación *ex nunc* (desde el 24 de junio de 2015), sin que se vulnere el principio de irretroactividad planteado por el art. 11 de las disposiciones preliminares del Código Civil. En el supuesto de que las nuevas tareas dejaran de calificarse como inferiores a la luz de la nueva redacción del art. 2103 del Código Civil, esa conducta, que aún perdura, perdería la connotación de ilicitud. De hecho, mediante el Decreto Legislativo n.º 81/2015, el legislador no se limitó a regular los efectos del *ius variandi*, sino que dictó una nueva normativa del ejercicio de esta facultad del empleador y, por lo tanto, una nueva normativa del caso, complementada con la decisión voluntaria del empleador de modificar el objeto de la prestación laboral.

En relación con el segundo motivo de la recurrente, la corte señaló que el art. 3 del Decreto Legislativo n.° 81/2015 dispone: "1. El trabajador deberá ser asignado a las tareas para las que fue contratado o a las correspondientes a la clasificación superior que haya adquirido con posterioridad, o a tareas del mismo nivel y categoría jurídica que las últimas efectivamente desempeñadas. 2. En caso de modificación de la estructura organizativa de la empresa que afecte al puesto de trabajo del trabajador, este podrá ser asignado a tareas pertenecientes a un nivel de clasificación inferior siempre que se encuadren dentro de la misma categoría legal". Por ello, la corte entendió que, en este aspecto, la tesis de la recurrente era infundada. Subrayó que la ratio de la norma era identificar y regular los límites al ejercicio de la facultad unilateral del empleador respecto de las tareas asignadas en el momento de la contratación o de las últimas realizadas. Basándose en esta función, el legislador establece un principio de intercambiabilidad de las tareas imputables al mismo nivel y categoría jurídica. El uso de la conjunción "y" solo significa que, si el convenio de trabajo articula una misma categoría jurídica en varios niveles, el *ius*

variandi se ejerce legítimamente con arreglo al apartado 1 solamente si las nuevas tareas pertenecen no solo a la misma categoría jurídica, sino también al mismo nivel profesional que las anteriores. Esto significa que, cuando el convenio de trabajo no prevea varios niveles profesionales, sino que se limite a establecer distintos niveles económicos diferenciados por antigüedad o en función de criterios distintos del tipo de tareas desempeñadas, la facultad en cuestión podrá seguir siendo ejercida, siempre que las nuevas tareas pertenezcan a la misma categoría jurídica. Por lo tanto, contrariamente a lo que supone la recurrente, la presencia de una clasificación en varios niveles contractuales, de carácter profesional, dentro de la misma categoría jurídica no es una condición necesaria para la aplicabilidad del art. 2103 del Código Civil en su nueva redacción.

Por otra parte, la corte sostuvo que, efectivamente, en la sentencia recurrida no se había hecho un análisis de la aplicación de las cláusulas relevantes del convenio de trabajo, previa constatación de los presupuestos de hecho y de derecho pertinentes. En particular, la corte afirmó que el Tribunal de Apelaciones había omitido considerar que: a) de conformidad con el art. 82 del convenio de trabajo aplicable, el encuadramiento en la categoría de directivos corresponde a los directores de sucursales, cualquiera sea su denominación, que desempeñan —con grados significativos de autonomía y responsabilidad funcional, teniendo en cuenta también el tipo de clientela— funciones de representación de la empresa frente a terceros en el ámbito de las facultades otorgadas a la propia empresa, en relación con las condiciones y el otorgamiento de créditos, la gestión de productos y servicios, la coordinación de los recursos humanos y técnicos encomendados y la rendición de cuentas de los resultados de la unidad operativa en relación con los objetivos definidos por la propia empresa; b) de conformidad con el art. 93 del convenio de trabajo aplicable, el cuarto nivel de la tercera área profesional corresponde a los empleados encargados de una estructura operativa autónoma a la que estén adscritos de forma permanente al menos ocho agentes además del titular.

En consecuencia, la corte entendió que el Tribunal de Apelaciones no había verificado si la asignación a diferentes tareas, primero como subdirectora, luego como responsable de operaciones de la sucursal periférica, era atribuible a la clasificación en la categoría de mando intermedio o en la tercera área profesional, mediante la necesaria comparación con las declaraciones correspondientes. La corte consideró que esa operación es necesaria, ya que, cuando son imputables a la tercera área profesional, perteneciente a la categoría de administrativos y no a la de mandos intermedios, es preciso concluir que las nuevas funciones son ilegítimas incluso después del 24 de junio de 2015, es decir, también a la luz de la nueva redacción del art. 2103 del Código Civil introducida por el art. 3 del Decreto Legislativo n.º 81/2015. En definitiva, el Tribunal de Apelaciones no comprobó que las nuevas funciones estuvieran abarcadas en la categoría de cuadros directivos en el sentido del convenio de trabajo y no en la categoría de cuadros administrativos, y simplemente asumió que estaban comprendidas en la categoría de cuadros directivos sin exponer ninguna razón para ello y en clara contradicción con lo que se había afirmado anteriormente, a saber, que en la nueva ubicación D'Alessandro había participado incuestionablemente en tareas operativas propias de la gestión administrativa de una sucursal periférica.

La corte afirmó que el tercer motivo de la recurrente quedaba absorbido por las consideraciones expuestas en relación con el segundo motivo.

La parte recurrida presentó un recurso incidental que la Corte de Casación estimó inadmisible.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.° 11870 del 2-5-2024, en https://www.lentepubblica.it/wp-content/uploads/2024/05/Cassazione-numero-11870-2024.pdf

Derecho penal. Apología del fascismo. Saludo romano en una manifestación pública. Libertad de expresión. (Italia).

Antecedentes del caso: el 29 de abril de 2016, se organizó en la ciudad de Milán una manifestación pública de más de mil personas, en conmemoración de la muerte de Sergio Ramelli, Enrico Pedenovi y Carlo Borsani. Ramelli era un militante de la organización neofascista Fronte della Gioventù, asesinado por miembros de la organización comunista Avanguardia Operaia, el 29 de abril de 1976; Pedenovi era un abogado y consejero provincial del Movimento Sociale Italiano, movimiento neofascista, asesinado por miembros de la organización comunista Prima Linea, el 29 de abril de 1976, y Borsani, un jerarca fascista de la República Social Italiana, ejecutado por partisanos el 29 de abril de 1945. Durante la manifestación, los acusados Marco Clemente, Massimo Egidio Trefiletti, Duilio Canu, Angelo Balletta, Stefano Del Miglio, Alberto Fausto Marchetti y Marco Giuseppe Carucci respondieron a la llamada del "presente", formulada por el también acusado Luca Alberto Cassani, con el saludo fascista, también conocido como saludo romano.

Por sentencia del 23 de diciembre de 2020, el Tribunal de Milán absolvió a los acusados del delito que se les imputaba en virtud de los arts. 81.2 y 110 del Código Penal y del art. 2.1 del Decreto Ley n.º 122, de 26 de abril de 1993, convertido, con modificaciones, en la Ley n.º 205, de 25 de junio de 1993. El art. 2.1 prevé que quienes, en reuniones públicas, hagan manifestaciones externas o exhiban emblemas o símbolos pertenecientes o habituales en organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos entre cuyos fines figure la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, serán castigados con una pena de prisión de hasta 3 años y una multa de 200 000 a 500 000 liras. La razón de la absolución fue la ausencia del elemento subjetivo, relevante en virtud del art. 5 del Código Penal italiano, dado que, por la misma conducta material llevada a cabo en el contexto de una manifestación análoga en memoria de Pedenovi, Ramelli y Borsani, los acusados en otro procedimiento de 2016 ante el Tribunal de Apelaciones de Milán habían sido absueltos —si bien en ese caso la conducta había sido calificada en virtud del art. 5 de la Ley n.º 645 de 20 de junio de 1952, según el cual quien

lleve a cabo manifestaciones propias del partido fascista o de organizaciones nazis será castigado con pena de prisión de 3 años y multa de 200 000 a 500 000 liras—.

La absolución del Tribunal de Milán fue modificada íntegramente en segunda instancia, con la consiguiente condena de los acusados. Con sentencia del 24 de noviembre de 2022, el Tribunal de Apelaciones de Milán, tras el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en modificación de la resolución recurrida, con la exclusión de la reincidencia imputada a Stefano Del Miglio, y reconociendo el atenuante general a todos los acusados, los condenó a 2 meses de prisión y al pago de una multa de €200, además del pago de las costas procesales. De acuerdo con el tribunal, la sentencia absolutoria no se había referido al presunto delito objeto del proceso, sino a un supuesto distinto, recogido en el art. 5 de la Ley n.º 645 de 1952. Al mismo tiempo, señaló que el procedimiento en el que se había dictado la sentencia absolutoria invocada había finalizado con la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, del que no podía derivarse, *sic et simpliciter*, la afirmación de la licitud de la conducta material impugnada contra los recurrentes.

Tras la sentencia, los acusados interpusieron un recurso de casación y se fundaron en dos motivos. En primer lugar, alegaron una infracción de ley y un vicio de motivación de la resolución impugnada, en la medida en que el tribunal de mérito no había tomado debidamente en consideración las pruebas indispensables para formular una declaración de culpabilidad y se había expresado en términos asertivos, sin tener en cuenta que, en el caso, no existía el elemento subjetivo del delito, con arreglo al art. 5 del Código Penal. En segundo lugar, se fundaron en la infracción de ley y en el vicio de motivación de la sentencia recurrida, en la medida en que el tribunal no había atendido las objeciones de la defensa, dirigidas a poner de relieve cómo el gesto que habían hecho los acusados, aunque pudiera remontarse al saludo romano, debía considerarse como no susceptible de lesionar el bien jurídico protegido por el art. 2 del Decreto Ley n.º 122.

Sentencia: las Secciones Unidas de la Corte de Casación declararon que responder a la llamada "presente" con el saludo romano en una manifestación pública, en evocación de los gestos del partido fascista, constituía el delito previsto en el art. 5 de la Ley n.º 645 de 20 de junio de 1952. Se anuló, por tanto, la condena de 2022 con referencia al Decreto Ley n.º 122 contra los 8 acusados condenados.

El caso fue estudiado, en primer lugar, por la Sección 1.ª en lo Penal de la Corte de Casación, y luego dirimida por las Secciones Unidas.

La Sección 1.ª observó, en primer lugar, en virtud de las respectivas decisiones del tribunal de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones de Milán, que el proceso constituía una demostración ejemplar del contraste hermenéutico para el que se invoca la intervención clarificadora de las Secciones Unidas.

Señaló que el contraste hermenéutico era aún más evidente si se tenía en cuenta que, a raíz de un acto conmemorativo análogo al del caso, se había celebrado otro proceso ante la Corte de Casación, Sección 1.ª en lo Penal, en el que, con la sentencia n.º 12049, del 17 de febrero de 2023, se había imputado

a los acusados —entre ellos, el acusado en este caso Marco Clemente— el delito contemplado en el art. 5 de la Ley n.º 565 de 1952, que sanciona a quienes, en reuniones públicas, lleven a cabo manifestaciones usuales del disuelto partido fascista o de organizaciones nazis.

Se refirió, a continuación, a las orientaciones jurisprudenciales respecto del saludo fascista.

Observó que, según una primera línea jurisprudencial, el saludo fascista entra en el ámbito de aplicación del art. 2 del Decreto Ley n.º 122, porque constituye una representación o manifestación externa típica de organizaciones o grupos que persiguen objetivos de discriminación racial, étnica o religiosa, y no se requiere ninguna conexión, ni siquiera indirecta, con organizaciones de inspiración fascista. En relación con esta primera línea, recordó el principio del derecho relativo a la exhibición de símbolos fascistas en un acontecimiento deportivo, según el cual el hecho de que una persona, durante un partido de fútbol, enarbole una pancarta tricolor que lleve, en la parte blanca, el emblema del *fascio littorio* no da lugar, en ausencia de la condición de peligro para las instituciones democráticas, a la configurabilidad de ninguno de los delitos previstos por la Ley n.º 645 —que, como se ha señalado, pena las manifestaciones usuales del disuelto partido fascista o de organizaciones nazis en reuniones públicas—, sino que entra en el ámbito de aplicación del art. 2.1 del Decreto Ley nº. 122 —que sanciona las manifestaciones externas o exhibición de emblemas o símbolos pertenecientes o habituales en organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que incitan a la discriminación o a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos— (Sección 3.ª, n. ° 37390, del 10 de septiembre de 2007, "Sposato", 237311-01). Además del fallo "Sposato", se refirió también, en la misma línea, a los fallos "Leccisi" (Sección 1.ª, n.º 21409, del 27 de marzo de 2019, Rv. 275894-02) y "Saccardi" (Sección 1. ª, n.º 25184, del 4 de marzo de 2009, Rv. 243792-01).

La Sección 1.ª se refirió, a continuación, a la orientación hermenéutica contrapuesta, que considera, en cambio, que el saludo fascista entra en el ámbito del delito contemplado en el art. 5 de la Ley n.º 645 y parte de la base de que tal conducta puede dar lugar al peligro de reconstitución de organizaciones inspiradas, directa o indirectamente, en la ideología del disuelto partido fascista. Esta orientación hermenéutica encuentra su ejemplo en el principio de derecho según el cual el delito contemplado en el art. 5 de la Ley n.º 645 es un delito de peligro concreto, que no castiga las manifestaciones de pensamiento e ideología fascistas *per se*, habida cuenta de las libertades garantizadas por el art. 21 de la Constitución —como el derecho a manifestar libremente el pensamiento con la palabra o cualquier otro medio de difusión—, sino únicamente cuando puedan dar lugar al peligro de reconstitución de organizaciones fascistas, en relación con el tiempo y el entorno en que se lleven a cabo, y pongan en peligro concreto el mantenimiento del orden democrático y de los valores que lo sustentan (Sección 1.ª, n.º 11038, del 2 de marzo de 2016, "Goglio", Rv. 269753-01). En la misma dirección hermenéutica citó, también, los fallos "Bonazza" (Sección 1.ª, n.° 37577, del 25 de marzo de 2014, Rv. 259826 – 01) y "Alberga" (Sección 5.ª, n.° 36162, del 8 de abril de 2019, Rv. 277526 - 01).

Observó, también, que, en estrecha correlación con la cuestión hermenéutica de si el saludo fascista puede atribuirse al delito contemplado en el art. 5 de la Ley n.º 645 o al contemplado en el art. 2 del Decreto Ley n.º 122, era necesario abordar otros dos perfiles interpretativos críticos, relativos a la calificación de tales conductas como delitos de peligro concreto o de peligro abstracto, así como a la relación entre ambos delitos, dado que existen contrastes jurisprudenciales. La contraposición, señaló, no había sido explicitada en máximas específicas, pero emerge del recorrido argumentativo de las sentencias en la materia.

Al respecto, observó que las citadas sentencias "Goglio", "Alberga" y "Bonazza" consideraban el saludo fascista como comprendido en el art. 5 de la Ley n.º 645 de 1952 y encuadrado como delito de peligro concreto.

La orientación opuesta, en cambio, considera que tal conducta material se remonta al art. 2 del Decreto Ley n.º 122 de 1993 y es un delito de peligro abstracto. Observó, por otra parte, que la Corte Constitucional se había pronunciado reiteradas veces sobre la legitimidad constitucional de los delitos de peligro abstracto (sentencias 225, de 2008, y 286, de 1974) y que había reafirmado su compatibilidad con las normas constitucionales, siempre que en el caso concreto concurrieran elementos para considerar que la conducta infractora no carecía de capacidad ofensiva. Señaló que, en estos casos, era necesario comprobar si el hecho concreto poseía tales connotaciones de ofensividad, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en que se producía la conducta delictiva, valoradas desde una perspectiva *ex ante*.

Al mismo tiempo, la Sección 1.ª consideró necesario aclarar la naturaleza de la relación entre el delito contemplado en el art. 5 de la Ley n.º 645 y el delito contemplado en el art. 2 del Decreto Ley n.º 122, ya que existe un marcado contraste en la jurisprudencia también sobre esta cuestión.

Se refirió, primero, a la orientación jurisprudencial que considera que existe entre las dos infracciones una relación de especialidad, de conformidad con el art. 15 del Código Penal, que puede resumirse a partir del principio del derecho según el cual el delito contemplado en el art. 2 del Decreto Ley n.º 122 —que penaliza las manifestaciones externas, susceptibles de difusión concreta, de símbolos y rituales de grupos o asociaciones que propugnen ideas discriminatorias o racistas— difiere del contemplado en el art. 5 de la Ley n.º 645, que exige que la misma conducta sea pasible de suscitar el peligro concreto de reorganización del partido fascista disuelto, por lo que se sitúa en una relación de especialidad con el primero (Sección 1.ª, n.º 3806, del 19 de noviembre de 2021, "Buzzi", Rv. 282500-01).

En segundo lugar, aludió a otra sentencia contemporánea a la primera y de orientación hermenéutica opuesta, según la cual no existe relación de especialidad entre el delito al que se refiere el art. 2 del Decreto Ley n.º 122 y el contemplado en el art. 5 de la Ley n.º 645, ya que no existe relación de continuidad necesaria entre ambos supuestos, caracterizados por un ámbito de aplicación diferente (Sección 1.ª, n.º 7904, del 12 de octubre de 2021, dep. 2022, "Scordo", Rv. 282914-02).

Tras analizar todos los contrastes hermenéuticos citados, finalmente señaló que no solo afectaban a los recursos interpuestos en interés de los acusados, sino que

recordaban la necesidad de garantizar la uniformidad interpretativa en cuestiones de considerable importancia. Por esta razón, la Sección 1.ª entendió apropiado, de conformidad con el art. 618.1 del Código Procesal Penal, remitir los recursos en cuestión a las Secciones Unidas, con la siguiente consulta: a. si la conducta consistente en extender el brazo hacia adelante en el saludo fascista —que evoca los gestos típicos del disuelto partido fascista—, durante una manifestación pública, sin la previa identificación de los participantes como miembros de una asociación existente que propugna los ideales del mencionado partido, constituye o bien el tipo de delito a que se refiere el art. 2 del Decreto Ley n.º 122, del 26 de abril de 1993, convertido, con modificaciones, en la Ley n.º 205, del 25 de junio de 1993, o bien el previsto en el art. 5 de la Ley n.º 645; b. si ambas disposiciones constituyen un delito de peligro concreto o de peligro abstracto, y c. si guardan entre sí una relación especial o pueden ser concurrentes.

Las Secciones Unidas, ante la consulta planteada, precisaron en un comunicado de información provisoria que el comportamiento consistente en responder, durante una manifestación pública, a la llamada "presente" con el saludo romano, rituales evocadores de los gestos del disuelto partido fascista, constituían el delito previsto en el art. 5 de la Ley n.º 645, cuando, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, podía llegar a acarrear el peligro concreto de reorganización del disuelto partido fascista, prohibido por la disposición duodécima de la Constitución. Señalaron que, en determinadas condiciones, también puede cometerse el delito previsto en el art. 2 del decreto del 26 de abril de 1983, convertido, con modificaciones, en la Ley nº. 205, del 25 de junio de 1993, que prohíbe las manifestaciones externas de organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan entre sus fines la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. Concluyeron que no existía una relación especial entre ambos delitos y que podían concurrir, tanto material como formalmente, en presencia de los requisitos de la ley.

En consecuencia, la Corte de Casación anuló la condena por falta de motivación. Se remitió la cuestión a otra sección del Tribunal de Apelaciones de Milán.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, "16103/2023" y "38686/2023", sentencias del 18-1-2024 y del 23-9-2023, en https://www.cortedicassazione.it/it/qsp_dettaglio.page?contentId=QSP10238

Derecho penal. Delitos y penas. Principio de personalidad de la responsabilidad penal. Principio de proporcionalidad de la pena. Proporción necesaria de la pena en relación con el valor objetivo y subjetivo del delito. Incidencia, en cuanto al perfil subjetivo, de patologías o trastornos significativos de la personalidad que disminuyen la reprochabilidad de la conducta. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Turín planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad del art. 628.5 del Código Penal (CP), a raíz de la imputación de una mujer por tentativa de robo agravado por el uso de arma y por la comisión del delito en un domicilio particular. En la casa de su pareja, la mujer había intentado, blandiendo un cuchillo, robarle bienes y dinero. La pericia médica determinó que ella padecía un trastorno esquizoafectivo vinculado al uso de sustancias estupefacientes y que presentaba síntomas psicóticos de tipo delirante y alteraciones del humor de tipo disfórico. En opinión del tribunal, debido a estas condiciones psicológicas, la capacidad mental de la imputada en el momento de los hechos debía considerarse disminuida, lo cual justificaba el reconocimiento de la circunstancia atenuante de trastorno mental parcial, establecida en el art. 89 CP. Asimismo, el tribunal consideró que debían aplicarse, en favor de la imputada, las circunstancias atenuantes genéricas en razón de su complicada situación social y para llegar a una pena acorde con las necesidades de resocialización constitucionalmente vinculadas a la imposición de la sanción penal.

El artículo impugnado, que el tribunal consideró violatorio de los arts. 3 (principio de proporcionalidad de la pena) y 27.1/3 (principio de personalidad de la responsabilidad penal) de la Constitución, indica: "Las circunstancias atenuantes, distintas de la prevista en el art. 98, que concurren con las circunstancias agravantes establecidas en el apartado 3, números 3, 3 *bis*, 3 *ter* y 3 *quater*, no podrán considerarse equivalentes o prevalentes respecto de estas, y las reducciones de la pena se aplicarán sobre la cuantificación de la pena, que resulta del incremento derivado de las citadas circunstancias agravantes".

El tribunal consideró que la norma impugnada: a) conduciría a una equiparación indebida, en términos de sanciones, de hechos caracterizados por una gravedad diferente desde un punto de vista subjetivo (en conflicto potencial con el art. 3 de la Constitución); b) implicaría la imposición de penas desproporcionadas en relación con el grado de culpabilidad del acusado y, por la misma razón, irrespetuosas del principio de personalidad de la responsabilidad penal (en conflicto potencial con los arts. 3 y 27.1/3 de la Constitución), y c) sería intrínsecamente irrazonable y, por tanto, contraria al art. 3 de la Constitución, ya que no habría razón alguna para hacer una distinción entre el tratamiento de la circunstancia atenuante de trastorno mental parcial y el tratamiento de la circunstancia atenuante de minoría de edad establecida en el art. 98 CP —considerada por el tribunal análoga, en muchos aspectos, a la establecida en el art. 89 CP—, que la norma impugnada exceptúa expresamente de la prohibición de equivalencia o prevalencia de las circunstancias atenuantes.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 628.5 CP en la medida en que no permite considerar que la circunstancia atenuante prevista en el art. 89 CP prevalece o es equivalente cuando concurre con la circunstancia agravante prevista en el párrafo tercero, número 3 *bis*, del mismo art. 628. Asimismo, declaró infundado el planteo de inconstitucionalidad del art. 628.5 CP con referencia a los arts. 3 y 27.1/3 de la Constitución en relación con la equiparación irrazonable —en términos de la pena— de delitos que tienen valores diferentes, y con la violación de los principios de proporcionalidad y de personalidad de las penas.

La corte sostuvo que, en su sentencia n.º 73/2020, había declarado la inconstitucionalidad del art. 69.4 CP, en cuanto establecía la prohibición de prevalencia de la circunstancia atenuante de trastorno mental parcial establecida en el art. 89 CP sobre la agravante de reincidencia establecida en el art. 99.4 CP. En esa ocasión, la corte había señalado que el principio de proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del delito exigía, con carácter general, que la pena se ajustara adecuadamente no solo en función de la ofensividad concreta del delito para los intereses protegidos, sino también en función del disvalor subjetivo expresado por el propio delito. La magnitud del disvalor subjetivo dependía de manera determinante no solo del contenido del delito (doloso o culposo) y del grado de intencionalidad o culpabilidad, sino también de la posible presencia de factores que hubieran influido en el proceso motivacional del autor. Entre esos factores, destacaba la presencia de patologías o trastornos significativos de la personalidad, como los que la ciencia médica forense considera capaces de disminuir la capacidad mental del autor del delito (sin disminuirla totalmente). En efecto, en esas hipótesis, el autor del delito puede ser castigado por haber cometido un delito evitable mediante un mayor esfuerzo de la voluntad. Sin embargo, al mismo tiempo, merece una pena menos severa que la aplicable a una persona que haya decidido incurrir en una conducta idéntica en condiciones de normalidad psíquica. En consecuencia, el principio de proporcionalidad de la pena que se infiere de los arts. 3 y 27.3 de la Constitución exige que, al menor grado de reprochabilidad subjetiva, debe corresponder una pena inferior a la que sería aplicable si el valor objetivo del hecho fuera igual. El objetivo es asegurar que la pena resulte —además de no desproporcionada— lo más "individualizada posible" y, por lo tanto, ajustada a la situación del condenado, en ejecución del mandato constitucional de personalidad de la responsabilidad penal a que se refiere el art. 27.1 de la Constitución.

La corte observó que, cuando existen necesidades particulares de protección de bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho fundamental y personalísimo a la vida y a la integridad física, el legislador puede ordenar de una manera distinta la valoración de las circunstancias y exigir que se calcule primero la agravación punitiva de las circunstancias particulares, ya que las excepciones a la valoración son posibles y entran en el ámbito de las opciones del legislador.

La corte señaló que un factor decisivo para orientar su apreciación en estos casos había sido la consideración de que el mecanismo de cálculo de las agravantes y las reducciones de la pena, vinculado a la aplicación de circunstancias opuestas,

genera, en la mayoría de los casos, un efecto más severo en las penas aplicables al delito agravado, de acuerdo con las intenciones del legislador. Esto no excluye que, en la práctica, el juez aplique la reducción de la pena vinculada al reconocimiento de circunstancias atenuantes, aunque la pena ya haya sido aumentada por el reconocimiento de la circunstancia agravante denominada "reforzada".

Según la corte, esa disminución de la culpabilidad debe admitirse también con referencia a quien ha actuado en un estado mental que disminuye en gran medida, sin excluirla, su capacidad mental, como establece el art. 89 CP. El estado mental a que se refiere este artículo implica, en efecto, una anomalía psíquica significativa, que incluye las enfermedades mentales propiamente dichas, así como los trastornos de la personalidad de tal consistencia, intensidad, relevancia y gravedad que afecten concretamente a la capacidad de comprender y de tomar decisiones. Esto ocurre siempre que exista una relación etiológica con la conducta delictiva concreta, que resulte causalmente determinada por el trastorno mental, con exclusión de las meras anomalías de carácter o alteraciones y desarmonías de la personalidad que no reúnan las características mencionadas, así como los trastornos de la conciencia y de la voluntad causados por el abuso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, cuando tales efectos sean imputables a una elección del autor (arts. 92, 93 y 94 CP).

En opinión de la corte, la anomalía psíquica así definida también debe, para ser tenida en cuenta en virtud del art. 89 CP, suponer una alteración significativa de la capacidad de decisión del autor del delito —que debe estar muy disminuida—, de modo que resulte en un menor grado de discernimiento en cuanto a la criminalidad de su conducta y en una menor capacidad para controlar sus impulsos. En efecto, ante una reducción tan significativa de la capacidad mental del autor del delito —a la que corresponde, como reconoce ampliamente la doctrina contemporánea, una reducción de la culpabilidad por el hecho cometido—, el código penal impone, desde 1930, una reducción de la pena de hasta un tercio. Una necesidad imperiosa de coherencia en el sistema exige, por tanto, que la exclusión prevista para los menores se extienda también a la situación de los acusados que padecen una deficiencia mental parcial. Respecto de estos, las razones de la atenuación de la pena se aplican *a fortiori*, ya que la reducción considerable de la capacidad de decisión de la persona está sujeta a una apreciación caso por caso por parte del juez, mientras que, para los menores, la menor culpabilidad se presume en términos generales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.° 217 del 22-11-2023, en https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do

Derecho penal. Femicidio. Atenuantes genéricas. Emergencia pandémica. (Italia).

Antecedentes del caso: el 18 de julio de 2023, la Corte de Apelaciones en lo Penal de Messina confirmó la decisión de primera instancia que había condenado a cadena perpetua a A. A., imputado por el delito de homicidio voluntario, agravado porque tenía una relación afectiva estable y convivía con la víctima, B. B. El crimen ocurrió el 31 de marzo de 2020.

A. A. y B. B. hacía cuatro años que mantenían una relación sentimental y un año que convivían. Ambos eran veinteañeros, él, enfermero y ella estaba a punto de graduarse en medicina. El estado de emergencia por la pandemia, que desde febrero de 2020 había comportado restricciones a la vida social cada vez más severas y radicales, había influido en el estado de ánimo de A. A. En efecto, en los días inmediatamente anteriores al homicidio, había manifestado una fuerte preocupación, agudizada por los persistentes síntomas manifestados por su compañera, que hacía unas semanas sufría una afección en las vías respiratorias. Alrededor del 30 de marzo, el malestar de A. A. se transformó en una marcada perturbación emocional que, durante la mañana de ese día, lo llevó a alejarse de su hogar con intención de dirigirse a la localidad donde residían sus familiares. B. B., sola en el departamento y necesitada de remedios y asistencia médica, le había suplicado que se quedara a su lado. A. A. llamó por teléfono a su hermana y luego a su cuñado, quien lo convenció para que desistiera de su propósito y volviera a su hogar. Entretanto, B. B. había llamado al padre de su novio, que también había tratado de tranquilizar al hijo y de convencerlo para que se comportara de manera más responsable.

Cuando A. A. regresó, cerca de las 16:00 h, B. B. lo recibió con gran afecto, que fue correspondido. Sin embargo, la vuelta a su casa no calmó la intranquilidad del joven, quien, alrededor de las 19:00 h, fue observado por una vecina mientras bajaba y subía frenéticamente y en silencio las escaleras de acceso al departamento ubicado en el primer piso, seguido por B. B. Más tarde, según lo que la muchacha refirió a sus propios parientes y a los de su novio, A. A. se mostró más tranquilo. Sin embargo, durante la noche, la aplicación instalada en el reloj pulsera de A. A. registró sus movimientos en el interior del departamento en varias oportunidades, lo cual denotó que la intranquilidad persistía. En efecto, alrededor de las 4:21 h, A. A. contactó a su padre para informarse de su estado de salud y del de su madre. Una hora antes, había enviado mensajes al hermano y a la hermana para invitarlos —evidentemente temiendo o presagiando que la situación se agravaría— a retirar de su cuenta corriente el dinero allí depositado y repartirlo entre sus sobrinos. A las 6:00 h se produjo una pelea entre los jóvenes. A. A. golpeó a su compañera en la frente con un objeto contundente, la inmovilizó colocándose sobre ella, bloqueándole los brazos y poniéndole la mano derecha sobre la nariz y la boca y agarrándola del cuello con la mano izquierda hasta provocarle un paro cardíaco y circulatorio por asfixia aguda. Inmediatamente después, A. A. intentó, sin éxito, suicidarse con cortes en sus muñecas y, posteriormente, arrojando un secador de pelo encendido a la bañadera en

la que se había sumergido, pero el aparato activó el dispositivo de seguridad. Luego, contactó a las fuerzas del orden que acudieron inmediatamente al departamento.

La Corte de Apelaciones en lo Penal abordó, entre otras cosas, la capacidad de entender y querer de A. A. Se ciñó a las apreciaciones del perito designado en primera instancia y compartidas por el asesor técnico de las partes civiles, en cuya opinión, A. A. había mostrado, en las horas inmediatamente anteriores al crimen, un estado emocional de ansiedad grave que luego se había tornado en angustia, pero que no había adquirido una dimensión francamente psiquiátrica y que no disminuía, ni mucho menos excluía, su capacidad de querer y entender. El diagnóstico de "trastorno psicótico breve", formulado por la asesora de A. A., fue descartado por el perito que, en primer lugar, se basó en que A. A., portador de una historia personal completamente neutra a efectos psiquiátricos, no manifestaba elemento psicopatológico alguno, tal como se desprendía de la evaluación técnica que, además, incluía una evaluación psicométrica. Por otra parte, el perito agregó que, en los días anteriores al hecho y hasta la tarde del 30 de marzo, la conducta del imputado había sido incompatible con la presencia de un estado psicótico, que también descartó en razón del casi inmediato cese, después del delito, de trastornos que, si hubieran derivado de una patología psiquiátrica, no habrían podido ser eliminados más que con una terapia antipsicótica que no fue suministrada. Asimismo, estimó que las agresiones imprevistas de A. A. contra sus compañeros de celda durante la detención no eran indicadoras de una recaída en la supuesta patología.

Posteriormente, la Corte de Apelaciones en lo Penal desestimó el motivo de impugnación sobre la aplicación de circunstancias atenuantes genéricas invocadas en razón del peculiar estado psicológico en que A. A. había actuado. Expuso las siguientes razones: la máxima ofensividad de la conducta; los modos brutales y crueles de acción que expresaban una alarmante determinación y obstinación imposible de correlacionarse con el estado de ansiedad en el que se encontraba A. A. en el momento de la comisión del delito y cuyas causas seguían siendo dudosas en opinión del perito y, finalmente, la apatía demostrada por A. A., que, a pesar de estar sumido en un creciente estado de angustia, no hizo ningún intento efectivo por contrarrestarlo.

A. A. interpuso un recurso ante la Corte de Casación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones en lo Penal. Alegó una ilogicidad manifiesta y un razonamiento contradictorio. Fundamentalmente, sostuvo que la denegación de la atenuante genérica se había basado en un razonamiento apodíctico, que no había tenido en cuenta el estado de profunda agitación y angustia en que él había actuado y era fruto de la extrapolación de fragmentos de hechos que, en su conjunto, ofrecían una lectura distorsionada de la dinámica homicida. Señaló que la reconstrucción efectuada por la Corte de Apelaciones en lo Penal se había basado en el supuesto falaz de que el crimen había tenido lugar en el momento álgido de una pelea furiosa, en flagrante contraste con las declaraciones de la vecina que había oído voces y ruidos. Señaló, asimismo, que los jueces habían supuesto erróneamente que él, lejos de ser impulsado por el terror a ser contaminado por su novia a la que suponía afectada por el Covid-19 o por la convicción de ser perseguido por los familiares de

la muchacha, actuó por impulsos distintos y no comprobados. Agregó que la tragedia estuvo fuertemente influenciada por el trastorno psicológico que lo afectó y al que él, presa de la angustia, intentó resistirse con un plan de fuga que luego abandonó en un intento de resolver la contradicción psicológica entre la experiencia —percibida como real— de persecución y delirio de contagio, y el sentido que le devolvieron sus familiares y la propia víctima.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia anuló la sentencia impugnada únicamente en lo relativo a la aplicabilidad de las circunstancias atenuantes genéricas y la devolvió a la Corte de Apelaciones en lo Penal de Reggio Calabria para que se pronunciara nuevamente sobre ese punto. En todo lo demás, desestimó el recurso.

En primer lugar, la Corte de Casación sostuvo que la aplicación de las circunstancias atenuantes genéricas no es un derecho resultante de la ausencia de elementos negativos en la personalidad del sujeto, sino que requiere de elementos positivos, cuya ausencia conduce legítimamente a la denegación de su concesión. En efecto, la finalidad de estas circunstancias es ampliar las posibilidades de adecuación de la pena en sentido favorable al reo, en atención a situaciones atípicas —o que, aunque incluidas en el ámbito de aplicación del art. 133 del Código Penal, merezcan especial consideración por la especificidad del caso, por la personalidad o experiencia del reo o por otras razones— que realmente incidan en la apreciación de la gravedad del delito y de la capacidad del reo para delinquir, de modo que su reconocimiento requiera la demostración de elementos positivos. Asimismo, la corte señaló que, para considerar o excluir las circunstancias atenuantes genéricas, el juez podía limitarse a examinar, entre los elementos indicados por el art. 133 del Código Penal, aquel que considerara prevalente y capaz de determinar o no el reconocimiento del beneficio. De esta manera, incluso un solo elemento relativo a la personalidad del reo o a la gravedad del delito y a la forma en que se llevó a cabo puede ser útil a tal efecto.

En cuanto a la denegación de la atenuante genérica, la Corte de Casación afirmó que la "ratio" de la disposición del art. 62 bis del Código Penal no exige que el juez de la Corte de Apelaciones en lo Penal exprese una evaluación de cada una de las deducciones de la defensa, sino que es suficiente con indicar los elementos de pertinencia considerados para descartar la concesión de la atenuante. La corte afirmó que el control de legitimidad en esta materia no podía en modo alguno extenderse al carácter discrecional de una valoración que seguía siendo prerrogativa exclusiva de la Corte de Apelaciones en lo Penal y debía mantenerse en el marco de la comprobación de la ausencia, en la resolución impugnada, de vicios racionales de tal magnitud que constituyeran ilogicidad o contradicción manifiestas, o de distorsiones radicales de los datos de la investigación que influyeran decisivamente en la estructura global de la motivación. En consecuencia, la corte señaló que, en este caso, estaba en discusión la capacidad del estado emocional que había constituido el trasfondo de la conducta homicida de A. A. para actuar como factor atenuante de la responsabilidad penal. Aunque esta eventualidad sea concebible en abstracto, fue descartada por la Corte de Apelaciones en lo Penal sobre la base de una argumentación caracterizada por aporías y contradicciones no marginales.

La corte observó que la Corte de Apelaciones en lo Penal había descartado que fuera posible encontrar elementos positivos que justificaran un trato especialmente favorable hacia el imputado, debido, en primer lugar, al nivel exorbitante de disvalor de la acción delictiva de este. Asimismo, señaló que había destacado que el crimen, cometido de forma especialmente cruel y violenta, se había gestado en el transcurso de una pelea furiosa en la que, en la madrugada del 31 de marzo de 2020, había culminado una confrontación entre el imputado y la víctima iniciada en la mañana del día anterior (según admitió el propio imputado y denunció el vecino G. G., que fue despertado por los gritos de los dos jóvenes y por el ruido similar al producido por el movimiento de muebles). Por último, la Corte de Apelaciones en lo Penal había afirmado que las modalidades de la conducta del imputado —en particular, haber ejercido una violencia ciega contra la persona a la que estaba ligado afectivamente y haber encontrado en sí mismo el valor para matar a la joven con sus propias manos y observar cómo vencía la resistencia desesperada que ella había intentado oponer (según el perito, la muerte por asfixia se había producido después de algunos minutos)— eran circunstancias que denotaban una conducta atroz, que, en el plano subjetivo, delineaban una determinación y una obstinación alarmantes por parte del imputado.

En opinión de la corte, la Corte de Apelaciones en lo Penal formuló apreciaciones que están indudablemente exentas de vicios lógicos y que, sin embargo, deben apreciarse conjuntamente con las que formuló sobre la cuestión específicamente planteada por el imputado relativa a la relevancia, desde una perspectiva sancionadora, del peculiar estado psicológico en que había actuado. Con respecto a esto, según la corte, la Corte de Apelaciones en lo Penal llegó a conclusiones negativas a partir de la base de que, para el perito, las causas del delito seguían siendo dudosas. Recordó, en particular, que el perito había señalado que era evidente que el miedo a ser contagiado alegado por el imputado no estaba firmemente arraigado en su conciencia, ya que había aceptado volver a su casa y había conseguido mantener una relación adecuada con B. B. Ese comportamiento habría sido difícil de concebir si hubiera presentado una idea profundamente arraigada y penetrante, generadora de un delirio de contaminación, con la víctima como agente causal. Además, el perito agregó que si el factor generador de estrés hubiera sido la pandemia, el imputado no habría reducido la sensación de angustia y opresión tras la muerte de la víctima, mientras que, si el imputado hubiera tenido ideas de persecución por parte del padre y el hermano de B. B., la hostilidad se habría centrado en esas personas. Por ello, la Corte de Apelaciones en lo Penal había llegado a la conclusión de que el estado de ansiedad e inquietud manifestado por el acusado en las horas inmediatamente anteriores al crimen no solo no comprometía su capacidad de entender y querer, sino que no determinaba ni justificaba la furia, el odio y la crueldad dirigidos contra B. B., cuyo origen permanece desconocido.

La Corte de Casación estimó que los razonamientos de la Corte de Apelaciones en lo Penal eran poco convincentes por estar viciados, tanto desde el punto de vista racional como, sobre todo, desde el punto de vista de la exégesis de las pruebas de la investigación, por múltiples defectos. En efecto, la propia Corte de Apelaciones en lo Penal había afirmado que todos los testigos en el juicio habían unánimemente

caracterizado a la relación sentimental que unía al imputado con la víctima de sólida, profunda y serena, caracterización compartida por los miembros de sus respectivas familias. Esto concuerda plenamente tanto con el contenido de los mensajes enviados por B. B. al imputado el 30 de marzo de 2020, afectuosos e inspirados por una confianza absoluta y una solidaridad cariñosa, como con información adicional sobre los fuertes y maduros lazos que unían no solo a los dos jóvenes, sino también a sus respectivas familias de origen.

Para la Corte de Casación, en este marco —exento de connotaciones que puedan asignar al delito una matriz de género—, sugerir, como hace la Corte de Apelaciones en lo Penal, que el acusado actuó por un motivo desconocido distinto al estímulo derivado del estado de angustia en el que estaba sumido, da lugar a una distorsión de los datos procesales, que más bien apuntan a la conexión directa entre la angustia psicológica que aquejaba a A. A. y el comportamiento anómalo que mostraba desde la mañana del 30 de marzo de 2020. Por otra parte, según la corte, la Corte de Apelaciones en lo Penal demostró, al menos implícitamente, que era consciente de ello cuando —inmediatamente después de haber descartado que el estado emocional manifestado por el acusado en los momentos que precedieron al homicidio tuviera una influencia concreta en la medida de la responsabilidad penal y pudiera ser valorado positivamente a efectos de la concesión de la atenuante general— recuerda y comparte la apreciación del juez de primera instancia. Según este, el recurrente, lejos de estar desbordado por un sentimiento de excitación emocional que apareció súbitamente en el momento del crimen, había, por el contrario, según su propia confesión, sentido crecer en su interior un estado de inquietud que, sin embargo, no intentó contrarrestar eficazmente. De este modo, según la corte, la Corte de Apelaciones en lo Penal terminó por reconocer que el estado psicológico de A. A. tuvo incidencia en el hecho delictivo, como, por otra parte, confirma indirectamente el reiterado intento de suicidio realizado por A. A. debido a la clara conciencia de lo que acababa de suceder. Según la Corte de Apelaciones en lo Penal, A. A. no hizo nada para intentar calmar la ansiedad y su estado de alteración que, como es comprensible, representa el sustrato ideal en el que maduran esas reacciones de comportamiento que, aunque apoyadas en la conciencia y en la voluntad, es muy improbable que se reproduzcan en condiciones personales diferentes y más serenas.

La corte señaló que la investigación preliminar había permitido determinar en términos incontrovertibles que A. A., intranquilo y psicológicamente perturbado, había decidido, en la mañana del 30 de marzo de 2020, abandonar el domicilio que compartía con B. B. para trasladarse a la residencia de su familia de origen. Esa iniciativa, en el marco de la emergencia pandémica y las restricciones de circulación impuestas, parecía poco realista porque, en la práctica, carecía de opciones alternativas viables. La corte destacó que, en una coyuntura histórica dramática en la que toda la humanidad debía, de repente, resistir a un peligro desconocido y aparentemente imparable, A. A. experimentó un malestar psicológico, que fue evolucionando hacia la ansiedad y la angustia. Para paliarlas, pensó en unirse a sus padres y hermanos, a costa de eludir el cumplimiento de sus deberes de asistencia y solidaridad hacia su compañera de vida. De este modo, tomó una decisión que —aunque inaceptable, porque implicaba el abandono de B. B., que se encontraba en un

estado de salud precario y alejada de los lazos familiares, así como la violación de las estrictas prohibiciones de conducir vigentes en aquel momento— bien podría haber constituido, en su distorsionada opinión, una solución obligada, habida cuenta de la extrema dificultad de acceder a las estructuras sanitarias o de recurrir a ayudas que superasen el ámbito del mero asesoramiento telefónico o a distancia. Frente al intento de A. A. de alejarse en este contexto, la apreciación hecha al respecto por los jueces de la Corte de Apelaciones en lo Penal resulta, según la corte, manifiestamente ilógica, porque se basa en una situación muy alejada de aquella en la que, de hecho, A. A. se encontró ante su estado de angustia.

La corte consideró aún más irracional el razonamiento en torno a la constatación de que A. A., enseguida abandonó su intento de fuga. Si es cierto, en efecto, que el imputado no llevó a cabo su intención de llegar hasta la localidad donde residían sus padres, no lo es menos que fue inducido a ello por presiones de sus familiares, como inequívocamente atestiguan las declaraciones de los implicados y el examen de las grabaciones telefónicas. A. A., que regresó a su casa y fue recibido con alivio por su pareja, reconsideró su decisión porque fue llamado al deber de permanecer al lado de la muchacha, que, como él, estaba alejada de sus afectos, impedida de moverse y, además, enferma. Según la corte, es precisamente a partir del persistente e irresuelto conflicto interno —entre la necesidad de dar salida a su incompresible y exacerbada angustia psicológica y la de honrar, como de corazón le recomendaban todas las personas con las que conversó en esas horas, sus deberes como compañero y como ciudadano— que se manifestaron sus comportamientos posteriores y fluctuantes, desde el regreso a su domicilio hasta el nuevo indicio de salida registrado en torno a las 19.00 h y la aparente calma vespertina, pasando por la intranquilidad nocturna y el trágico epílogo. Si a ello se añade, observó la corte, que A. A., incluso antes del crimen, ya había contemplado la posibilidad de morir (los mensajes intercambiados con sus hermanos sobre el destino de sus ahorros a sus sobrinos atestiguan en este sentido) y que, inmediatamente después de haber matado a su pareja, había llevado a cabo una conducta autolesiva, se pone de manifiesto la fragilidad — en el plano lógico— de una motivación que, en términos de tratamiento punitivo, no tiene en cuenta la incidencia en la conducta de la causa que había provocado el estado de alteración y obstaculizado la pronta activación de aquellas protecciones psicológicas, afectivas, relacionales y sanitarias dirigidas a paliar los efectos y evitar su escalada.

Así, la corte estimó que los jueces de la Corte de Apelaciones en lo Penal no habían verificado si, dada la especificidad del contexto, se podía atribuir al imputado no haber intentado contrarrestar eficazmente el estado de angustia que padecía y, al mismo tiempo, si la fuente de la angustia, representada por el inicio de la emergencia pandémica con todo lo que ha causado en la vida de las personas, constituía un factor que incidiera en el alcance de la responsabilidad penal.

La falla racional inherente a los fundamentos de la sentencia recurrida es, en potencia, según la corte, capaz de incidir en la valoración del motivo de casación, centrado en un aspecto —la capacidad del peculiar estado psicológico para justificar la moderación del tratamiento punitivo— que, desde luego, deberá ser deliberado en sinergia con los ya considerados a tal efecto por los jueces de la Corte de Apelaciones

en lo Penal, incluida la conducta del imputado durante la investigación preliminar y, por tanto, durante el juicio, que fue destacada en un sentido contrario a la limitación de la pena por el juez de primera instancia, pero no por el de apelación.

Por todo ello, la Corte de Casación decidió anular la sentencia recurrida únicamente en lo concerniente a la denegación de la atenuante genérica y devolverla a la Corte de Apelaciones en lo Penal de Reggio Calabria para que proceda a un nuevo examen de la cuestión que esté exento de los vicios encontrados.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 27115 del 9-7-2024, en https://www.canestrinilex.com/risorse/angoscia-da-contagio-covid-e-attenuanti-generiche-cass-2711524

Derecho penal. Pornografía infantil. Conducta de menor gravedad. Atenuación de la pena. Proporcionalidad de la pena. Principios de razonabilidad, de personalidad de la responsabilidad penal y de finalidad rehabilitadora de la pena. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Bolonia planteó ante la Corte Constitucional de Italia —en relación con los arts. 3 y 27.1/3 de la Constitución— la inconstitucionalidad del art. 600 ter 1) del Código Penal (CP) porque no prevé una atenuante en casos de menor gravedad para el delito de producción de material pornográfico a través de la utilización de menores de 18 años. El imputado en el caso ante el tribunal había utilizado el teléfono celular del padre con un pseudónimo, mediante el que contactaba a muchachas menores de edad a las que enviaba fotografías de sus propios órganos genitales y de las que obtenía, a petición suya, fotos de sus órganos sexuales secundarios, induciéndolas de esta manera a que le enviaran pornografía infantil.

El tribunal remitente consideró que la conducta objeto de imputación debía considerarse de menor gravedad a la luz de una serie de elementos, a saber: la poca diferencia de edad entre el imputado (18 años) y las víctimas (13 y 14 años); las imágenes de pornografía infantil que mostraban únicamente órganos sexuales secundarios; la ausencia de finalidades comerciales o de divulgación; la falta de técnicas particulares de manipulación psicológica, seducción o presiones insidiosas y traicioneras sintomáticas de un uso más censurable de la posición de supremacía en términos de edad y experiencia, ya que la instigación ocurrida a través de la persuasión no estaba connotada por una particular obstinación o insidia.

El juez *a quo* planteó la irrazonabilidad del tratamiento sancionatorio previsto en el art. 600 *ter* 1) CP que —en su excesiva severidad y en ausencia de una "válvula de seguridad" en relación con la significativa dureza de la pena mínima (6 años de

reclusión)— impedía graduar la pena. Además, sostuvo que no le sería posible adecuar la sanción al caso concreto dada la presencia de elementos objetivos —relativos a los medios, las modalidades ejecutivas, el grado de limitación de la dignidad y del correcto desarrollo sexual de la víctima, las condiciones físicas y psicológicas de esta en relación con la edad, la ocasionalidad o reiteración de las conductas y la consistencia del daño infligido, incluso en términos psíquicos— indicadores de una gravedad menor del hecho. Asimismo, según el juez *a quo*, la disposición impugnada vulneraba los principios de personalidad de la responsabilidad penal y de la finalidad reeducadora de la pena, sancionados respectivamente por los arts. 27.1/3 de la Constitución, toda vez que la desproporción derivada de la omisión impugnada, por un lado obstaculizaba la identificación de la pena, corolario del carácter personal de la responsabilidad penal, y, por el otro, menoscababa la función reeducadora, dado que una pena desproporcionada corre el riesgo de ser percibida como injusta por el condenado. Por estas razones, el juez remitente consideró que a la disposición impugnada se le debía agregar una atenuante para los casos de menor gravedad, en una medida que no excediera los dos tercios, y que está prevista para las figuras delictivas de violencia sexual y de actos sexuales con menores en los arts. 609 *bis* y 609 *quater* CP.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 600 *ter* 1) CP en la medida en que no prevé que, para el delito de producción de material pornográfico a través de la utilización de menores de 18 años, en los casos de menor gravedad, la pena sea reducida por un máximo de dos tercios.

La corte estimó que las cuestiones planteadas por el juez *a quo* eran fundadas. Afirmó que la jurisprudencia constitucional ha sostenido sistemáticamente que las evaluaciones discrecionales de dosimetría de la pena —como máxima expresión de la política penal— le corresponden al legislador, salvo en relación con las elecciones sancionatorias que resulten arbitrarias o manifiestamente irrazonables.

Asimismo, recordó que a partir de su sentencia n.° 343/1993 había desarrollado un modelo para el control de la proporcionalidad intrínseca de la pena apto para que esta resulte adecuadamente adaptada al hecho concreto. Además, destacó que en el marco del examen de legitimidad constitucional de la proporcionalidad de la pena, la formulación particularmente amplia de la disposición impugnada era de importancia capital. La corte se refirió a su sentencia n.° 120/2023, en que se había declarado la inconstitucionalidad del art. 629 CP porque no preveía una reducción de la pena en consideración de la naturaleza, el tipo, los medios, los métodos o las circunstancias del hecho, y por ende no proporcionaba una "válvula de seguridad" que permitiera al juez graduar la pena con una pena menor. También recordó que había llegado a una conclusión similar en su sentencia n.° 244/2022, en que había declarado la ilegitimidad constitucional del art. 167.1 del Código Penal Militar de Paz.

La corte afirmó que la ley n.° 172/2012 sobre la ratificación y la aplicación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual había introducido el concepto de pornografía infantil en términos amplios en la legislación italiana, y castigaba "cualquier representación,

por cualquier medio, de un menor de 18 años involucrado en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o cualquier representación de los órganos sexuales de un menor de 18 años con fines sexuales". Sin embargo, la corte señaló que, a través del tiempo, el enfoque constitucional y legislativo del delito de pornografía infantil ha evolucionado para permitir una "válvula de seguridad" que habilite a los tribunales ajustar la pena a la gravedad real de la conducta individual, sobre todo teniendo en cuenta que la definición del delito de producción de material de pornografía infantil prevista en la disposición impugnada es especialmente amplia.

La corte señaló que el apartado 1) del art. 600 *ter* CP castiga con penas de 6 a 12 años de prisión y multas de €24 000 a €240 000 a quien, utilizando a menores de 18 años, produzca material pornográfico. Con la misma pena castiga otras conductas, como la producción de representaciones o espectáculos pornográficos utilizando a menores de 18 años, o la captación o inducción de menores de 18 años para participar en representaciones o espectáculos pornográficos o para lucrar con ellos, o bien el comercio de material pornográfico infantil al que se refiere el apartado 1). Por el contrario, conductas que pueden no ser menos graves que la mera producción de pornografía infantil se castigan con penas menores, sobre todo si se realizan de forma que el material producido quede en el ámbito privado de quien lo produce. Es el caso, por ejemplo, de la distribución, difusión y publicidad del material pornográfico infantil, o también de la distribución y difusión de noticias o informaciones destinadas a la captación o explotación sexual de menores, conductas castigadas con penas de 1 a 5 años de prisión y multa de €2582 a €51 645. En efecto, según la corte, dentro del mismo supuesto de producción de pornografía infantil pueden incluirse conductas y modos de ejecución del delito muy heterogéneos. Por ello, la no previsión de una "válvula de seguridad" que permita al juez modular la pena, de modo que se adapte a la gravedad real de la conducta individualizada, puede conducir a que la imposición de una pena no sea proporcionada, ya que la redacción normativa del art. 600 *ter* 1) CP, en su amplitud, es susceptible de incluir, en su ámbito de aplicación, conductas marcadamente disímiles en el plano criminológico y en el índice de disvalor, algunas de las cuales son, además, ajenas a la racionalidad que subyace a la estricta legislación sobre pornografía infantil. Esta situación resulta más delicada, en términos de legitimidad constitucional, debido a un marco de imposición de penas caracterizado por un mínimo de dureza significativa.

Por otra parte, la corte estimó que la norma impugnada afecta indiscriminadamente las conductas relativas a la utilización de menores de 18 años sin graduación alguna (como, por otra parte, ocurre con el art. 609 *quater* CP), en función de una serie de elementos susceptibles de incidir en la gravedad de la conducta y en la afectación del bien jurídico protegido, como, por ejemplo, la edad de la víctima, la relación entre ella y el agente o la diferencia de edad entre ambos, o bien, incluso, el contenido de las imágenes producidas. Asimismo, según la corte, resulta irrelevante, a los efectos de la tipificación del delito en cuestión, que la producción del material esté destinada a su posterior distribución, difusión o divulgación, conductas estas sancionables como delitos autónomos, si bien con un marco punitivo menor.

De acuerdo con la corte, pese a que la norma impugnada ha sido objeto de una evolución normativa y jurisprudencial que, en parte, ha ampliado su ámbito de aplicación a los justos fines de la prevención y represión de este delito y de otros similares, al mismo tiempo debe considerarse que es precisamente esa ampliación la que, en términos de legitimidad constitucional, pone de manifiesto la necesidad de una "válvula de escape". Esta —sin perjuicio del elevado mínimo de la pena que el legislador, discrecionalmente, ha querido fijar— debe permitir al juez ordinario, mediante la previsión de una circunstancia atenuante especial, graduar y "personalizar" la pena con referencia a supuestos de menor gravedad, a fin de asegurar la proporcionalidad de la pena en conjunción con su individualización y su finalidad reeducadora.

La corte entendió que el caso concreto sometido al juez *a quo* es emblemático de las consecuencias irrazonables que pueden derivarse de la inexistencia de una "válvula de seguridad" que permita al juez sancionar de manera proporcionada una conducta que —según las apreciaciones del juez remitente— podría ser imputable a una hipótesis menos grave, a la luz de una pluralidad de elementos como la escasa diferencia de edad entre el acusado y las personas ofendidas, la temática de las imágenes pornográficas infantiles intercambiadas y la ausencia de técnicas particulares de presión, manipulación psicológica o seducción emocional. En definitiva, en opinión de la corte, todo lo anterior lleva a concluir que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad de la pena inferible de los arts. 3 y 27.3 de la Constitución, con perjuicio también del principio de individualización de la pena, en razón del carácter "personal" de la responsabilidad penal (art. 27.1 de la Constitución).

Para identificar la circunstancia atenuante, la corte consideró razonable remitirse al tipo penal contemplado en el art. 609 *quater* CP, que presenta importantes características en común con el delito en cuestión, ya que también está dirigido a proteger el libre y armonioso desarrollo de la personalidad del menor en el ámbito sexual. Este tipo penal establece el mismo marco sancionador que el art. 600 *ter* CP, pero, al mismo tiempo, prevé que, en los casos de delitos menos graves, la pena se reduzca como máximo en dos tercios. Esta solución sancionadora, que ya existe en el ordenamiento jurídico, constituye una solución constitucionalmente adecuada, capaz de remediar la violación constatada. Esto, según la corte, no excluye una reconsideración general de la cuestión por parte del legislador desde el punto de vista sistemático de las infracciones penales, de las normas incriminatorias y de los tratamientos punitivos. La reconsideración sistemática, obviamente, deberá tener en cuenta los cánones constitucionales de proporcionalidad e individualización de la pena.

Por último, la corte subrayó que la disminución invocada solo puede justificarse razonablemente en el supuesto de un valor significativamente inferior al que normalmente se asocia a la comisión de un delito conforme a la figura abstracta del delito, ya que la conducta en cuestión afecta el desarrollo equilibrado y el bienestar psicofísico del menor, así como su libertad y dignidad sexuales. A los efectos de su aplicación, el juez está obligado a realizar una prudente valoración global del hecho —en la que son relevantes la forma de realización de las imágenes

pornográficas infantiles y su objeto, el grado de coacción ejercido sobre la víctima y las condiciones físicas y psíquicas de esta, inclusive en relación con su edad y con la diferencia de edad con el autor del delito y con el daño, incluso psíquico, que se le causó— en aplicación también de los criterios adoptados recientemente por la Corte de Casación con referencia a la circunstancia atenuante de menor gravedad del delito de actos sexuales con un menor. Por último, en esta valoración se dará especial importancia a la extraneidad de la conducta incriminada respecto de aquellos perfiles de especial alarma social —es decir, la trazabilidad del hecho, o incluso solo su mera contigüidad al circuito de difusión de imágenes o videos de pornografía infantil y, *a fortiori*, al mercado — que han llevado al legislador a establecer para este delito un nivel mínimo de la pena de considerable dureza y, de forma más general, a atacar cualquier conducta susceptible de alimentar la oferta de pornografía infantil destinada al mercado, origen de la explotación sexual de menores.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.° 91/2024, del 20-5-2024, en https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do

Derecho penal. Detenidos. Derecho a la libre expresión de la afectividad incluso en su componente sexual. Derecho a la libertad personal. Derecho a la dignidad personal. **Derecho al respeto de la vida privada y familiar.** Derecho a la salud psicológica y física. (Italia).

Antecedentes del caso: el juez de vigilancia penitenciaria de Spoleto planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad —en relación con los arts. 2, 3, 13.1/4, 27.3, 29, 31, 32 y 117.1 (este último, a su vez, en relación con los arts. 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) de la Constitución italiana— del art. 18 de la Ley n.° 354/1975 (normas sobre el régimen penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y restrictivas de la libertad), porque no prevé que al detenido le sea permitido, —cuando no obsten razones de seguridad— mantener encuentros íntimos, incluso de carácter sexual, con la persona conviviente no detenida, sin supervisión visual por parte del personal de custodia.

El juez sostuvo que E. R. —detenido desde julio de 2019 por condenas por tentativa de homicidio, robo agravado, evasión y otros delitos y transferido al instituto penitenciario de Terni en marzo de 2022— no disponía aún de un programa de tratamiento y era improbable que pudiera beneficiarse de permisos de salida transitoria, ya sea por la ausencia de un programa que los previera o por la reciente imposición de sanciones disciplinarias. Asimismo, manifestó que en el instituto de Terni se habían creado áreas dedicadas a los encuentros de los detenidos con los hijos menores de edad, pero que los espacios reservados a los encuentros con las parejas

estaban vacíos, ya que la vigilancia visual continua del personal de custodia estaba prescripta por el art. 18 de la Ley n.° 354/1975.

El juez consideró que esa prescripción implicaba la prohibición de ejercer la afectividad en una esfera privada y, sobre todo, la sexualidad, lo cual comportaría la violación de las disposiciones invocadas. Ante todo, daría lugar a la violación del derecho fundamental de la persona garantizado por el art. 2 de la Constitución, es decir, el derecho a la libre expresión de la afectividad, incluso en su componente sexual. La abstinencia forzosa de relaciones sexuales con familiares en libertad supondría, según el juez, una restricción adicional de la libertad personal del recluso, injustificada cuando no existen requisitos particulares de custodia, así como también violencia física y moral contra el detenido, lo que constituiría una violación del art. 13.1/4 de la Constitución. Una pena caracterizada por la privación de una parte importante de la libre disposición del propio cuerpo y de la expresión de los afectos también sería contraria al sentido de humanidad e incapaz de cumplir su función reeducadora, e infringiría el art. 27.3 de la Constitución. La imposibilidad de cultivar plenamente las relaciones afectivas también podría afectar negativamente a la continuidad y solidez de los vínculos familiares del detenido, protegidos por los arts. 29, 30 y 31 de la Constitución, y comprometer su salud psicológica y física, garantizada por el art. 32 de la Constitución. Todo esto implicaría un trato inhumano y degradante, lesivo del derecho del detenido al respeto de su vida privada y familiar, y, por tanto, supondría la violación del art. 117.1 de la Constitución, en relación con los arts. 3 y 8 de la Convención Europea.

El juez de vigilancia también hizo referencia a la sentencia n.° 301/2012 de la Corte Constitucional de Italia que había declarado inadmisibles cuestiones análogas a las planteadas en este caso. En efecto, en esa oportunidad, la corte había tenido en cuenta la insuficiencia del derecho positivo además de las tendencias manifestadas a nivel internacional y había considerado oportuno señalar al legislador que el tema de la afectividad del detenido representaba un problema que ameritaba la máxima atención.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la Ley n.º 354/1975, en la medida en que no prevé que el detenido pueda ser autorizado a entrevistarse con su cónyuge, su pareja de hecho o su conviviente de forma estable sin la supervisión visual del personal de custodia cuando no existan razones de seguridad o exigencias de mantenimiento del orden y la disciplina, ni, en lo que respecta al acusado, razones judiciales.

La corte sostuvo que, desde la publicación de su sentencia n.° 301/2012, el régimen penitenciario había registrado innovaciones significativas que en la actualidad trazaban un cuadro normativo muy diferente al de entonces. Destacó el art. 1.38 de la Ley n.° 76/2016, que sostiene que los convivientes de hecho tienen los mismos derechos que le corresponden al cónyuge en los casos previstos en la normativa penitenciaria, disposición que la Corte de Casación había precisado como referida "a la necesidad de proteger la relación interpersonal directa". En virtud del art. 1.20 de la misma ley, los derechos del cónyuge en materia de visitas penitenciarias se habían extendido también a la pareja de la unión civil del mismo sexo.

Asimismo, según la corte, la inadecuación de la situación normativa actual se evidencia en el caso del detenido en espera de un juicio y al que se le prohíbe la expresión de su afectividad extramuros porque le es imposible gozar de salidas transitorias**.** Además, se le impide la afectividad intramuros por efecto del art. 18 de la Ley n.° 354/1975, pese a la presunción de inocencia hasta la condena definitiva en virtud del art. 27.2 de la Constitución.

La corte afirmó que el ordenamiento jurídico tutelaba las relaciones afectivas de las personas y reconocía la libertad de vivir plenamente el sentimiento de afecto que constituye su esencia. El estado de detención puede afectar a las condiciones y al modo de ejercicio de esa libertad, pero no puede anularla en su totalidad mediante una disposición abstracta y generalizada, insensible a las condiciones individuales del detenido y a las perspectivas concretas de su reinserción en la sociedad. La cuestión de la afectividad intramuros se refiere, por tanto, a la identificación del límite concreto dentro del cual el estado de detención es capaz de justificar una restricción de la libertad de expresar afecto, incluso en la dimensión íntima. Más allá de este límite razonable, el sacrificio de la propia libertad resulta constitucionalmente injustificable y supone una violación de la dignidad personal.

En la sentencia n.° 301/2012, la corte había formulado una recomendación al legislador orientada a promover la búsqueda de un punto de equilibrio que, sin comprometer la ineludible seguridad y el orden en los establecimientos penitenciarios, permitiera la apertura de espacios para la manifestación de esa libertad básica.

La corte se refirió al art. 18.3 de la Ley n.° 354/1975, que establece que: "[l]os encuentros tienen lugar en salas especiales bajo la supervisión visual y no auditiva del personal de custodia". La parte impugnada por el tribunal remitente, es decir, la exigencia de supervisión visual, fue reiterada en el art. 37.5 del Decreto Presidencial n.º 230/2000 (normas sobre el reglamento penitenciario y las medidas de privación y restricción de libertad), que dispone que: "[e]n cualquier caso, los encuentros se llevarán a cabo bajo la supervisión visual del personal de la policía penitenciaria". La corte afirmó que estas disposiciones no preveían ninguna excepción.

La corte recordó que, en su sentencia n.º 561/1987, ya había reconocido que la sexualidad es uno de los modos esenciales de expresión de la persona humana, pero que la cuestión de la afectividad de los detenidos no podía reducirse a la de la sexualidad, ya que implica aspectos de la personalidad y modos de relación que pertenecen a las connotaciones inderogables del ser humano. Asimismo, afirmó que, entre los principios rectores del régimen penitenciario enunciados en el art. 1 de la Ley n.º 354/1975, se encuentran "[e]l tratamiento penitenciario que debe ser humanitario y garantizar el respeto de la dignidad de la persona" que "se realiza según un criterio de individualización en relación con las condiciones específicas de las personas afectadas" y el principio de los "medios mínimos", según el cual "[n]o pueden adoptarse restricciones que no puedan justificarse por la necesidad de mantener el orden y la disciplina y, en cuanto a los acusados, que no sean indispensables a efectos judiciales".

La corte hizo mención de las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006, que establecen que las visitas deben realizarse de forma que permitan a los reclusos

mantener y desarrollar sus relaciones, en concreto las familiares, "de la manera más normal posible" (Regla 24.4).

La corte también destacó que otro aspecto de la irrazonabilidad de las restricciones impuestas a la expresión de la afectividad, como consecuencia de la no derogación del control presencial de los encuentros familiares, se refiere a su repercusión sobre las personas que, vinculadas al recluso por una relación afectiva estable, ven restringida la posibilidad de mantener la relación, incluso durante años. Se trata de personas ajenas al delito y a la condena que sufren un perjuicio indirecto debido a la situación normativa. Aunque en cierta medida es inevitable que las personas vinculadas afectivamente al recluso sufran las consecuencias fácticas de las restricciones penitenciarias que se le imponen, esto se torna incongruente cuando la restricción en sí misma no es necesaria, como en este caso, ya que la entrevista puede realizarse en condiciones de intimidad sin que sean menoscabadas las exigencias de seguridad. Estas observaciones sobre el menoscabo de la dignidad del tercero se aplican también a la afectividad en todas sus manifestaciones, y no solo a la sexualidad, que en la perspectiva específica de las relaciones conyugales asume una relevancia peculiar.

La corte recalcó que la imposibilidad del recluso de expresar una afectividad normal con su pareja se traduce en un perjuicio para la persona en el ámbito familiar y, más ampliamente, en las relaciones en las que se desenvuelve su personalidad, que se expone a un empobrecimiento progresivo y, en última instancia, al riesgo de desintegración. Desde este punto de vista, existe una violación del art. 27.3 de la Constitución, en la medida en que una pena que impide al condenado el ejercicio de la afectividad en los encuentros con un miembro de su familia corre el riesgo de resultar inadecuada para la finalidad reeducadora. La intimidad afectiva no puede ser sacrificada por la ejecución penal más allá de lo necesario, ya que, de lo contrario, la sanción no tendería al objetivo de la resocialización. Por el contrario, la persecución de este objetivo se ve obstaculizada por el debilitamiento de las relaciones afectivas, que puede resultar en una "desertización afectiva", exactamente contraria a la resocialización.

La corte sostuvo que la disposición impugnada también vulneraba el art. 117.1 de la Constitución en relación con el art. 8 de la Convención Europea. Agregó que, actualmente, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos reconocen a los reclusos un espacio más o menos amplio para expresar su afectividad dentro de la prisión, incluida la sexualidad. Se refirió a los locutorios familiares (*parloirs familiaux*) y a las unidades de vida familiar (*unités de vie familiale*), en los que el Código Penitenciario francés prevé las visitas de familiares adultos, de duración variable y sin vigilancia continua y directa. Asimismo, la corte se refirió a las comunicaciones íntimas reguladas por el Reglamento Penitenciario español y a las visitas de larga duración (Langzeitbesuche), permitidas por la legislación penitenciaria de muchos Länder alemanes. Por otra parte, la corte hizo mención a que, en varias ocasiones, la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien declaró que los Estados no están obligados a reconocer las visitas conyugales porque gozan de un amplio margen de apreciación a este respecto, consideró que el enfoque legislativo mencionado era

acorde con la protección de los derechos y libertades previstos en la Convención Europea (ver sentencias "Dickson c. Reino Unido", del 4 de diciembre de 2007, "Chocholáč c. Eslovaquia", del 7 de julio de 2022, y "Lesław Wójcik c. Polonia", del 1 de julio de 2021).

Con el fin de garantizar la efectividad de los principios mencionados y salvaguardar el ejercicio de la discrecionalidad legislativa, la corte hizo hincapié en una serie de aspectos derivados de este caso que señalan problemas y necesidades en el ejercicio de la afectividad intramuros de los detenidos, a saber:

a) la duración de los encuentros íntimos debe adecuarse al objetivo de permitir al recluso y a su pareja una expresión plena de la afectividad, lo que no implica necesariamente una relación sexual, pero tampoco la excluye.

b) en la medida en que tienen por objeto la preservación de relaciones afectivas estables, las visitas deben poder desarrollarse de forma no esporádica (si se cumplen las condiciones) y de manera que no impidan que los encuentros alcancen el objetivo global de preservar la estabilidad de la relación afectiva:

c) numerosos textos supranacionales señalan que la disposición de lugares adecuados es una condición básica para el ejercicio de la afectividad del recluso dentro del instituto penitenciario: en particular, la Recomendación n.º 1340 (1997) sobre los efectos de la detención en el ámbito familiar y social adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (punto 6.6.), y la Recomendación n.º 2003/2188 (INI) sobre los derechos de los reclusos en la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo el 9 de marzo de 2004 (punto 1.c);

d) es razonable pensar que las visitas para proteger la afectividad puedan tener lugar en unidades residenciales especialmente equipadas dentro de las instituciones, organizadas para permitir la preparación y el consumo de comidas y reproducir, en la medida de lo posible, un entorno de tipo doméstico. Sin embargo, es necesario garantizar la confidencialidad del lugar en el que se desarrolla el encuentro, que, para permitir la plena manifestación de la afectividad, debe estar sustraído no solo a la observación interna del personal de custodia, sino también a la mirada de los demás internos;

e) a diferencia de lo dispuesto en el art. 19.3 del Decreto Legislativo n.° 121/2018 en relación con la visita prolongada al detenido menor de edad, en el caso del detenido mayor de edad no debe permitirse la presencia de varias personas, dada la posibilidad de una derivación sexual del encuentro, que, por lo tanto, debe realizarse únicamente con el cónyuge, la pareja de la unión civil o la persona que conviva permanentemente con el detenido;

f) antes de autorizar la entrevista confidencial, el director del establecimiento, además de la existencia de prohibiciones impuestas por la autoridad judicial que impidan el contacto del detenido con la persona, deberá comprobar la existencia de la condición de vínculo afectivo estable y, en particular, que hubiera convivencia previa;

g) en la utilización de los lugares habilitados para el ejercicio de la afectividad, se favorecen las visitas prolongadas para los internos que no disfrutan de salidas transitorias.

Por otra parte, la corte consideró que el juez de vigilancia de Spoleto había previsto como obstáculo a los encuentros íntimos únicamente "razones de seguridad". Sin embargo, según la corte, ello no concedía la debida importancia al principio rector según el cual la necesidad de mantener el orden y la disciplina y, en lo que respecta a los acusados, los "fines judiciales" constituyen el fundamento de las restricciones intramuros. Por tanto, no solo la peligrosidad social del detenido, sino también las irregularidades de la conducta y los antecedentes disciplinarios pueden ser tenidos en cuenta en una evaluación global.

Finalmente, la corte aclaró que su decisión no se refería a regímenes especiales de detención.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.° 10/2024, del 26-1-2024, en https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2024:10

Suicidio asistido. Derecho a la autodeterminación terapéutica. Deber de proteger la vida humana. Derecho a la dignidad. Derecho al respeto de la vida privada. Derecho a la igualdad. (Italia).

Antecedentes del caso: la cuestión se suscitó a raíz de un proceso penal contra tres personas que habían ayudado a un paciente con esclerosis múltiple avanzada, en un estado de inmovilidad casi total, a cometer suicidio asistido en un centro privado suizo.

El juez de instrucción del Tribunal Ordinario de Florencia consideró que el paciente se encontraba en un estado de sufrimiento agudo a causa de una enfermedad irreversible y que había tomado la decisión de morir de manera libre y conscientemente, pero que su supervivencia no dependía de un tratamiento de soporte vital.

En Italia, ante la ausencia de una ley que regule la materia, los requisitos para acceder al suicidio asistido son los establecidos por la sentencia n.° 242/2019 de la Corte Constitucional, entre los que se encuentra la dependencia del paciente de un tratamiento de soporte vital.

Dado que, en este caso, el paciente no dependía de un tratamiento de soporte vital, el juez consideró que no se cumplían todas las condiciones de no punibilidad del suicidio asistido establecidas en la sentencia n.º 242/2019, entre las que se encuentran, además, la irreversibilidad de la patología, la presencia de sufrimiento físico o psíquico intolerables y la capacidad del paciente para tomar decisiones libres y conscientes.

El juez, en este punto, solicitó a la Corte Constitucional la eliminación del requisito de dependencia de un tratamiento de soporte vital, por considerarlo contrario a los principios constitucionales de igualdad, autodeterminación terapéutica, dignidad de la persona, así como al derecho al respeto de la vida privada reconocido por la Convención Europea de Derechos Humanos.

En el procedimiento de legitimidad constitucional se permitió la intervención de dos mujeres que padecían enfermedades similares en apoyo de las cuestiones planteadas. Numerosos *amici curiae* presentaron dictámenes a favor o en contra de la aceptación de las cuestiones.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia reiteró los cuatro requisitos de acceso al suicidio asistido establecidos en la sentencia n.º 242/2019, aclaró la correcta interpretación del requisito de dependencia del paciente de un tratamiento de soporte vital y precisó que la noción de tratamiento de soporte vital debe ser interpretada por el Servicio Sanitario Nacional y por los tribunales comunes de acuerdo con la fundamentación de la sentencia n.º 242/2019.

En primer lugar, la corte descartó que el requisito de dependencia de un tratamiento de soporte vital condujera a una desigualdad de trato irrazonable de los pacientes. La sentencia n.º 242/2019, puntualizó, no había reconocido un derecho general a poner fin a la propia vida en toda situación de sufrimiento intolerable provocada por una enfermedad irreversible, sino que solo había considerado irrazonable impedir el acceso al suicidio asistido de pacientes que —en esa condición y con una capacidad de decisión inalterada— ya tuviesen el derecho a poner fin a su propia vida mediante el rechazo del tratamiento necesario para garantizar su supervivencia, tal como se lo reconoce en la Ley n.° 219/2017, en concordancia con el art. 32.2 de la Constitución. Entendió, así, que tal fundamento no se extiende a los pacientes que no dependen de un tratamiento de soporte vital y no tienen —o no todavía— la opción de morir simplemente con el rechazo del tratamiento. Por lo tanto, concluyó que se trataba de dos situaciones diferentes.

En cuanto a la autodeterminación terapéutica, la corte reiteró que todo paciente tiene derecho constitucional a rechazar cualquier tratamiento médico no impuesto por la ley, aunque sea necesario para su supervivencia. Sin embargo, observó que el derecho invocado por el juez a una esfera general de autonomía en las decisiones que afectan al propio cuerpo es más amplio que el derecho a rechazar un tratamiento médico, y debe equilibrarse necesariamente con el deber compensatorio de proteger la vida humana, especialmente la de las personas más débiles y vulnerables. Se trata, señaló, de evitar no solo posibles abusos, sino también la creación de una "presión social indirecta" que pueda inducir a esas personas a apartarse prematuramente si perciben que su vida se ha convertido en una carga para familiares y terceros. Al respecto, observó que la tarea de encontrar el equilibrio más adecuado entre el derecho a la autodeterminación y el deber de proteger la vida humana en primer lugar corresponde al legislador, dentro del marco especificado por la corte en su jurisprudencia.

A continuación, la corte subrayó que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, toda vida es portadora de una dignidad inalienable, independientemente de las condiciones en las que se produzca. La noción "subjetiva" de dignidad evocada por la orden de remisión y vinculada a la concepción que el paciente tiene de su propia persona, noción acerca de la cual la corte señaló que no era en absoluto insensible, acaba entonces por coincidir con la de autodeterminación. Por lo tanto, sostuvo que seguía siendo necesario un acto de equilibrio, también con respecto a ella, frente al deber opuesto de proteger la vida humana.

Por otra parte, la corte negó que hubiera habido una violación del derecho a la intimidad reconocido por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. De hecho, observó que en la sentencia "Karsai c. Hungría", del 13 de junio de 2024, la propia Corte Europea de Derechos Humanos había descartado que la incriminación de la asistencia al suicidio vulnerase el derecho a la intimidad de una persona que padecía una enfermedad neurodegenerativa avanzada, y había reconocido un amplio margen de apreciación a cada Estado a la hora de equilibrar este derecho con la protección de la vida humana.

No obstante, la Corte Constitucional dejó en claro que la noción de tratamiento de soporte vital debe ser interpretada por el Servicio Sanitario Nacional y los tribunales comunes de acuerdo con los fundamentos de la sentencia n.° 242/2019. Esta sentencia, recordó, se basa en el reconocimiento del derecho fundamental del paciente a rechazar cualquier tratamiento médico al que fuera sometido, independientemente de su grado de complejidad técnica e invasividad. Así, señaló que la noción incluye también ciertos procedimientos —como, por ejemplo, la evacuación manual, la inserción de catéteres o la aspiración de mucosidad de los bronquios— que normalmente son realizados por el personal médico, pero que también pueden ser llevados a cabo por los familiares o cuidadores que asisten al paciente, siempre que su interrupción conduzca previsiblemente a la muerte del paciente en un plazo breve.

La corte también dejó claro que, a los efectos del acceso al suicidio asistido, no puede haber distinción entre la situación de un paciente que ya ha sido sometido a un tratamiento de soporte vital cuya interrupción puede solicitar y la de un paciente que aún no ha sido sometido a ese tratamiento, pero que lo necesita para mantener sus funciones vitales. Consideró que, puesto que incluso en esta circunstancia el paciente puede legítimamente rechazar el tratamiento, se encuentra ya en la situación indicada por la sentencia n.º 242/2019.

La corte reafirmó, además, la necesidad del cumplimiento oportuno de las condiciones de procedimiento establecidas en la sentencia n.° 242/2019. Por lo tanto, entendió que, para todos los hechos posteriores a 2019, es necesario que las condiciones y modalidades de ejecución de la ayuda al suicidio sean verificadas por establecimientos públicos del Servicio Sanitario Nacional en el marco del "procedimiento médico" al que se refiere la Ley 219/2017, sujeto al dictamen previo del comité de ética competente en el territorio, sin que intervenga la hipotética equivalencia de los procedimientos alternativos realmente ejecutados. Todo ello,

señaló, sin perjuicio de la necesidad de que el juez penal compruebe cuidadosamente todos los requisitos del delito, incluido el elemento subjetivo.

Por último, la corte expresó la firme esperanza de que el legislador y el Servicio Sanitario Nacional garantizaran la aplicación concreta y oportuna de los principios enunciados en la sentencia, sin perjuicio de que el legislador pueda dictar normas diferentes, en cumplimiento de los principios enunciados. Reiteró, además, el enérgico llamado, ya realizado en ocasiones anteriores, para que se garantice a todos los pacientes el acceso efectivo a los cuidados paliativos adecuados para controlar su sufrimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 38/2010.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.° 135/2024, del 8-7-2024, en https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2024:135

NUEVA ZELANDA

Derecho ambiental. Daño ambiental. Emisión de gases de efecto invernadero. Cambio climático. **Pueblos originarios.** Responsabilidad civil extracontractual. Derechos públicos. (Nueva Zelanda).

Antecedentes del caso: Michael John Smith es un anciano perteneciente a las poblaciones nativas Nagpuhi y Ngati Kahu de Nueva Zelanda. Es el portavoz del cambio climático del Iwi Chairs Forum, un foro nacional de líderes tribales. En agosto de 2019, presentó una demanda ante el Tribunal Superior contra siete compañías (Fonterra Co-Operative Group Limited, Genesis Energy Limited, Dairy Holdings Limited, New Zealand Steel Limited, Z Energy Limited, Channel Infrastructure NZ Limited y BT Mining Limited). Alegó que las empresas —que emiten gases de efecto invernadero o suministran productos que, al quemarse, liberan estos gases— causaron y seguirán causando daños a la whenua (tierra) y moana (mar), como también a los lugares de reunión habitual, culturales, históricos, gastronómicos y de significado espiritual para él y su whanau (tribu).

Smith planteó ante el Tribunal Superior la existencia de tres casos de responsabilidad civil extracontractual: primero, la alteración del orden público, segundo, negligencia, y tercero, la contribución material al daño del sistema climático, la interferencia antropogénica y peligrosa del ambiente y la generación de efectos adversos que favorecen el cambio climático. Asimismo, solicitó que se declarara que las compañías, de manera individual y/o colectiva, incumplían sus obligaciones o que habían provocado o contribuido, con sus actividades, a generar una alteración del orden público y a causar un perjuicio. Además, requirió el dictado de órdenes judiciales que obligaran a las compañías a producir un pico de sus emisiones para 2025, una reducción concreta de sus emisiones desde 2030 (mediante reducciones lineales de las emisiones netas cada año) y cero emisiones netas para 2050.

Las compañías solicitaron la nulidad del procedimiento. En términos generales, alegaron que la demanda de Smith no planteaba ninguna causa de acción que fuera defendible de manera razonable. Sostuvieron que el reclamo se refería a cuestiones políticas complejas que correspondía abordar en el Parlamento (y que, en verdad, ya habían sido tratadas). Por otro lado, las demandadas presentaron una declaración jurada que acreditaba que cada una de ellas cumplía con los requisitos legales y reglamentarios pertinentes, lo cual no fue discutido por Smith.

El Tribunal Superior determinó que los planteos sobre alteración del orden público y negligencia no eran razonablemente defendibles y los declaró nulos, aunque no hizo lo propio con respecto a la demanda basada en la propuesta de responsabilidad civil por daños al sistema climático. Smith apeló la decisión y, a su vez, las compañías demandadas hicieron lo propio. El Tribunal de Apelación declaró nulas las tres causas de recurso. En su opinión, la magnitud de la crisis del cambio

climático no puede ser abordada correctamente mediante demandas por daños y perjuicios ante los tribunales, ya que se trata de un asunto que requiere una respuesta reguladora a nivel nacional, con el apoyo de una coordinación internacional.

Smith recurrió ante la Suprema Corte de Nueva Zelanda. Sostuvo que su demanda se ajustaba a la función tradicional de los tribunales, al *common law* y al derecho de daños. En su opinión, las compañías lo estaban perjudicando y, por eso, solicitaba la ayuda de los tribunales para que pusieran fin al daño. Además, aseguró que las cuestiones planteadas merecían un juicio y una resolución basada en pruebas.

Sentencia: la Suprema Corte de Nueva Zelanda admitió el recurso interpuesto por Smith. Consideró que aplicar los principios ortodoxos que rigen las declaraciones de nulidad suponía admitir que la demanda de Smith debía llegar a juicio y que no podía ser anulada preventivamente.

La corte señaló que un planteo prudente de nulidad resultaba adecuado cuando la demanda se basaba, al menos, en un perjuicio no trivial que pudiera alegarse de manera razonable. En una situación semejante, el *common law* debería propiciar una evaluación cabal de la demanda, basada en pruebas y argumentos, en lugar de una anulación preventiva. En efecto, según la corte, la nulidad solo procede cuando, cualesquiera que sean los hechos probados o los argumentos jurídicos y las consideraciones políticas presentadas, el caso está destinado a fracasar.

Además, la corte sostuvo que no había motivos para concluir que el derecho de daños (en particular, la alteración del orden público) en el ámbito del cambio climático en Nueva Zelanda hubiera sido desplazado por la ley. En efecto, ni la Ley de Respuesta al Cambio Climático de 2002 ni la Ley de Gestión de Recursos de 1991 tenían ese efecto. Por el contrario, el Parlamento había dejado abierta una vía para que el *common law* funcionara, se desarrollara y evolucionara en ese marco normativo.

Luego, la corte evaluó si la demanda de Smith por alteración del orden público (en que los actos u omisiones de un demandado deben tener una injerencia sustancial e irrazonable en los derechos públicos) estaba destinada a fracasar. La corte respondió a esta cuestión a través de cuatro preguntas: a. ¿se alegan derechos públicos recurribles?; b. ¿se exige una ilicitud independiente (es decir, una ilicitud independiente del acto ilícito en sí)?; c. ¿se cumple o se exige la regla especial de daños?, y d. ¿existe una "conexión suficiente" entre el daño alegado y las actividades de los demandados?

Sobre la primera cuestión, la corte señaló que los derechos invocados por Smith —derecho a la salud pública, a la seguridad pública, al bienestar público, a la utilidad pública y a la paz pública— guardaban una relación suficiente con los derechos específicos que tradicionalmente fundamentan una acción por alteración del orden público.

En relación con la segunda cuestión, la corte sostuvo que la alteración del orden público en Nueva Zelanda no requería que el acto u omisión denunciado fuera independientemente ilícito.

En cuanto a la tercera cuestión, relativa a la regla especial de daños, la corte consideró que la exigencia de que un demandante particular hubiera sufrido un daño especial para presentar una demanda por alteración del orden público requería ser reconsiderada en el contexto del siglo XXI. Además, y con independencia de si la norma había sido revocada o reformada, la corte sostuvo que Smith podía alegar que cumplía los requisitos actuales debido a su alegación de daños a terrenos costeros sobre los que él, y otras personas a las que representa, reivindican intereses jurídicos e intereses basados en la *tikanga*, las normas culturales maoríes.

Con respecto a la cuarta cuestión, la corte se refirió a una serie de fuentes autorizadas que sugerían que es discutible que, en caso de alteración del orden público, un demandado deba asumir la responsabilidad por su contribución a una injerencia común en los derechos públicos, y que su responsabilidad no debe estar supeditada a la ausencia de contribución o ser exonerada de hecho por actos equivalentes de otros. En cualquier caso, la corte admitió que las consecuencias de las emisiones atribuibles a las actividades de las demandadas constituían un perjuicio para el terreno y otros intereses invocados por Smith. La corte reconoció que era verosímil que Smith encontrara obstáculos para obtener una orden judicial, pero no debía pasarse por alto la utilidad de un recurso declarativo.

En cuanto al posible papel de la *tikanga*, la corte sostuvo que, cualquiera que fuera la causa de la acción, no podía evitarse abordar y evaluar las cuestiones relativas a estas normas culturales en el juicio, ya que el daño alegado invocaba intereses vinculados con ellas. Además del impacto conceptual que la *tikanga* puede tener en el planteo de causas particulares de acción, un tribunal de primera instancia tendrá que considerar su posible efecto sobre cualquier requisito de daño especial en la alteración del orden público y, en general, si el daño relacionado con la *tikanga* es una forma jurídicamente reconocible de pérdida.

Por último, la corte estimó que la denegación de la anulación y el restablecimiento de la demanda de Smith no implicaban que la demanda fuera a prosperar en juicio, sino que más bien se trataba —en esta fase preliminar— de que no podía afirmarse que estuviera destinada al fracaso.

SUPREMA CORTE DE NUEVA ZELANDA, "Michel John Smith v. Fonterra Co-Operative Group Limited and Others", sentencia del 7-2-2024, en https://www.courtsofnz.govt.nz/assets/cases/2024/2024-NZSC-5.pdf

PERÚ

Pueblos originarios. Derecho a la consulta previa. Derecho a la propiedad comunal y al territorio. Concesión de explotación minera en tierras de comunidades indígenas. (Perú).

Antecedentes del caso: en 2016, el representante de una comunidad indígena peruana —la Comunidad Campesina de Asacasi, del departamento de Apurímac— solicitó la revocación de una serie de concesiones mineras. Demandó al Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, al Ministerio de Energía y Minas y a la Dirección Regional de Energía y Minas de Apurímac por el otorgamiento de veintisiete permisos de explotación minera en un área geográfica que forma parte del territorio ancestral de la comunidad.

Argumentó que no se había cumplido con el requisito de realizar consultas previas, libres e informadas a la comunidad antes de otorgar los permisos. Sostuvo que la acción de las autoridades había vulnerado sus derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal y al territorio, así como ciertos derechos contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y otros pactos internacionales en materia de derechos humanos. Además, alegó que la concesión minera conllevaba consecuencias jurídicas constantes sobre los derechos preexistentes de la comunidad, puesto que los propios actos administrativos de otorgamiento de permisos creaban un conflicto entre los derechos a la explotación minera y los derechos indígenas.

Solicitó, en particular, que se declarara la nulidad de los actos administrativos que habían autorizado las concesiones mineras y que se ordenara a las entidades públicas demandadas a garantizar un proceso de consulta previa, libre e informada a la Comunidad Campesina de Asacasi.

Dado que el Juzgado Mixto de Cotabambas y la Corte Superior de Justicia de Apurímac desestimaron la demanda, el representante de la comunidad interpuso un recurso de agravio ante el Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia: el Tribunal Constitucional del Perú desestimó el recurso de agravio. Declaró válidas las concesiones mineras otorgadas, ya que no existía reglamentación legal ni normativa vigente respecto del derecho a la consulta previa para estos casos. Al mismo tiempo, exhortó al Congreso para que legislara sobre la participación ciudadana de las comunidades campesinas e indígenas en los procesos de otorgamiento de concesiones mineras.

Señaló que el otorgamiento de los permisos de explotación minera debía ser comunicado a la comunidad para que los habitantes estuvieran informados acerca de la eventual modificación de la situación jurídica del territorio y de los posibles cambios a futuro, pero aclaró que no existía ninguna regulación que obligara a realizar una consulta previa, libre e informada. Por lo tanto, consideró que las

peticiones formuladas por el recurrente no resultaban de aplicación a este caso y no eran directamente exigibles a las entidades demandadas.

Así, el Tribunal Constitucional observó que, si bien el derecho a la participación ciudadana establece que corresponde informar a los pueblos originarios sobre el otorgamiento de una concesión minera dentro de su territorio, también es cierto que se requiere de la configuración legal y reglamentaria. Afirmó, en otras palabras, que no bastaba la sola regulación contenida en la Constitución para que la autoridad tomara medidas sin contar con habilitación legal y reglamentaria para hacerlo o actuara al margen de la normativa vigente.

Además, el Tribunal Constitucional advirtió que una garantía propia del modelo de Estado constitucional es que las autoridades no podían actuar de modo discrecional y menos aún arbitrario, sino que debían hacerlo siempre en el marco de lo previsto por la ley. Señaló que, en el caso específico del derecho a la participación ciudadana en lo concerniente al otorgamiento de concesiones mineras, resultaba necesario, desde el punto de vista constitucional, dictar normas específicas que garantizaran el ejercicio pleno y eficaz del derecho.

El Tribunal Constitucional concluyó que, en lo concerniente a la normativa vigente acerca de la publicidad de los petitorios mineros o del otorgamiento de concesiones mineras —que actualmente no prevé comunicar o notificar sobre ellas a los pueblos originarios—, la pretensión del recurrente también ponía de manifiesto una tarea pendiente del Estado, tanto a nivel de legislación como de reglamentación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. n.° 03326-2017-PA/TC, "Comunidad Campesina de Asacasi, representada por Hipólito Tarapaqui Cuñas", sentencia del 6-6-2023, en https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03326-2017-AA.pdf



Pueblos originarios. Derecho a la consulta previa, libre e informada. Derecho a la participación de los pueblos indígenas. Derecho a la libre determinación. Derecho a la propiedad comunal y al territorio. Derecho a los recursos naturales. Derecho a la identidad cultural. Paz social. Concesión de obras de infraestructura en territorios indígenas. (Perú).

Antecedentes del caso: la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente y la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas interpusieron un amparo contra el Ministerio de Energía y Minas y la empresa Proinversión. Impugnaron el contrato de concesión otorgado a esa empresa para la construcción de subestaciones y líneas de transmisión de electricidad en territorio indígena. Alegaron que las

autoridades habían omitido consultar a las comunidades afectadas de las regiones de San Martín y Loreto. Consideraron que habían sido vulnerados los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada, a la libre determinación, a la propiedad comunal, a los recursos naturales y a la identidad cultural. Señalaron que esos derechos eran reconocidos tanto por la Constitución nacional como por el Convenio n.° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Además, solicitaron que se ordenara al ministerio y a la empresa realizar un proceso de consulta previa con las comunidades afectadas para decidir, en ese marco, cuál era la ruta más adecuada para desarrollar el proyecto. Reclamaron que se dejara constancia de que el objetivo del proceso era obtener el consentimiento libre, previo e informado, y no limitarse a una mera consulta sin consecuencias vinculantes. Además, pidieron que se establecieran las potenciales medidas compensatorias e indemnizatorias a favor de los pueblos afectados.

El amparo fue rechazado en primera y en segunda instancia, por lo que las organizaciones interpusieron un recurso de agravio ante el Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia: el Tribunal Constitucional del Perú declaró, por mayoría, que la demanda era improcedente respecto del pedido de nulidad del contrato de concesión. Al mismo tiempo, reconoció el derecho de participación de los pueblos indígenas y exhortó al Congreso de la República a legislar sobre este derecho —de acuerdo con el art. 6.b del Convenio n.° 169 de la OIT— en relación con el desarrollo de proyectos de infraestructura eléctrica, o similares, que afecten colectivamente a comunidades indígenas.

El Tribunal Constitucional sostuvo que, en la medida en que el Estado desarrolle un proceso participativo que permita a las comunidades involucradas conocer el proyecto de infraestructura, este gozará de un mayor nivel de legitimación en consonancia con la búsqueda de la paz social. Por eso, consideró fundamental que se sancione la legislación necesaria para implementar y regular este proceso participativo.

El Tribunal Constitucional señaló que este tipo de políticas de diálogo resultan necesarias en el actual modelo constitucional, en el que prevalecen la defensa de la inclusión y la procura del bienestar general con el fin de evitar la estigmatización o discriminación de un ciudadano o de un grupo poblacional. Por el contrario, el objetivo de las políticas de diálogo es alcanzar la paz social, un nuevo derecho implícito que emerge del cuadro de principios y valores de la Constitución peruana.

El Tribunal Constitucional, como en otras ocasiones, reiteró que existía una obligación de consultar por parte del Estado cada vez que una medida administrativa o legislativa podía afectar directamente a los pueblos indígenas. En este sentido, la afectación directa implica un cambio relevante y directo en la situación jurídica, que se concreta con el otorgamiento de la concesión definitiva del proyecto de infraestructura eléctrica.

En cuanto a este caso concreto, el Tribunal Constitucional observó que la empresa concesionaria no había suscripto un contrato de concesión definitiva, ya

que, en el trámite ante la autoridad del ministerio, se consideró que no cumplía con los requisitos establecidos en el art. 25 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Por esa razón, el Tribunal Constitucional señaló que no se había concretado la medida administrativa que afectaba directamente a los pueblos indígenas. De este modo, desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional concluyó que no se había vulnerado el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Además, el Tribunal Constitucional se refirió al acuerdo del consejo directivo de la empresa Proinversión. Advirtió que, si bien es cierto que el acuerdo de la empresa no constituía una afectación directa y, en principio, no generaba la obligación de llevar a cabo un proceso de consulta, también lo es que subyace un deber de información por parte del Estado. Este deber estatal se funda en el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones de autoridades estatales que puedan menoscabar sus derechos o intereses por la tutela del derecho fundamental a la participación, y por el derecho especial y distintivo de la participación nativa. Así, el otorgamiento de infraestructura eléctrica sobre territorios indígenas es una medida susceptible de afectar directamente al proyecto de vida de los pueblos indígenas que los habitan y utilizan, de acuerdo con su identidad cultural.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. n.° 00151-2021-PA/TC, "Loreto, Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (ORPIO)", sentencia del 28-11-2023, en https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/00151-2021-AA.pdf

REINO UNIDO

Derecho a la propiedad intelectual. Patentamiento de invenciones creadas por inteligencia artificial. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: en octubre y noviembre de 2018, el Dr. Stephen Thaler presentó dos solicitudes para patentar invenciones relacionadas con dispositivos novedosos y modelos de utilidad, conforme a la Ley de Patentes de 1977 del Reino Unido.

Como en sus formularios de solicitud figuraba que él no era el inventor, se notificó al Dr. Thaler que debía presentar dos declaraciones: una declaración de invención y otra donde explicara de dónde derivaba su derecho al otorgamiento de las patentes, dentro del plazo de 16 meses a partir de la fecha de presentación de las solicitudes, de conformidad con el art. 13.2 de la ley de 1977 y con la regla 10.3 del Reglamento de Patentes.

El Dr. Thaler respondió que, en ambos casos, el inventor había sido una máquina de inteligencia artificial llamada DABUS, que trabajaba de forma autónoma y que, como él era el propietario de DABUS, tenía el derecho al otorgamiento de las patentes. Además, solicitó una audiencia en la que declaró que la información que había brindado cumplía con los requisitos de la ley de 1977 y del reglamento.

El 4 de diciembre de 2019, el funcionario de audiencias del Contralor General de Patentes, Diseños y Marcas —funcionario administrativo con tareas regulatorias respecto de ciertos tipos de propiedad intelectual en el Reino Unido— resolvió que DABUS no podía ser considerado inventor a los efectos de la ley de 1977, y que el Dr. Thaler no tenía derecho a solicitar las patentes por el mero hecho de ser su propietario. El funcionario también indicó que, una vez cumplido el plazo de los dieciséis meses previsto en el art. 10.3 del reglamento, las solicitudes se consideraban retiradas.

El Dr. Thaler interpuso una acción judicial contra la decisión del funcionario ante el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido, pero fue desestimada. Luego, apeló ante el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, y el recurso fue desestimado. Finalmente, interpuso un recurso ante la Corte Suprema del Reino Unido.

Sentencia: la Corte Suprema desestimó el recurso por unanimidad y resolvió que el funcionario del Contralor había resuelto acertadamente que, una vez cumplido el plazo de los dieciséis meses previsto en el art. 10.3 del Reglamento de Patentes, las solicitudes se consideraban retiradas.

La corte señaló que el presente recurso hacía referencia a la interpretación y aplicación de las disposiciones pertinentes de la ley de 1977 al caso concreto de Thaler.

En primer lugar, la corte debió analizar el alcance y el significado del término "inventor" en la ley de 1977 y si este podía comprender a una máquina de inteligencia

artificial como DABUS. Señaló que, en su jurisprudencia, había resuelto que un inventor en el sentido de la ley de 1977 debía ser una persona física. Destacó que en el fallo "Rhone-Poulenc Rorer International Holdings Inc v. Yeda Research and Development Co Ltd [2007] UKHL 43", la corte había resuelto que, en el contexto de un juicio relativo a derechos de propiedad intelectual, el inventor era la persona física a la que se le había ocurrido el concepto inventado. Agregó que los arts. 7.2 y 7.3 de la ley, por un lado, proporcionaban un código exhaustivo que permitía determinar quién tiene derecho al otorgamiento de una patente y, por el otro, establecían que el inventor debía ser una persona física y que cualquier otra persona a la que se le pudiera conceder la patente debía reclamarla a través del inventor. Asimismo, señaló que el art. 13 no contenía ninguna sugerencia de que un inventor pudiera ser una máquina.

Por esta razón, la corte consideró que el funcionario había resuelto acertadamente que DABUS no era el inventor de ningún producto o proceso nuevo descripto en las solicitudes a los efectos del art. 7 o del art. 13 de la ley de 1977.

En segundo lugar, la corte debió analizar la cuestión de si el Dr. Thaler era el propietario de alguna invención relacionada con un avance técnico realizado por DABUS y si tenía derecho a solicitar y obtener una patente.

La corte consideró que esta pretensión debía rechazarse. Señaló que el art. 7 de la ley de 1977 confería el derecho a solicitar y obtener una patente y establecía un código de categorías estructurado a tal fin. Agregó que el artículo exigía la existencia de un inventor, y que el inventor debía ser una persona. Advirtió que DABUS no era una persona física y señaló que, si el solicitante no era el inventor, este debía ser una persona comprendida en alguna de las categorías del art. 7.2.b o 7.2.c, y que Thaler no cumplía con ninguna de ellas.

La corte señaló que, para Thaler, el análisis de su pretensión había sido incompleto. Según había argumentado, la ley de 1977 reconocía que existe propiedad sobre una invención en el momento en que esta ocurre, y como él era el propietario de DABUS, su derecho a solicitar y obtener las patentes derivaba por analogía o aplicación del principio de accesión.

La corte consideró que estos argumentos no podían aceptarse. Señaló que, por un lado, suponían erróneamente que DABUS podía ser y era un inventor y, por el otro, caracterizaban erróneamente una invención como si fuera o equivaliese a una propiedad tangible y como si su titularidad pudiera transmitirse —como cuestión de derecho— al propietario de la máquina que, supuestamente, la había inventado.

La corte resolvió que no existía base alguna para aplicar a estas circunstancias el principio de accesión y destacó que el Tribunal de Apelación del Reino Unido había resuelto acertadamente que el principio de accesión no permitía —como cuestión de derecho— conferir al Dr. Thaler la propiedad o el derecho a solicitar y obtener las patentes para cualquier desarrollo técnico creado por DABUS de forma autónoma.

En tercer lugar, la corte debió analizar la cuestión de si el funcionario del Contralor tenía la facultad para considerar que las solicitudes habían sido retiradas.

La corte consideró que el funcionario estaba facultado para resolver que el Dr. Thaler no había cumplido con ninguno de los requisitos del art. 13.2 de la ley

de 1977, por no haber identificado a ninguna persona o personas como inventor o inventores de las invenciones descritas en sus solicitudes, y agregó que el hecho de que fuera el propietario de DABUS no constituía una base adecuada para otorgar las patentes solicitadas.

La corte coincidió con la decisión del funcionario de que, una vez cumplido el plazo de los dieciséis meses previsto en el art. 10.3 del reglamento, las solicitudes se consideraban retiradas. Agregó que tanto el juez como el Tribunal de Apelación del Reino Unido no habían incurrido en ningún error al confirmar esa decisión y al declarar que las solicitudes se consideraban retiradas.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, "Thaler (Appellant) v Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks (Respondent)", sentencia del 20-12-2023, en https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2021-0201-judgment.pdf



Derecho a la salud. Derecho de la víctima secundaria a una indemnización por daños psiquiátricos. Negligencia médica. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: los demandantes en tres casos diferentes, "Paul and another (Appellants) v Royal Wolverhampton NHS Trust (Respondent)", "Polmear and another (Appellants) v Royal Cornwall Hospitals NHS Trust (Respondent)" y "Purchase (Appellant) v Ahmed (Respondent)", reclamaron una indemnización por negligencia médica debido a la enfermedad psiquiátrica que habían desarrollado tras presenciar la muerte de un familiar cercano en circunstancias angustiantes. En cada caso, los demandantes alegaron que la muerte del familiar había sido el resultado de una negligencia del médico o la autoridad sanitaria, por no haber diagnosticado y tratado oportunamente una enfermedad potencialmente mortal.

En "Paul", las demandantes eran dos niñas de 9 y 12 años que habían presenciado la muerte repentina de su padre en la vía pública, mientras hacían compras. El hombre había sufrido un paro cardíaco debido a la oclusión de una arteria coronaria generada por una aterosclerosis no diagnosticada. Unos 14 meses antes había sido ingresado en el hospital por un dolor en el pecho y la mandíbula, pero no se le había ordenado una angiografía coronaria, por lo que la parte demandante alegó negligencia. Argumentaron que, de haberse realizado, el estudio habría revelado una enfermedad coronaria grave y, con el tratamiento adecuado, podría haberse evitado el paro cardíaco. Las hijas reclamaron una indemnización debido al daño psiquiátrico sufrido por haber presenciado la muerte de su padre.

En "Polmear", los demandantes eran un padre y una madre que habían presenciado la muerte trágica de su hija. Entre agosto y septiembre de 2014, Esmee,

de 6 años, había sido atendida por el médico de la familia tras una serie episodios respiratorios graves. En diciembre de 2014, fue derivada a un pediatra que atribuyó los síntomas a algún esfuerzo y no advirtió que se trataba de una enfermedad venooclusiva pulmonar. En julio de 2015, durante una excursión escolar, Esmee comenzó a sentirse mal y llamaron a su padre para que fuera a buscarla y la llevara de vuelta al colegio. En el trayecto, Esmee parecía cansada, agitada, y había vomitado. Poco después de que el padre la hubiera dejado en el colegio, recibió una llamada de las autoridades escolares para que regresara. Al llegar, encontró a Esmee tendida en el suelo mientras un miembro de la escuela le practicaba primeros auxilios. El padre continuó con las maniobras de RCP, pero Esmee no respondía. La madre de la niña, tras ser informada, se dirigió al colegio y presenció lo que ocurría. Los paramédicos, una vez ahí, intentaron reanimarla, pero sin éxito. Una ambulancia trasladó a la niña al hospital junto con sus padres, donde se declaró que había muerto. Los padres, que fueron diagnosticados con un trastorno de estrés postraumático y depresión severa, reclamaron una indemnización. Alegaron que con la evaluación y el tratamiento adecuados la muerte de Esmee podría haberse evitado.

En "Purchase", la demandante había encontrado a su hija muerta en circunstancias terribles. Evelyn murió el 7 de abril de 2013, a los 20 años, a causa de una neumonía grave. Tres días antes, tras varias semanas de malestar y dos visitas a su médico de cabecera, Evelyn había acudido a la guardia con su madre, donde había sido examinada por el demandado, el Dr. Ahmed, que no la diagnosticó y le recetó un antibiótico y un antidepresivo. Evelyn no presentó mejoras, y el 6 de abril de 2013 comenzó con palpitaciones. Esa noche, su madre había asistido a un evento en Londres con su hija menor y al regresar, por la madrugada, encontró a Evelyn inmóvil en la cama con el teléfono en la mano. Los operadores de Emergencias les aconsejaron por teléfono que intentaran maniobras de reanimación. Mientras la madre le practicaba RCP, Evelyn comenzó a despedir sangre y fluidos por la boca y la nariz. Cuando llegaron los paramédicos, tampoco lograron reanimarla. Tras confirmarse la muerte de Evelyn, la madre se dio cuenta de que tenía una llamada perdida y un mensaje de voz en el celular con el sonido de la respiración agónica de su hija. El mensaje, que duraba 4 minutos y 37 segundos, había concluido 5 minutos antes de que la madre regresara a la casa. A la mujer se le diagnosticó un trastorno de estrés postraumático y ansiedad y depresión crónicas, por lo que reclamó una indemnización. Alegó que la muerte de su hija había sido resultado de la negligencia de Ahmed por no haberla diagnosticado ni tratado.

Las demandas fueron desestimadas por el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido y apeladas ante el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, que entendió de los recursos en forma conjunta y los desestimó. Tras la decisión, los demandantes interpusieron sendos recursos ante la Corte Suprema del Reino Unido.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido desestimó los recursos por una mayoría de 6 votos contra 1, confirmó la sentencia del Tribunal de Apelaciones y resolvió que, si bien los médicos tenían la obligación en cada caso de proteger la

salud del paciente, no tenían el deber de proteger a sus familiares cercanos contra el riesgo de padecer una enfermedad tras presenciar la muerte o crisis en la salud del paciente como resultado de una enfermedad que el médico, por negligencia, no había diagnosticado ni tratado.

La corte señaló que, durante siglos, bajo el sistema del *common law*, la norma general establecía que una persona no podía reclamar una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la muerte o las lesiones de otro. No obstante, indicó que existía una excepción según la cual es posible reclamar una indemnización por los daños —en particular, psiquiátricos— sufridos tras haber presenciado el accidente o las consecuencias inmediatas del accidente de un ser querido como resultado de una negligencia. Según precisó, un accidente hace referencia a un suceso inesperado y no intencionado en el que una lesión o riesgo de lesión es causado por medios externos de manera violenta; por ejemplo, un accidente de tráfico.

Los demandantes habían argumentado que esta categoría de casos de excepción incluía o debía incluir por analogía aquellos en los que, como consecuencia de una negligencia médica, una persona muere o manifiesta lesiones derivadas de una enfermedad que podría haberse evitado con el tratamiento correcto. La corte rechazó el argumento por considerar que no podía establecerse una analogía entre los accidentes y los casos en que el demandante había desarrollado una enfermedad, pero no por haber sido testigo de un accidente, sino por haber presenciado la muerte o crisis de un familiar cercano como consecuencia de un problema de salud no tratado. Señaló que los accidentes eran sucesos concretos y que solía ser sencillo y claro determinar si alguien había presenciado un accidente. Destacó que el haber presenciado el accidente de un familiar cercano era probablemente un hecho perturbador e inquietante, y que una persona que desarrolla una enfermedad psiquiátrica cuando su propia vida o seguridad corren peligro por la conducta negligente de un demandado tiene derecho a reclamar una indemnización, pero que sería difícil y arbitrario distinguir entre los daños psiquiátricos causados como consecuencia del temor por la propia seguridad y aquellos causados como consecuencia del temor por la seguridad de un familiar cercano.

En el ámbito médico, indicó la corte, no suelen producirse acontecimientos comparables a los accidentes, ya que los síntomas de una enfermedad o una lesión pueden desarrollarse a lo largo de días, meses o años. También entendió que el grado de trauma que supone presenciar este tipo de sucesos es muy variable. Así, consideró inaceptables, tras examinarlas, varias de las pruebas sugeridas para limitar los reclamos a los casos en que el familiar cercano sufre un "shock repentino" o aquellos en que el acontecimiento presenciado es lo suficientemente "aterrador" o constituye la "primera manifestación" de la enfermedad del paciente.

Asimismo, advirtió la necesidad de tomar en cuenta la naturaleza de la función del médico, sus obligaciones y los fines para los cuales se ofrece atención médica a un paciente. Llegó a la conclusión de que tal naturaleza no comprendía la protección de los familiares cercanos del paciente frente a la experiencia traumática de haber presenciado la muerte, la manifestación de una enfermedad o la lesión de un familiar.

Por último, señaló que no podía pretenderse de manera razonable que la medicina protegiera a las personas de presenciar la muerte de un familiar cercano como consecuencia de una enfermedad.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, "Paul and another (Appellants) v Royal Wolverhampton NHS Trust (Respondent)"; "Polmear and another (Appellants) v Royal Cornwall Hospitals NHS Trust (Respondent)"; "Purchase (Appellant) v Ahmed (Respondent)", sentencia del 11-01-2024, en https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2022-0038-0044-0049-judgment.pdf



Derecho a un juicio justo. Derecho de defensa en juicio. Derecho al honor y a la buena reputación. Abuso procesal. Error de derecho. Difamación. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: el demandante, Chowdhury Mueen-Uddin, nació en Bengala Oriental, que en ese entonces formaba parte de Pakistán y que hoy en día conforma Bangladesh. En 1971, luego de una guerra de independencia, Bangladesh se independizó de Pakistán y se estableció como nación autónoma. Durante esta guerra se cometieron numerosas atrocidades, entre ellas el secuestro y asesinato de 18 intelectuales destacados.

En diciembre de 1971, poco después del asesinato de los intelectuales, Chowdhury Mueen-Uddin se enteró, por medio de un artículo periodístico, de que lo acusaban de haber formado parte de la milicia que supuestamente era responsable de las muertes y de haber sido el autor intelectual de los asesinatos.

Hasta mayo de 1971, el demandante había formado parte de la Islami Chhatra Sangha, una organización estudiantil islámica que era ampliamente —pero, según el demandante, erróneamente— considerada el ala estudiantil del partido político Jamaat-e-Islami, que se oponía a la independencia de Bangladesh.

Mueen-Uddin negó haber participado en actos de violencia y abandonó Bangladesh a fines de diciembre de 1971. Llegó al Reino Unido en 1973 y obtuvo la ciudadanía británica en 1984. Allí ha ocupado diversos cargos públicos y benéficos destacados en la sociedad británica y colaboró en la creación del Consejo Musulmán de Gran Bretaña. Fue secretario general del Consejo de Mezquitas del Reino Unido e Irlanda, entre 1984 y 1988; director adjunto de la Fundación Islámica, entre 1995 y 2005, y director del Servicio de Atención Espiritual Musulmana para el Servicio Nacional de Salud, entre 2005 y 2012. Ha sido vicepresidente de la Mezquita del Este de Londres y del Centro Musulmán de Londres, presidente de la Mezquita de Tottenham y del Centro Comunitario Islámico y presidente de la ONG Muslim Aid.

En 2012, el demandante se enteró por los medios de comunicación de que estaba siendo investigado por el Tribunal Penal Internacional de Bangladesh (TPI). Al enterarse de ello, dio instrucciones a su abogado para declarar públicamente su inocencia, su preocupación por cómo se estaba llevando a cabo la investigación y su temor de que el proceso no fuera ni abierto ni justo.

Si bien las autoridades de Bangladesh conocían el paradero de Mueen-Uddin en el Reino Unido, no se pusieron en contacto con él, no le notificaron los autos de procesamiento y la orden de detención ni solicitaron su extradición.

En mayo de 2013, el TPI publicó un anuncio en dos periódicos de Bangladesh donde ordenaba a Mueen-Uddin a comparecer ante el tribunal en un plazo de 10 días. Mueen-Uddin decidió no comparecer ante el tribunal por la imposibilidad de contribuir a su defensa de otro modo que no fuera en persona, debido al miedo a ser ejecutado si lo condenaban, como había ocurrido con otra persona ese mismo año.

El TPI decidió juzgar a Mueen-Uddin *in absentia*. El juicio comenzó el 15 de julio de 2013 y, tras la sentencia del 3 de noviembre de 2013, fue declarado culpable de 11 cargos de instigación y de complicidad en la comisión de delitos de exterminio y de lesa humanidad y condenado a muerte en la horca.

El TPI fue muy criticado por las Naciones Unidas, gobiernos extranjeros y organizaciones de derechos humanos por no respetar las garantías mínimas de un juicio justo y por carecer de independencia judicial. Los medios de comunicación del Reino Unido informaron la condena de Mueen-Uddin, criticaron la imparcialidad del proceso del TPI e informaron que Mueen-Uddin negaba los cargos que se le imputaban y denunciaba que el juicio había sido injusto y fundado en razones políticas.

En octubre de 2019, el Ministerio del Interior del Reino Unido publicó un informe titulado "Un desafío al extremismo del odio", elaborado por la Comisión para Contrarrestar el Extremismo, un comité no reglamentario del ministerio. El informe fue publicado en papel y en la página web del Gobierno. La primera parte del informe se tituló "Cómo se ve el extremismo en Inglaterra y Gales", y una de sus secciones, llamada "Violencia ideológica y sectaria", contenía una nota al pie que afirmaba que existían vínculos corroborados entre los responsables de los hechos de violencia de 1971, en Bangladesh, y los líderes comunitarios del este de Londres. La nota al pie también hacía referencia a la condena *in absentia* de Mueen-Uddin por delitos de lesa humanidad.

En junio de 2020, frente a las acusaciones formuladas en el informe, Mueen-Uddin interpuso una demanda contra el Ministerio del Interior del Reino Unido por daños y perjuicios debido a la difamación de la que había sido objeto, y solicitó una indemnización por el incumplimiento del deber legal establecido en el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

En una audiencia preliminar, el Tribunal Superior del Reino Unido consideró que las palabras utilizadas en el informe daban a entender que el Sr. Mueen-Uddin había sido uno de los responsables de los crímenes de guerra y delitos de lesa

humanidad cometidos durante una guerra de independencia en el sur de Asia en 1971, y resolvió que estas declaraciones eran difamatorias, ya que la acusación de haber cometido delitos de lesa humanidad era muy grave.

El Ministro del Interior solicitó que se desestimara la demanda de Mueen-Uddin porque constituía un abuso procesal. El Tribunal Superior desestimó la demanda y su decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, que se fundó en los criterios de abuso procesal establecidos en los fallos "Hunter" y "Jameel", de la Cámara de los Lores y el Tribunal de Apelaciones, respectivamente.

Entonces, Mueen-Uddin interpuso un recurso ante la Corte Suprema del Reino Unido, en que alegó que el Tribunal de Apelaciones había incurrido en un error de derecho al considerar que una condena penal extranjera —que no se había tenido la oportunidad de impugnar (y que, por lo tanto, no estaba comprendida en la doctrina del abuso procesal establecida a partir del fallo "Hunter")— era un factor relevante para demostrar que el proceso judicial británico, que requería de la resolución de las mismas cuestiones planteadas ante el tribunal penal extranjero, constituía un abuso procesal.

Por otro lado, alegó que el Tribunal de Apelaciones había incurrido en un error de derecho al considerar que las publicaciones anteriores de la prensa con acusaciones difamatorias constituían una prueba admisible y concluyente de la mala reputación que se le atribuía, si estas publicaciones habían sido publicadas algunos meses antes de la publicación objeto de la denuncia y no habían sido refutadas por una demanda por difamación que hubiera prosperado.

Además, alegó que el Tribunal de Apelaciones había incurrido en otro error de derecho al considerar como un factor relevante para probar el abuso procesal las dificultades potenciales que el Ministerio del Interior podía llegar a encontrar para probar la veracidad de las acusaciones publicadas en el informe acerca de la conducta del demandante 50 años atrás.

Finalmente, alegó que el Tribunal de Apelaciones había incurrido en un error de derecho y de principio al considerar que era posible fundamentar el abuso procesal recurriendo a una combinación no establecida hasta el momento de algunas características del criterio de abuso procesal planteado en "Hunter" y de algunas de las estipuladas en "Jameel", puesto que ninguna de estas características podía constituir, por sí sola, el criterio de abuso procesal.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido hizo lugar, de forma unánime, al recurso interpuesto por Mueen-Uddin, revocó la sentencia que había desestimado su demanda por considerarla un abuso procesal y resolvió que debía permitírsele reanudar su demanda contra el Ministerio del Interior.

La corte señaló que el Ministerio del Interior había fundado su pretensión en la facultad inherente del tribunal de impedir un uso indebido o un abuso procesal en una forma que resultara manifiestamente injusta para una o más de las partes o que, de otro modo, desacreditara la Administración de Justicia. Destacó que el objetivo principal de esta facultad consistía en preservar la confianza pública en la Administración de Justicia.

El Ministerio del Interior había alegado que la demanda de Mueen-Uddin constituía un abuso procesal porque estaba comprendida por dos categorías establecidas de abuso procesal. La primera, llamada "abuso Hunter", deriva del fallo de la Cámara de los Lores en el caso "Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police [1982] AC 529". La segunda, llamada "abuso Jameel", deriva del fallo del Tribunal de Apelaciones en el caso "Jameel (Yousef) v. Dow Jones & Co Inc [2005] EWCA Civ 75".

El abuso procesal "Jameel" se produce cuando un demandante utiliza un proceso judicial para impugnar en forma colateral una sentencia firme dictada por un tribunal competente en un juicio penal o civil anterior. Cuando un demandante desea impugnar una sentencia dictada en su contra, normalmente, debe hacerlo por medio de un proceso de apelación. Por lo general, los tribunales no deben autorizar a un demandado a iniciar una nueva acción judicial que busque volver a litigar cuestiones que tuvo plena oportunidad de impugnar en el proceso anterior. Si esto ocurriese, se correría el riesgo de que las sentencias de ambos procesos fueran contrarias, con el consiguiente descrédito de la Administración de Justicia.

Sin embargo, la Corte Suprema del Reino Unido advirtió que no toda impugnación colateral de un proceso anterior constituía un abuso "Hunter", ya que este solo era aplicable cuando los procesos anteriores habían sido justos y cuando el demandante había tenido una oportunidad plena de impugnar la decisión en su contra. En consecuencia, la corte señaló que una impugnación colateral de una condena penal extranjera anterior no equivalía necesariamente a un abuso procesal, especialmente ante la preocupación de que el acusado no hubiera tenido una oportunidad justa de exponer su caso y de hacer frente a la acusación formulada en su contra.

La corte destacó que, en casos de este tipo, el tribunal debía juzgar la calidad procesal de los procesos extranjeros anteriores y consideró que, en el presente caso, la demanda de Mueen-Uddin contra el Ministerio del Interior no podía constituir un abuso procesal en el sentido de "Hunter", ya que no había tenido una oportunidad plena de impugnar su condena, sino que, al ser juzgado *in absentia*, no había podido dar instrucciones al abogado designado para representarlo. No había existido, por lo tanto, una posibilidad real de apelar la condena.

La corte consideró que las potenciales dificultades del Ministerio del Interior para demostrar la veracidad de los hechos denunciados por el demandante como acusaciones difamatorias no convertían la demanda de Mueen-Uddin en un abuso procesal, y señaló que esta no había sido presentada fuera del plazo establecido a tal fin, sino inmediatamente después de la publicación del informe. Además, destacó que Mueen-Uddin no era responsable de las dificultades probatorias a las que pudiera enfrentarse el Ministerio del Interior para demostrar la veracidad de las acusaciones, a las que consideró, en cualquier caso, objeto de especulación, y remarcó que, si al Ministerio del Interior le resultaba difícil probar las acusaciones sobre asesinatos cometidos hacía más de 50 años, debería haberlo tomado en cuenta antes de publicar el informe.

Por otro lado, la corte señaló que los procesos por difamación fundados en el criterio de abuso "Jameel" se desestimaban cuando no servían al fin legítimo de

proteger la reputación del demandante, porque el daño sufrido era tan superficial que no superaba un umbral mínimo de gravedad. Por el contrario, consideró que la denuncia de Mueen-Uddin contra el Ministerio del Interior no constituía un abuso procesal en el sentido de "Jameel", sino que las acusaciones publicadas en el informe eran claramente muy graves y que Mueen-Uddin se ofrecía a demostrar que habían causado más que un daño mínimo a su reputación en el Reino Unido.

A su vez, agregó que resultaba difícil imaginar acusación más grave que la de haber cometido crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, especialmente cuando proviene del gobierno de un país contra uno de sus propios ciudadanos.

La Corte Suprema consideró que el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido había incurrido en un error al declarar que la demanda de Mueen-Uddin era de escaso valor porque el informe no podía haber dañado su reputación cuando, en realidad, el efecto de la publicación sobre la reputación de Mueen-Uddin era una cuestión de hecho que debía determinarse en juicio. Señaló que la circunstancia de que las mismas acusaciones hubieran sido divulgadas previamente en otras publicaciones no podía invocarse como atenuante de los daños. Por otro lado, agregó que la condena de Mueen-Uddin por parte del TPI no había sido concluyente. Consideró que no debía suponerse que las personas que habían leído la nota a pie de página del informe tenían un interés previo por el tema y que, por lo tanto, conocían la condena del TPI.

La corte consideró que el Tribunal de Apelaciones también se había equivocado al resolver que la demanda de Mueen-Uddin no podía reivindicar su reputación. Destacó que el demandante tenía un interés legítimo en proteger su reputación frente a las gravísimas acusaciones que el Gobierno había formulado contra él y que, si tenía éxito en el juicio, era razonable esperar que ello supusiese una importante reivindicación de su reputación.

Por último, la Corte Suprema rechazó el pedido del Ministerio del Interior que le solicitaba que considerara en forma conjunta las cuestiones relacionadas con los abusos "Hunter" y "Jameel", de modo que, incluso si no podía establecerse ninguno de los dos tipos de abuso por sí solo, las consideraciones pertinentes a cada uno de ellos pudieran contribuir en forma acumulativa a la conclusión de que la demanda de Mueen-Uddin había constituido un abuso procesal. La corte señaló que los abusos "Hunter" y "Jameel" protegían diferentes aspectos del interés público, que tenían diferentes fundamentos y que, por lo tanto, las consideraciones pertinentes a cada uno de ellos no podían simplemente agruparse.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, "Mueen-Uddin (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)", sentencia del 20-6-2024, en https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2022-0135-judgment.pdf

Derecho migratorio. Inmigración ilegal. **Derecho al respeto a la vida privada y familiar.** Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Deportación. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: AM es un ciudadano bielorruso que llegó al Reino Unido en 1998 con una solicitud de asilo. Su solicitud fue denegada en diciembre de 2000 y, tras varias apelaciones sin éxito, fue trasladado a Bielorrusia el 29 de junio de 2001. Durante el proceso de ingreso a Bielorrusia, AM dio información falsa que indujo a las autoridades a creer que no era ciudadano del país. En consecuencia, le negaron el ingreso y lo trasladaron nuevamente al Reino Unido.

AM fue condenado por varios delitos en el Reino Unido y se lo considera un delincuente extranjero a los efectos de la Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo de 2002. El ministro del Interior tenía la intención de que AM fuera extraditado a Bielorrusia. Sin embargo, AM no cooperó y los esfuerzos se vieron frustrados. Logró permanecer en el Reino Unido, pero sin un permiso de permanencia indefinido (LTR, por sus siglas en inglés). Se encontraba en una situación de "limbo", sin permiso de trabajo, sin pleno acceso a las prestaciones del Servicio Nacional de Salud, sin habilitación para firmar un contrato de alquiler y abrir una cuenta bancaria y únicamente con acceso a una asistencia social muy limitada, al igual que cualquier solicitante de asilo que fue rechazado y aguarda ser expulsado del Reino Unido.

El 15 de septiembre de 2010, AM solicitó una revisión judicial de la decisión del Ministerio del Interior en la que se le había negado tanto el LTR como el permiso de trabajo. Si bien el ministro había aceptado reconsiderar su solicitud de asilo y el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido había suspendido el proceso de revisión judicial, su solicitud de asilo fue rechazada nuevamente. AM apeló la decisión, pero su demanda fue desestimada. El 9 de febrero de 2017, solicitó al ministro del Interior que le otorgara la condición de apátrida, pero también fue rechazado. En julio de 2018, solicitó la reanudación del proceso de revisión judicial, que fue concedido.

Durante el proceso, AM tuvo problemas de salud. A principios de 2018, le diagnosticaron síntomas psicóticos. AM aportó a la causa pruebas de que su salud mental se había visto afectada negativamente por las demoras en la resolución de su caso y por la situación de "limbo" en la que vivía. Además, durante su detención, intentó autolesionarse y suicidarse.

El 11 de febrero de 2021, un tribunal de segunda instancia desestimó la demanda de AM contra la decisión del ministro del Interior según la cual se le había negado la condición de apátrida, pero hizo lugar a la denuncia de que la negativa a concederle el LTR con permiso de trabajo violaba sus derechos en virtud del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El ministro del Interior apeló ante el Tribunal de Apelaciones de Reino Unido, que desestimó el recurso.

A continuación, el ministro interpuso un recurso ante la Corte Suprema del Reino Unido. Afirmó que la jurisprudencia europea, en general, y el fallo "Gillberg

v. Suecia" del 3 de abril de 2012, en particular, establecían que no se configura una violación del art. 8 de la Convención cuando un individuo ha generado la situación que denuncia al negarse a ejercer su derecho a regresar a su país de origen. Señaló que el tribunal de segunda instancia había incurrido en un error al centrarse en el alcance de los beneficios para AM durante su estadía en el Reino Unido, en lugar de considerar la forma en que los controles inmigratorios se verían menoscabados en caso de percibirse que AM era recompensado con el otorgamiento de un LTR como consecuencia de su persistente falta de honradez y de la resistencia que ofrecía para impedir que se lo expulsara. Agregó que el tribunal también había incurrido en un error al considerar el período de residencia de 20 años que figura en el apartado 276ADE de las Normas de Inmigración como un criterio relevante para ponderar la proporcionalidad, cuando lo cierto era que AM no cumplía los criterios de idoneidad establecidos, como también lo había hecho al sostener que AM debía obtener este beneficio por estar "muy cerca" de alcanzar la edad mínima de residencia.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido hizo lugar, en forma unánime, al recurso interpuesto por el ministro del Interior y desestimó la pretensión de AM, fundada en el art. 8 de la Convención, en cuanto al otorgamiento de un LTR.

En primer lugar, la corte consideró que el principio "Gillberg" no era aplicable al caso. Indicó que tal principio derivaba del fallo "Gillberg v. Suecia", de la Corte Europea de Derechos Humanos, en que se estableció que el art. 8 de la Convención no podía invocarse en circunstancias en las que las repercusiones en el respeto a la vida privada por las que reclama el demandante son consecuencia previsible de la comisión de un delito por el que ha recibido una condena. Señaló que, en este caso, las repercusiones que denunciaba AM, derivadas de la denegación del permiso LTR, no eran consecuencia de un daño a su reputación (modalidad de interferencia en la vida privada que se invoca en el caso "Gillberg v. Suecia"), no derivaban de una condena penal o de una resolución judicial (modalidad de interferencia en la vida privada que se invoca en el caso "Denisov v. Ukraine"), ni constituían los efectos penales de la violación de una norma jurídica (modalidad de interferencia en la vida privada invocada en el caso "Evers v. Germany").

Sin embargo, la corte consideró que la conducta obstructiva de AM para frustrar los intentos del ministro del Interior de trasladarlo a Bielorrusia constituía un factor relevante a los efectos de un análisis pertinente de proporcionalidad, de conformidad con el art. 8. Advirtió que de ello no se deducía que, cuando un individuo es capaz de frustrar su expulsión en forma indefinida, con una clara intención de hacerlo, el ministro del Interior tiene la obligación de concederle un permiso LTR, en virtud del el art. 8.

Señaló que, si bien era poco probable que AM pudiera ser trasladado efectivamente a Bielorrusia, el interés público en mantener un sistema eficaz de control inmigratorio y de los gastos de asistencia social seguía siendo relevante. Agregó que también lo eran el interés público en concentrar en los ciudadanos e inmigrantes legales los escasos fondos públicos, su asignación y el acceso al mercado laboral.

Por otro lado, destacó que el hecho de que probablemente AM no hubiera vivido una vida envidiable en el Reino Unido no impedía que otros pudieran creer que es posible beneficiarse del entorpecimiento de un proceso de expulsión. Añadió que, si el debido funcionamiento y aplicación del control inmigratorio quedara, de hecho, en manos de un inmigrante ilegal que no quiere ser expulsado, la confianza pública en el sistema de control inmigratorio se vería socavada.

La Corte Suprema señaló que la política del Ministerio del Interior establecía, en el apartado 276ADE de las Normas de Inmigración, el otorgamiento del permiso LTR después de 20 años de residencia en el Reino Unido, siempre y cuando la persona no se viese comprendida por alguna de las posibles causas de denegación de conformidad con los requisitos de idoneidad contemplados en la norma. La corte consideró evidente que AM no cumplía estos requisitos.

Por otro lado, señaló que, en razón de los errores en los que había incurrido el tribunal de segunda instancia en su sentencia, que no habían sido identificados y corregidos por el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, correspondía a la Corte Suprema decidir si el art. 8 de la Convención obligaba o no al ministro del Interior a otorgar el permiso LTR a AM. A este respecto, la corte consideró que el derecho de AM contemplado en el art. 8 de la Convención se había visto afectado, en la medida que AM había sido sometido a un "limbo" prolongado sin el otorgamiento de un permiso LTR, pero que, no obstante, la situación era consecuencia de sus propios actos. Por esta razón, resolvió que la decisión de que AM permaneciera en ese estado de limbo había sido conforme a derecho, en virtud del art.8. 2 y, a su vez, un medio adecuado para alcanzar un objetivo legítimo, esto es, el bienestar económico del país, la prevención del desorden y la protección de los derechos y libertades de los demás. Agregó que, en esta causa, la vida privada de AM no era una consideración relevante, porque esta decisión se había tomado en un momento en que AM se encontraba de manera ilegal en el Reino Unido, en una situación inmigratoria precaria.

Por otra parte, la corte señaló que la deportación de delincuentes extranjeros era una cuestión de interés público, especialmente cuando se trataba de delitos graves, y consideró que, precisamente, era este interés público el que AM había conseguido socavar con sus acciones deliberadas y fraudulentas.

Finalmente, la corte destacó que, a la luz del margen de apreciación que tiene el Estado al respecto, el ministro del Interior tenía derecho a decidir no conceder a AM el permiso LTR y que esa decisión había establecido un equilibrio justo entre los derechos e intereses de AM y el interés general de la comunidad en que el Estado mantuviera controles inmigratorios eficaces y concentrara los beneficios estatales y otros recursos en los ciudadanos y los inmigrantes legales.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, "R (on the application of AM (Belarus)) (Respondent) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)", sentencia del 24-4-2024, en https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2022-0113-judgment.pdf

Derechos humanos. Esclavitud moderna. Solicitud de asilo. Deber de veracidad. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: XY es un ciudadano albanés nacido en 2001. A los 16 años fue esclavizado en su país por una banda que lo secuestró y lo obligó a vender drogas. En 2018 huyó de Albania con la asistencia de su tío y llegó al Reino Unido, donde pidió asilo. Fue ubicado en un hogar de acogida y, luego, en un alojamiento compartido. Debido a que sufre de depresión y trastorno de estrés postraumático, fue sometido a un tratamiento psicológico desde febrero de 2020 a mayo de 2021, cuando el servicio se dio por terminado por falta de fondos.

En julio de ese año, la Autoridad Única Competente —una de las autoridades que identifican y apoyan a las víctimas potenciales y confirmadas de esclavitud moderna a través del Mecanismo Nacional de Remisión (NRM, por sus siglas en inglés)— determinó que XY había sido víctima de esclavitud moderna. En abril del año siguiente, XY retomó la terapia psicológica. Su psicólogo informó que el joven era muy vulnerable, que había luchado durante varios años para mejorar su salud mental y que, en su opinión, mientras se sintiera inseguro e inestable en el Reino Unido, su salud mental no mejoraría.

En julio del mismo año, los abogados de XY enviaron a la secretaria de Estado ante el Ministerio del Interior una carta de protocolo previa a la acción en la que le cuestionaban el retraso en pronunciarse sobre la solicitud de asilo de XY. En diciembre, XY inició las acciones judiciales. Cuestionó que la secretaria de Estado no tomara una decisión con respecto a si él tenía derecho a un permiso de residencia por ser víctima de esclavitud moderna. Adujo que la amenaza constante de expulsión impedía su recuperación y agravaba su salud mental. Afirmó que la secretaria de Estado parecía estar aplicando una normativa general no publicada y secreta, y solicitó que se la declarara ilegal. Sostuvo que en el Reino Unido había unas 600 víctimas de trata confirmadas que habían solicitado asilo y que, en principio, en virtud del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, tenían derecho al permiso de residencia como consecuencia de lo dictado en 2021 por el Tribunal Superior del Reino Unido en la sentencia "R (KTT) v Secretary of State for the Home Department" (en adelante, "KTT"). En efecto, en el fallo se afirmaba que las víctimas de trata confirmadas que contaban con solicitudes de asilo en curso fundadas en el riesgo de volver a ser víctimas podían optar por un permiso de residencia por esclavitud moderna en virtud de la normativa publicada por el Ministerio del Interior.

A fines de diciembre de 2022, la secretaria de Estado acordó conceder a XY un permiso discrecional por un período de 12 meses y lo invitó a retirar el recurso, pero XY no lo hizo. El 18 de enero de 2023, la secretaria de Estado concedió a XY el permiso de residencia por 12 meses con fundamento en que seguía necesitando tratamiento psicológico. El 6 de abril, XY solicitó a la secretaria de Estado, entre otras cosas, la divulgación de los detalles de la normativa no publicada sobre la suspensión o postergación de las decisiones relativas a los permisos de residencia de las víctimas de trata confirmadas a la luz de lo resuelto en el fallo "KTT".

Acto seguido, XY recurrió ante el Tribunal Superior del Reino Unido y demandó a la secretaria de Estado fundándose en tres motivos. En primer lugar, impugnó la negativa de la secretaria de Estado a evaluar —entre el 21 de julio de 2021 y el 18 de enero de 2023— si él tenía derecho al permiso de residencia en virtud del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, por considerarla ilegal e irrazonable. En segundo lugar, afirmó que la negativa de la secretaria de Estado a evaluar —entre el 21 de julio de 2021 y el 18 de enero de 2023— si él tenía derecho al permiso de residencia había vulnerado los derechos que lo asistían en virtud del art. 4 y/o del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Finalmente, afirmó que la decisión de la secretaria de Estado de no evaluar si él tenía derecho al permiso de residencia había vulnerado los derechos que lo asistían en virtud del art. 14 en relación con los arts. 4 y/u 8 y/o el art. 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Sentencia: el Tribunal Superior del Reino Unido hizo lugar al recurso. Sostuvo que, en el Reino Unido, las víctimas de esclavitud moderna tienen derecho a obtener el permiso de residencia en virtud de lo establecido en la normativa del Ministerio del Interior titulada Consideraciones sobre el Permiso Discrecional para Víctimas de la Esclavitud Moderna. Señaló que la normativa es conforme al art. 14.1.a del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, que establece lo siguiente: "las partes expedirán un permiso de residencia renovable a las víctimas, cuando se den uno o ambos de los dos supuestos siguientes: a) la autoridad competente considera que su estancia es necesaria a causa de su situación personal; b) la autoridad competente considera que su estancia es necesaria a causa de su cooperación con las autoridades competentes para los fines de la investigación o de las acciones penales". Afirmó que, según la normativa, una persona puede presentar pruebas, extendidas por un profesional de la salud, de que necesita un tratamiento médico que debe realizarse en el Reino Unido.

El tribunal sostuvo que el convenio del Consejo de Europa no había sido incorporado al derecho interno y que, en consecuencia, la aplicación de su art. 14 le incumbía a la secretaria de Estado. Asimismo, se refirió a que lo dictaminado en el fallo "KTT" representa la ley, es decir, una declaración autorizada de las implicancias de la normativa publicada por la secretaria de Estado. Además, entendió que, en el pasaje de las Consideraciones sobre el Permiso Discrecional para Víctimas de la Esclavitud Moderna en el que se afirma que "se podrá considerar la posibilidad de conceder un permiso discrecional en el marco de la normativa específica cuando la Autoridad Única Competente haya tomado la decisión de que una persona es víctima de esclavitud moderna y satisface el criterio de que el permiso es necesario debido a sus circunstancias personales", la referencia a que el permiso resulta "necesario" es atinente a la "permanencia" de la persona en el Reino Unido, tal como lo establece el art. 14.1.a del convenio del Consejo de Europa. En efecto, señaló que es así como determinadas personas pueden obtener el permiso de residencia porque su permanencia es necesaria para presentar una solicitud de asilo basada en el temor a volver a ser objeto de trata.

El tribunal observó que, en "KTT", el juez Linden había llegado a la conclusión de que el hecho de que el art. 77 de la Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo de 2002 impidiera la expulsión de una persona mientras su solicitud de asilo estuviera pendiente no significaba que no pudiera presentar una solicitud de permiso fundándose en el art. 14.1.a del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos. De lo contrario, rara vez o nunca se concedería un permiso por esclavitud moderna a una persona solicitante de asilo, ya que ese permiso no sería necesario para posibilitar su permanencia. La denegación del permiso por esclavitud moderna redundaba en que la persona en cuestión seguía sujeta al denominado entorno de inmigración hostil respaldado por la Ley de Inmigración de 2014. En circunstancias normales, señaló, la concesión de un permiso discrecional de este tipo conlleva la posibilidad de trabajar, estudiar y solicitar prestaciones ordinarias.

En opinión del tribunal, la secretaria de Estado tenía la libertad de modificar la normativa en cuestión, dado que había decidido crear una normativa que diera cumplimiento al art. 14 del Convenio del Consejo de Europa. Por lo tanto, la secretaria podría haber decidido derogarla o modificarla si no aceptaba lo dictaminado en "KTT". Sin embargo, no lo hizo. El tribunal estimó que podría haber habido un precio político que pagar si, a la luz de la sentencia "KTT", la secretaria de Estado hubiera decidido tomar la medida más extrema de modificar la normativa para excluir a las personas a las que se refiere el fallo "KTT" o a alguna categoría de personas más abarcativa. Incluso, podría haber habido repercusiones políticas si la secretaria de Estado se hubiera limitado a modificar la normativa para retrasar la toma de decisiones. Sin embargo, el tribunal estimó que no podía permitirse que consideraciones políticas de ese tipo echaran por tierra los importantes principios del Estado de derecho establecidos en el fallo de la Suprema Corte del Reino Unido "R (Lumba) v Secretary of State for the Home Department" —en el que se había establecido que una normativa no publicada no puede ser incompatible con una normativa publicada—, que podían explicar las acciones de la secretaria de Estado, pero en ningún caso podían ser una excusa para infringir la ley.

El tribunal subrayó que, cuando la secretaria de Estado —contrariamente a la postura que hubiera podido tomar públicamente alguien a cargo de la toma de decisiones— había dado instrucciones a los funcionarios de que no tomaran decisiones o de que las tomaran y las ocultaran, no cabe esperar que las personas afectadas incurran en gastos y deban soportar los problemas derivados de haber iniciado un procedimiento judicial para descubrir por qué no se toman o comunican las decisiones oficiales.

En efecto, una vez interpuestos los recursos judiciales, la respuesta de la secretaria de Estado no había consistido en una explicación de que las decisiones se habían retrasado o no se habían adoptado mientras ella intentaba impugnar lo dictaminado en "KTT". Por el contrario, la reacción de la secretaria de Estado, al enfrentarse a una revisión judicial de este tipo, había sido conceder un permiso discrecional a la persona que había iniciado el procedimiento. Sin embargo, según señaló el tribunal, una revisión judicial necesita ser respondida y existen plazos muy ajustados para hacerlo. Esto, entendió, no solo resta coherencia a la normativa, sino

que respalda firmemente la afirmación de XY de que el permiso de residencia le había sido otorgado precisamente para mantener la normativa en secreto. En efecto, en esas condiciones se habría mantenido si no hubiera sido por el trabajo de la Sra. Alison Pickup y sus colegas de la organización Asylum Aid, quienes habían reunido información de otras personas que actuaban en favor de víctimas de la esclavitud moderna, lo que había impulsado a XY a presentar la demanda a pesar de que se le había concedido el permiso de residencia.

Finalmente, el tribunal concluyó que el Gobierno había incumplido con su deber de veracidad al ocultar información a las víctimas que esperaban una decisión sobre sus solicitudes de asilo. Asimismo, consideró que había habido una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, porque el Gobierno había interferido en el derecho de XY al permiso de residencia y no había tomado decisiones al respecto, de manera que los derechos procesales de XY se habían visto vulnerados. Además, consideró que se había vulnerado el art. 14 del mismo instrumento, por no haberse tratado a XY como a una víctima confirmada de esclavitud moderna.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL REINO UNIDO (High Court of Justice), "XY v The Secretary of State for the Home Department", sentencia del 23-1-2024, en https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2024/81.pdf

Derecho del trabajo. Libertad de asociación. **Libertad sindical.** Servicios de mensajería rápida. Negociación colectiva obligatoria. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: un grupo de repartidores de la empresa Deliveroo que trabajaba en los barrios londinenses de Camden y Kentish Town se afilió al Sindicato de Empleados Independientes de Gran Bretaña (IWGB, por sus siglas en inglés). En noviembre de 2016, el IWGB presentó una solicitud formal a Deliveroo para que lo reconociera como sindicato a los fines de llevar adelante una negociación colectiva en nombre de los repartidores de Camden y Kentish Town.

Deliveroo rechazó el pedido y el IWGB remitió la cuestión al Comité Central de Arbitraje (CAC) fundándose en el Anexo A.1 de la Ley de Sindicatos y Relaciones Laborales de 1992. Este anexo establece el procedimiento a seguir cuando un empresario se niega reconocer un sindicato y negociar con él. Si bien el procedimiento no obliga al empresario a celebrar un convenio colectivo con un sindicato reconocido, puede dar lugar a que se imponga un método de negociación colectiva.

El Comité Central de Arbitraje es un órgano cuasijudicial que, en virtud del Anexo A.1, está facultado para ordenar a un empresario que reconozca a un sindicato y participe en la negociación colectiva si se cumplen ciertas condiciones. Una de ellas

es que las personas a las que el sindicato pretende representar sean "empleados" en el sentido del art. 296 de la ley de 1992.

Tras analizar la naturaleza de la relación entre los repartidores y Deliveroo, el CAC aceptó el argumento de Deliveroo de que los repartidores no eran empleados en el sentido en que lo definía la ley de 1992. Además, rechazó el argumento del IWGB de que la negativa a reconocer al sindicato vulneraba los derechos de los repartidores conforme lo establecido en el art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que protege la libertad de reunión pacífica y la libertad de asociación de toda persona.

La IWGB solicitó autorización al Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido para impugnar la decisión del CAC por vía judicial. El Tribunal Superior autorizó al IWGB a que fundara su demanda en el único argumento de que la decisión del CAC vulneraba los derechos humanos de los repartidores en virtud del art. 11 de la CEDH, y consideró improcedentes los demás argumentos.

El sindicato alegó que si bien los repartidores no estaban comprendidos en la definición de "empleados" de la ley de 1992, esta debía interpretarse como si los incluyera para poder cumplir con los derechos establecidos en art. 11 de la CEDH, tal como lo exige el art. 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998.

El Tribunal Superior de Justicia rechazó este argumento y desestimó la demanda del IWGB. El IWGB apeló la decisión ante el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, que confirmó la sentencia del Tribunal Superior.

Finalmente, el IWGB interpuso un recurso ante la Corte Suprema del Reino Unido.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido desestimó en forma unánime el recurso de la IWGB. Resolvió que los repartidores no tenían una relación laboral con Deliveroo a efectos del art.11 de la CEDH y que las disposiciones de ese artículo que protegen la actividad sindical no les eran aplicables.

La corte señaló que el art. 11 de la CEDH protegía los derechos generales de libertad de reunión pacífica y libertad de asociación junto con otros, como el derecho específico a formar sindicatos y a afiliarse, aplicable en circunstancias limitadas. Agregó que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos era clara al afirmar que el derecho a fundar un sindicato surge solamente en el contexto de una relación laboral, y que el concepto de relación laboral a efectos del art. 11 es autónomo y no depende de las definiciones de "trabajadores" o "empleados" utilizadas en la legislación nacional.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que, para decidir si existe una relación laboral a los efectos del art. 11, un tribunal debe tener en cuenta los factores establecidos en la Recomendación sobre la Relación de Trabajo n.° 198, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo. Esta recomendación señala que la evaluación de la relación debe basarse principalmente en los hechos relativos al desempeño del trabajo y a la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en cualquier contrato u otro acuerdo entre las partes.

El enfoque correcto exige que el tribunal considere varios factores diferentes y se centre en los aspectos prácticos de la relación y en cómo funciona en realidad.

Al aplicar este enfoque a los hechos del caso, la corte consideró que los repartidores no tenían una relación laboral con Deliveroo a efectos del art. 11. Señaló que el CAC había analizado la esencia de la relación entre Deliveroo y los repartidores, que había evaluado en detalle cómo funcionaba en la práctica el nuevo contrato entre Deliveroo y los repartidores y que había examinado detenidamente si las disposiciones del contrato reflejaban realmente la verdadera relación entre las partes.

En primer lugar, el CAC llegó a la conclusión de que el contrato entre los repartidores y Deliveroo otorgaba a los repartidores un derecho amplio y prácticamente ilimitado para designar reemplazantes para ocupar sus puestos de trabajo. La corte consideró que este derecho, a simple vista, era totalmente incompatible con la existencia de una relación laboral. Además, el CAC advirtió que Deliveroo no controlaba la decisión del repartidor de buscar un reemplazante y que, a su vez, los repartidores no eran criticados ni sancionados por tomar esta decisión. También, descubrió que Deliveroo no rescindía los contratos con los repartidores si ellos no aceptaban un determinado porcentaje de pedidos o si no estaban lo suficientemente disponibles. Los repartidores eran libres de trabajar o no según su conveniencia. Por último, el CAC constató que Deliveroo no se oponía a que los repartidores trabajasen simultáneamente para la competencia.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, el CAC llegó a la conclusión de que las cláusulas del contrato reflejaban con fidelidad la realidad de la relación y que ello no constituía una relación laboral.

En virtud de ello, la corte consideró que, como los repartidores no tenían una relación laboral, no podían invocar los derechos sindicales que les confería el art.11 de la CEDH. Sin embargo, ante la falta de claridad en la jurisprudencia, la corte también abordó el alcance de los derechos de negociación colectiva que confería el art. 11 a los trabajadores que sí tenían una relación laboral. La Corte Europea de Derechos Humanos ha reiterado que los Estados de la Unión Europea cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para determinar cómo quieren proteger la libertad sindical, y jamás ha sostenido que el art. 11 incluya un derecho a la negociación colectiva obligatoria.

Si bien los estados pueden ir más allá de lo que exige la CEDH, tal como lo ha hecho el Reino Unido al promulgar el anexo A.1, la corte entendió que si un Estado se niega a legislar a favor de la negociación colectiva obligatoria, ello no constituye una violación del art. 11 de la CEDH.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, "Independent Workers Union of Great Britain v Central Arbitration Committee and another", sentencia del 21-11-2023, en https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2021-0155-judgment.pdf

Derecho penal. Derechos humanos. Mutilación genital femenina. Derechos del niño. Maltrato infantil. Violencia doméstica. **Derechos de las mujeres.** Prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos y degradantes. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: la demandada, Amina Noor, es una mujer de origen somalí que en 2003 consiguió el estatus de refugiada en Reino Unido y, en 2005, la ciudadanía británica. En 2006, Noor viajó a Kenia para visitar a su familia junto con Jade, una niña británica de 3 años que estaba a su cargo. En Kenia, Jade fue sometida a una mutilación genital.

En 2018, a los 16 años, Jade reveló lo ocurrido. Noor fue interrogada en 2019 y acusada en 2022. En el proceso, Noor alegó, entre otras cosas, que su madre y otros miembros de su familia la habían presionado para que sometiera a la niña al procedimiento y que la habían amenazado con que, de no hacerlo, sería repudiada y maldecida. Además, alegó que ignoraba lo que implicaba la práctica.

Sentencia: el Tribunal Penal Central de Inglaterra y Gales declaró culpable a Amina Noor de haber asistido a una persona no perteneciente al Reino Unido en la mutilación genital de una niña fuera del territorio británico y la condenó a una pena de 7 años de prisión.

Se trata de la primera condena en la Justicia británica por prestar ayuda a alguien no perteneciente al Reino Unido para practicar una mutilación genital femenina.

El juez señaló que los exámenes médicos habían revelado que la mutilación a la que había sido sometida Jade, es decir, una extirpación total del clítoris, se correspondía con la categoría 1 entre los cuatro tipos de mutilación genital femenina clasificados por la Organización Mundial de la Salud. Observó que la mutilación de tipo 1 es una agresión grave que supone la extirpación, y por lo tanto la destrucción, de un órgano del cuerpo. Argumentó que, excepto en caso de necesidad médica, es difícil concebir incluso que un adulto informado consienta una extirpación semejante, y en este caso se había tratado de la mutilación genital de una niña muy pequeña y vulnerable, que estaba bajo el cuidado de la persona que había alentado y colaborado con el procedimiento. Respecto de las condiciones de la intervención, sostuvo que no podía comprobarse si se había utilizado anestesia, pero que la evidencia indicaba que la niña había estado llorando toda la noche tras el procedimiento.

Respecto de las consecuencias de la mutilación genital femenina, el juez se refirió a la decisión "K v. Secretary of State for the Home Department; Fornah v Secretary of State for the Home Department", de 2007, en que la baronesa Hale, de la Cámara de los Lores, había señalado que se trataba de procedimientos irreversibles, a cargo de médicos no profesionales que operan con instrumentos rudimentarios y sin anestesia, cuyos efectos a largo plazo incluyen quistes y abscesos, formación de cicatrices queloides, daños en la uretra que provocan incontinencia urinaria, dispareunia y disfunción sexual. El juez subrayó, en el voto de Hale, el argumento

de que las mutilaciones no pueden compararse con la circuncisión masculina —que puede ayudar a prevenir la transmisión del VIH—, y que el fenómeno es una manifestación de la arraigada desigualdad de género que les asigna a las mujeres y las niñas una posición inferior en la sociedad y tiene profundas consecuencias físicas y sociales. Por lo tanto, el objetivo subyacente es el de reducir la capacidad sexual de la mujer, pues las mutilaciones, en efecto, implican la extirpación parcial o total del principal órgano sexual femenino, equivalente en anatomía y fisiología al pene masculino. Además, el juez destacó, en el voto de Hale, la consideración de que se trata de una cuestión de derechos humanos, no solo por la desigualdad de trato entre hombres y mujeres, sino también porque el procedimiento equivale a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el sentido del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de los arts. 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 37.a de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El juez analizó, además, las altísimas tasas de mutilación genital femenina que se registran en Somalia y Kenia y el hecho de que la demandada también había sido sometida de niña a una mutilación, pero no aceptó el testimonio de Noor en cuanto a que no sabía a qué tipo de mutilación había sido sometida Jade, sobre todo por los problemas ginecológicos que ella misma padecía.

El juez se refirió también al carácter multicultural del Reino Unido, un país con personas de todos los credos y de ninguno, con grandes diferencias políticas y sociales, pero en el que la ley se aplica a todos por igual y cualquier forma de mutilación genital femenina está prohibida en términos muy claros. Destacó que ni la ignorancia de la ley ni el haber actuado bajo amenaza justificaban el hecho. Señaló que la ley no distinguía entre los posibles fines de la mutilación, que no limitaba la responsabilidad a personas de una religión o cultura particular y que tampoco exigía al jurado que estuviera seguro del propósito con que se había llevado a cabo una mutilación. Sostuvo que, para el jurado, la cuestión a dirimir había sido si Noor había ayudado, incitado, aconsejado o procurado que una persona sometiera a una niña de nacionalidad británica a una mutilación genital fuera del Reino Unido y que, de acuerdo con el veredicto, era culpable. El juez entendió que el veredicto era inevitable dadas las pruebas que habían sido presentadas ante el jurado.

Si bien el juez admitió como probable que Noor hubiera sido presionada, no admitió la versión de que la habían amenazado con repudiarla, porque nada de eso surgía del interrogatorio policial. Señaló que estaba claro que no había sido amenazada con violencia, de manera que la presión no era una excusa válida para haber aceptado el procedimiento. Consideró que las protestas iniciales alegadas por Noor daban la pauta de que sabía perfectamente que lo que hacía no era correcto. Además, observó que la presencia de Noor había cumplido la función de tranquilizar a Jade, sin lo cual podría haberse negado a ir al lugar de la intervención o podría haberse resistido durante el procedimiento.

Por otra parte, a partir del testimonio de Noor, relevó que el lugar donde se había llevado a cabo el procedimiento no era una clínica, sino una casa, y que

no había médicos. No admitió la alegación de Noor respecto de que nunca antes había estado en la casa y de que no había entrado a la habitación cuando la señora a cargo del procedimiento la había invitado a pasar. El juez interpretó que se trataba de un intento por parte de Noor de minimizar tanto su conocimiento respecto de la mutilación practicada como su implicación e intención. Aclaró que Noor era culpable del delito imputado tanto si se había tratado de una mutilación genital de tipo 1 —la extirpación del clítoris— como de una mutilación genital de tipo 4 —la inyección o perforación de los genitales para producir sangre—. Señaló que, no obstante, no cabía duda de que se había tratado de una mutilación de tipo 1.

El juez señaló que no existían directrices para la imposición de penas en relación con el delito de ayuda a una persona no perteneciente al Reino Unido a mutilar los genitales de una niña fuera del país, en contra de lo dispuesto en el art. 3 de la ley de mutilación genital femenina de 2003, y que no había antecedentes de procesos que hubieran prosperado en virtud de este artículo.

Sin embargo, afirmó que, en el contexto de una lesión irreversible con efectos graves tanto físicos como mentales a corto y largo plazo, resultaba particularmente relevante la directriz del Consejo de Sentencias de Inglaterra y Gales sobre la imposición de penas por herir con intención, dado que Noor había ayudado e instigado precisamente a herir con intención a Jade. Sostuvo que el daño causado por este delito recaía en la categoría 1 —por tratarse de una lesión particularmente grave como la extirpación de un órgano entero—, y que se correspondía con el grado de culpabilidad A —por tratarse de una víctima obviamente vulnerable debido a su edad—, con un punto de partida para la categoría 1.A de 12 años de prisión y un rango de 10 a 16 años de prisión. No obstante, advirtió que era importante reconocer que tal directriz se aplicaba en el contexto de delitos que conllevan una pena máxima de cadena perpetua, y consideró apropiado un ajuste a la baja.

Entendió que podían ser de cierta ayuda, también, las directrices del Consejo de Sentencias para la imposición de penas por causar o permitir que un niño sufra daños físicos graves. Señaló que podían reconocerse distintos factores de culpabilidad de tipo B —como el uso de fuerza o de un arma, la desatención deliberada del bienestar de un niño y la ausencia de medidas de protección—, que, por su combinación, equivalían a una culpabilidad de tipo A. Sostuvo que el daño recaía a todas luces dentro de la categoría 2 —daño físico grave con un efecto sustancial y/o a largo plazo y una condición permanente e irreversible—. Observó que la infracción de la categoría 2.A tenía un punto de partida de 9 años y un rango de condena de 7 a 12 años —con una pena máxima de 14 años para delitos posteriores al 28 de junio de 2022, y de 10 años para los anteriores—.

También tuvo en consideración, aunque en menor medida, la directriz sobre maltrato infantil, según la cual el delito se correspondía con la categoría de culpabilidad de tipo A, debido al carácter extremo de la degradación de la víctima —mutilación de tipo 1 con conocimiento del hecho—, y con la categoría 1 de daño —por daño físico grave—, con un punto de partida para la categoría 1.A de 9 años de prisión y un rango de condena de 7 a 12 años de prisión —cuya pena máxima es de 14 años para delitos posteriores al 28 de junio de 2022, y de 10 años para los anteriores—.

Respecto de la alegación de la defensa en cuanto a que la única directriz pertinente era la de desprotección de un menor ante el riesgo de mutilación genital, con una pena máxima de 7 años, el juez no consideró que fuera de ayuda por varias razones. En primer lugar, el delito tipificado en el artículo 3.A ni siquiera existía en el momento de la comisión del delito. En segundo lugar, es un delito mucho menos grave que aquel por el cual se la había declarado culpable. En tercer lugar, era menos apto en términos de culpabilidad, ya que Noor no se había limitado a no tomar ninguna medida para proteger a Jade —la categoría más alta de culpabilidad en virtud de esa directriz—, sino que su culpabilidad había sido mucho mayor, en la medida en que había ayudado e instigado la mutilación de tipo 1, mediante asistencia positiva, aliento y acompañamiento a la víctima para tranquilizarla, es decir, mucho más que no proteger a una niña del riesgo de mutilación.

El juez también tuvo en cuenta la directriz sobre violencia doméstica que establece, en su apartado 3, que "la violencia doméstica también incluye el denominado maltrato basado en el 'honor', la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado". Señaló, de acuerdo con la directriz, que el contexto doméstico de la conducta infractora supone que el delito sea más grave porque representa una violación de la confianza y la seguridad que normalmente existe entre las personas en una relación íntima o familiar, además de la posibilidad de una amenaza continua para la seguridad de la víctima.

También se refirió a la sentencia del Tribunal Penal Central en el caso "R v. N", del 8 de marzo de 2019, la única ocasión en que se condenó a una persona por un delito de mutilación genital femenina en el Reino Unido. Los hechos del caso, señaló, eran algo diferentes, relativos a una mutilación genital impuesta por una madre a su hija de 3 años en el domicilio familiar en Inglaterra. El juez, que había condenado a la mujer a 11 años de prisión —y a una pena consecutiva de 2 años por otros delitos no relacionados—, había indicado que "la mutilación genital femenina es una forma de maltrato infantil. […] Es una práctica bárbara y un delito grave […] contra las mujeres, que suele infligirse a mujeres jóvenes y vulnerables. A menudo se hace con la connivencia de los miembros de la familia. Y luego se oculta".

El juez tuvo en consideración, también, el art. 57 de la Ley de Sentencias de 2020, relativo a la finalidad de la condena en personas adultas. Señaló al respecto que quienes practiquen tales mutilaciones o colaboren con ellas deben saber que se les impondrán penas de prisión muy severas, que constituirán un castigo adecuado y tendrán el propósito de disuadir a otros de llevar a cabo prácticas tan viles.

Además, a la hora de determinar el punto de partida adecuado para la pena, tuvo en cuenta la directriz general del Consejo de Sentencias en lo que respecta a sus principios fundamentales. A este respecto, consideró que el daño causado había sido muy elevado debido a las lesiones graves infligidas, con efectos sustanciales a largo plazo, y que la culpabilidad también lo era, por tratarse de una víctima muy vulnerable y muy joven, dada la participación positiva con ayuda y/o estímulo, a sabiendas de que iba a sometérsela a una mutilación de tipo 1, y el carácter extremo de la degradación, como así también el hecho de que se había usado un cuchillo.

Consideró que el punto de partida adecuado era una pena de 9 años y 6 meses de prisión. Indicó una serie de factores comunes que agravaban el delito: el abuso de confianza (culpabilidad); la vulnerabilidad de la víctima (culpabilidad); la extirpación completa del clítoris (daño), y el hecho de que la extirpación suponía un impacto a largo plazo en la capacidad de Jade para experimentar placer sexual (daño). Explicó, además, que el enfoque adoptado consistía en el análisis de todas estas cuestiones para establecer el punto de partida antes de evaluar los atenuantes disponibles, con el cuidado de evitar cualquier posibilidad de doble cómputo, que puede ocurrir si se establece un punto de partida teórico —en un caso en el que no existe una directriz directamente aplicable— a partir del cual se aumente la pena.

Entre los atenuantes personales, el juez tuvo en cuenta que Noor tenía 22 años cuando había cometido el delito, que entonces era madre de 3 niños pequeños y que ella misma había sido víctima de una mutilación genital cuando tenía 3 años. También consideró la presión cultural y familiar, pero, además, que podría y debería haber resistido esa presión, sobre todo porque pronto regresaría al Reino Unido, donde habría contado con el apoyo de su marido. También tuvo en cuenta que, actualmente, con 40 años, no tenía antecedentes penales, era madre de 7 hijos de entre 2 y 21 años y las más pequeñas no habían sido sometidas a mutilaciones genitales.

Consideró, además, la corta edad de sus hijos menores y el impacto que la sentencia tendría en ellos. Señaló que no cabía duda que se produciría una injerencia en la vida familiar, pero que era proporcionada y obedecía a objetivos legítimos en el contexto de un delito tan grave. También sostuvo que se había constatado que la familia contaba con una sólida red de parientes y amigos dispuestos a apoyarlos en caso de que Noor recibiera una pena privativa de libertad.

También consideró que, aunque Noor tenía un conocimiento limitado del inglés, se trataba de una persona capaz y con un dominio de la lengua suficiente para comunicar sus dificultades en prisión.

A su vez, contempló que, aunque Noor había expresado remordimiento, no había asumido la responsabilidad plena por su comportamiento y no estaba dispuesta a admitir completamente su implicación en los hechos.

Indicó, además, cuestiones relativas al historial médico de Noor —el diagnóstico de fibromialgia, los problemas ginecológicos, el diagnóstico de estrés postraumático y ansiedad generalizada y los episodios recurrentes de depresión—. A su vez, advirtió que ninguno de los psiquiatras había recomendado su hospitalización, y que podría recibir los tratamientos farmacológicos y psicológicos adecuados en el entorno penitenciario, con chequeos regulares. Por lo tanto, no consideró que su culpabilidad debiera ser reducida por cuestiones de salud.

En cuanto a los retrasos previos a la imputación que fueron alegados por la defensa, el juez consideró que, en efecto, había habido demoras procesales injustificadas que posiblemente hubieran supuesto un perjuicio para Noor y su familia, por lo que correspondía un ajuste apropiado de la pena a la baja.

En consideración de que la gravedad del delito era tal que ni una multa ni una pena comunitaria podían justificarse, el juez dictó una pena de prisión que tuviera

en cuenta los atenuantes. Partiendo de una pena de 9 años y 6 meses de prisión, la redujo a 7 años y 6 meses para reflejar los atenuantes, con un nuevo ajuste a la baja de 6 meses para reflejar el efecto perjudicial de la demora. La sentenció, por tanto, a 7 años de prisión. Señaló que cumpliría la mitad de la condena en prisión preventiva, a menos que fuera liberada bajo supervisión, y que luego sería puesta en libertad, sin que eso determinara el fin de la condena. Indicó que si cometía cualquier otro delito después de su puesta en libertad y antes de finalizado el período cubierto por la condena, podría ordenarse su reingreso a prisión para cumplir con la condena pendiente, además de la condena por el nuevo delito.

TRIBUNAL PENAL CENTRAL DE INGLATERRA Y GALES, "R. v. Noor", sentencia del 16-2-2024, en https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/02/R-v-Amina-Noor-Approved-Sentencing-Remarks.pdf

SUECIA

Derecho a la salud. Contaminación del agua potable. Niveles elevados de PFAS en sangre. Resarcimiento. **Derecho ambiental**. Medio ambiente. (Suecia).

Antecedentes del caso: en 2013, la empresa municipal Miljöteknik —que se encarga de proveer agua potable a los residentes de los municipios de Ronneby y Kallinge— descubrió que el agua estaba contaminada con sustancias alquílicas perfluoradas, es decir, sustancias perfluoroalquiladas y polifluoroalquiladas (PFAS), que superaban ampliamente el valor umbral aprobado de 4 nanogramos por litro. La contaminación existía desde hacía varios años como resultado de la fuga de espuma contra incendios —desde un lugar de simulacro de incendios en la cercana base de la Fuerza Aérea Sueca— al agua subterránea.

En 2016, unos 150 vecinos de la zona entablaron una demanda colectiva contra la empresa y alegaron daños personales por valores elevados de PFAS en la sangre, a causa del consumo de agua contaminada. Argumentaron que Miljöteknik había violado la ley de responsabilidad del producto, ya que no había garantizado la seguridad ni la salud de los consumidores del producto que suministraba. Señalaron que bebían agua contaminada desde hacía varios años y que muchos padecían enfermedades como el cáncer de riñón. En 2021, el tribunal de distrito local falló a favor de los residentes y les concedió el derecho a una indemnización, ya que consideró que beber agua con un contenido demasiado alto de PFAS implicaba un daño personal.

Sin embargo, la empresa apeló y el Tribunal de Apelaciones de Skåne y Bleking anuló la sentencia y sostuvo que el mayor riesgo de contraer enfermedades relacionadas con las PFAS no podía considerarse daño personal. Los vecinos elevaron un recurso contra esta decisión ante el Tribunal Supremo de Suecia.

Sentencia: el Tribunal Supremo de Suecia revocó la decisión del Tribunal de Apelaciones de Skåne y Bleking y declaró que el nivel elevado de PFAS en la sangre de los vecinos constituía un daño personal, según la ley de responsabilidad del producto. Resolvió que la empresa debía indemnizar a los demandantes.

La ley de responsabilidad del producto de Suecia implementa la directiva europea sobre responsabilidad por productos (Directiva 85/374 del Consejo de la Unión Europea, del 25 de julio de 1985, sobre la aproximación de las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por productos defectuosos). Según la ley, las normas de responsabilidad del producto exigen que se pague una compensación por una lesión personal causada por la falta de seguridad de un producto. No es necesario que la lesión personal sea causada por descuido del productor. La responsabilidad es, por lo tanto, una responsabilidad estricta.

El Tribunal Supremo observó que ni la directiva sobre responsabilidad por productos de la Unión Europea ni la ley de responsabilidad del producto de Suecia definían el término legal "lesión personal". Sin embargo, el Tribunal Supremo advirtió que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea proporcionaba un amplio margen de apreciación para que quienes hubieran sufrido una lesión como resultado de un producto defectuoso recibieran una compensación correcta y completa.

El Tribunal Supremo sostuvo que, dado que las lesiones personales no están definidas en la ley de responsabilidad del producto, el término "lesión personal" debería definirse de la misma manera que en la ley de daños de Suecia. Explicó, además, que, si bien el término no está definido explícitamente en la ley de daños, los daños o lesiones personales se mencionan varias veces en la historia legislativa.

Así, el Tribunal Supremo determinó que, para que un problema físico calificara como lesión personal, debía haber un cambio en el cuerpo que implicara objetivamente un deterioro. Puede ser un deterioro temporal o permanente, visible o invisible, que afecte o no al sistema inmunológico.

En relación con el caso, el Tribunal Supremo señaló que la investigación había proporcionado pruebas suficientes de que el agua potable contaminada había generado un impacto negativo importante en los cuerpos de los demandantes. Agregó que, como regla general, los elevados riesgos de efectos negativos para la salud en el futuro no constituían por sí mismos una lesión personal. Sin embargo, consideró que, en este asunto específico, el deterioro físico provocado por los altos niveles de PFAS en sangre de cada uno de los vecinos implicaba que se había producido un daño o lesión personal en términos del derecho de daños.

Además, el Tribunal Supremo destacó el dato significativo del aumento del nivel de PFAS en la sangre de los demandantes, con un promedio de 600 ng/ml, en comparación con menos de 10 ng/ml para el ciudadano sueco promedio. Agregó que la cantidad de PFAS presente en los cuerpos de los vecinos estaba entre las más altas del mundo, y que pasarán muchos años antes de que bajen a niveles normales.

En consecuencia, el Tribunal Supremo resolvió, a partir de todos estos elementos, que Miljöteknik era responsable de indemnizar a los demandantes por daños o lesiones personales. No se pronunció sobre el monto de la compensación, que debe ser establecido por el tribunal de distrito local. También dispuso que la empresa denunciada deberá hacerse cargo de las costas procesales.

TRIBUNAL SUPREMO DE SUECIA, T 486-23, "PFAS", sentencia del 5-12-2023, en https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstadomstolen/avgoranden/2023/t-486-23.pdf

SUIZA

Derecho penal. Acción penal. Legitimación. Titular del bien jurídico protegido. **Aborto.** (Suiza).

Antecedentes del caso: el accionante presentó una denuncia penal contra su expareja por un supuesto aborto ilegal y otros delitos, y manifestó que deseaba participar en el proceso penal como demandante particular. Su expareja había interrumpido un embarazo después de la semana doce, lo que constituye un delito penal según el Código Penal suizo, a menos que la interrupción sea, a juicio de un médico, necesaria para evitar que la mujer embarazada sufra lesiones graves o un sufrimiento psicológico considerable.

Tras una investigación y varios actos de instrucción, la fiscalía dio por concluido el proceso penal sin presentar cargos. El accionante apeló esta decisión ante el Tribunal Cantonal de Friburgo. Según el Código de Procedimiento Penal suizo, los demandantes particulares solo pueden recurrir contra el sobreseimiento si son parte en el proceso penal como demandantes privados, es decir, si son la persona perjudicada o un familiar de la víctima que presente demandas civiles contra el acusado. Una persona perjudicada es "una persona cuyos derechos han sido violados directamente por la infracción", mientras que una víctima es "una persona perjudicada cuya integridad física, sexual o mental ha sido afectada directa y negativamente por la infracción penal" (arts. 115.1 y 116.1 del Código de Procedimiento Penal). Se consideran familiares de la víctima los cónyuges, hijos, padres y demás personas con similar parentesco con la víctima (art. 116.2 del Código de Procedimiento Penal).

El Tribunal Cantonal de Friburgo desestimó la denuncia penal por aborto ilegal. El demandante presentó un recurso ante el Tribunal Supremo Federal de Suiza. Alegó que el tribunal cantonal le había negado erróneamente la condición de persona perjudicada o de familiar de una víctima para, de ese modo, ser parte en el proceso en relación con el aborto de su expareja. Señaló que, como padre del "feto asesinado", debía ser considerado una "víctima en el sentido del art. 115 del Código de Procedimiento Penal" y, por ese motivo, ser autorizado a apelar el sobreseimiento. Sostuvo que su legitimación para presentar una denuncia también derivaba del art. 116.2 del Código de Procedimiento Penal.

Sentencia: el Tribunal Supremo Federal de Suiza rechazó el recurso. Consideró que el procreador de un feto abortado no tiene derecho a impugnar el desistimiento del proceso penal incoado contra la mujer embarazada por interrupción punible del embarazo. Señaló que el demandante no era titular del bien jurídico protegido por la disposición penal y tampoco podía ser considerado familiar de la víctima, porque la vida prenatal nunca había adquirido personalidad jurídica propia.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, la persona perjudicada puede hacer valer, como demandante privado, sus derechos civiles derivados del delito como complemento del proceso penal (art. 122.1). Los familiares de la víctima también tienen el mismo derecho si presentan sus derechos civiles contra el acusado (art. 122.2).

El tribunal señaló que una persona perjudicada es aquella cuyos derechos han sido directamente vulnerados por el delito y que, por lo tanto, es titular del bien jurídico protegido, o al menos coprotegido, por la norma penal vulnerada (art. 115 del Código de Procedimiento Penal). Asimismo, la víctima es la persona lesionada cuya integridad física, sexual o psicológica fue directamente perjudicada por el delito (art. 116.1). Si los familiares de una víctima presentan reclamos civiles, tienen los mismos derechos que la víctima (art. 117.3). Los familiares de la víctima son su cónyuge, sus hijos y sus padres, así como las personas igualmente cercanas a ella (art. 116.2).

De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Cantonal de Friburgo, el aborto había sido practicado en la semana quince o dieciséis de embarazo, con el aval médico, debido al riesgo de grave malestar psíquico para la mujer.

Según el art. 118.3 del Código Penal, alguien que interrumpe su embarazo después del final de la semana doce desde el inicio del último período o participa de otro modo en la interrupción sin cumplir los requisitos del art. 119.1 debe ser castigado con pena de prisión de hasta tres años o multa. Ahora bien, según el mismo art. 119.1, la interrupción del embarazo no es punible si, según un dictamen médico, resulta necesaria para evitar el riesgo de lesiones graves o sufrimiento psicológico considerable por parte de la mujer embarazada. Cuanto más avanzado esté el embarazo, mayor será el riesgo.

El tribunal señaló que el bien jurídico protegido en virtud del art. 118.3 del Código Penal era la vida humana durante el embarazo. En principio, se incluyen todos los embriones y fetos hasta el nacimiento, incluidos aquellos que no son viables. Agregó que, con base en el concepto jurídico del Código Civil, la personalidad jurídica comienza con la vida después del nacimiento —fuera del útero— y termina con la muerte. Antes del nacimiento, el niño solo tiene capacidad jurídica si nace vivo. En cambio, el niño que nace muerto no adquiere capacidad jurídica alguna.

En consecuencia, a partir de estos elementos, el tribunal consideró que la vida prenatal protegida por el art. 118 no tiene personalidad jurídica propia. Por eso, si esta vida no nacida en el útero terminara mediante el aborto, nunca podría adquirir personalidad según el art. 31 del Código Civil suizo. Esto significa que la vida no nacida no es una persona perjudicada en el sentido del art. 115.1 del Código de Procedimiento Penal y, por lo tanto, tampoco es una víctima según el art. 116.1 del mismo código.

El tribunal afirmó que, entonces, el Tribunal Cantonal de Friburgo había motivado correctamente su decisión en estos principios. Sobre la base de todo ello, el tribunal estableció que el demandante no era titular del bien jurídico protegido en el art. 118 del Código Penal ni podía ser considerado un familiar en el sentido del art. 116.2 del Código de Procedimiento Penal, debido a la falta de condición de víctima de la vida prenatal.

En conclusión, el tribunal desestimó la denuncia e impuso las costas judiciales al demandante.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE SUIZA, 7B_1024/2023, sentencia del 26-6-2024, en https://perma.cc/DKK8-FLED



CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Derecho de la Unión Europea. Cambio climático. Obligaciones positivas. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Derecho de las personas a una protección eficaz por parte de las autoridades del Estado frente a los graves efectos adversos del cambio climático sobre su vida, su salud, su bienestar y su calidad de vida. Derecho de acceso a un tribunal. Derecho a un proceso equitativo. (Corte Europea de Derechos Humanos-Suiza).

Antecedentes del caso: Verein KlimaSeniorinnen Schweiz es una asociación suiza sin fines de lucro que promueve e implementa medidas efectivas de protección climática en nombre de sus miembros, más de dos mil mujeres residentes en Suiza, la mayoría con más de 75 años. La asociación está comprometida con la reducción de los gases de efecto invernadero en Suiza y sus efectos en el calentamiento global. Su actividad pretende ser de interés no solo para sus miembros, sino también para el público en general y para las generaciones futuras. La asociación suministra información a través de actividades educativas y adopta medidas legales en relación con los efectos del cambio climático.

En noviembre de 2016, con base en el art. 25 bis de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo del 20 de diciembre de 1968, la asociación y cuatro de sus miembros, las señoras Schaub, Volkoff Peschon, Molinari y Budry, todas mayores de 80 años, presentaron una demanda ante el Consejo Federal y otras autoridades suizas responsables de asuntos medioambientales y energéticos. Alegaron diversas omisiones en materia de protección del clima y solicitaron una decisión sobre las medidas a adoptarse. Además, pidieron a las autoridades que tomaran todas las medidas necesarias para alcanzar el objetivo fijado para 2030 por el Acuerdo de París de cambio climático, de 2015.

En una resolución del 25 de abril de 2017, el Departamento Federal de Medio Ambiente, Transportes, Energía y Comunicaciones declaró inadmisible el recurso por considerar que las demandantes perseguían un interés público general, que sus derechos no se veían directamente afectados y que, por tanto, no podían ser consideradas víctimas. También consideró que el objetivo general de las demandantes era lograr una reducción de las emisiones de CO_2 en todo el mundo, y no solo en su entorno inmediato.

En noviembre de 2018, el Tribunal Administrativo Federal rechazó un recurso presentado por las demandantes. Dictaminó que las mujeres mayores de 75 años no eran la única categoría de población perjudicada por los efectos del cambio climático y que no habían demostrado que sus derechos se hubieran visto afectados de forma diferente a los de la población en general.

En una sentencia del 5 de mayo de 2020, el Tribunal Supremo Federal desestimó un recurso presentado por las demandantes en enero de 2019. Declaró que las demandantes individuales no se habían visto suficiente y directamente afectadas por las supuestas violaciones en el ejercicio del derecho a la vida, garantizado por el art. 10.1 de la Constitución, o del derecho al respeto de la vida privada y familiar, incluido el hogar, para invocar un interés digno de protección en el sentido del art. 25a de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

En noviembre de 2020, las demandantes recurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Alegaron el incumplimiento, por parte de la Confederación Suiza, de la obligación impuesta por la Convención Europea de Derechos Humanos de proteger eficazmente la vida (art. 2) y de garantizar el respeto de la vida privada y familiar, incluido su domicilio (art. 8). Asimismo, argumentaron que el Estado no había adoptado la legislación apropiada ni puesto en marcha medidas adecuadas y suficientes para alcanzar los objetivos de lucha contra el cambio climático, tal y como lo exigen los compromisos internacionales. También adujeron no haber tenido acceso a un tribunal en el sentido del art. 6.1 de la Convención, y que los tribunales nacionales no habían respondido adecuadamente a sus solicitudes y habían dictado resoluciones arbitrarias que vulneraban sus derechos civiles en relación con la no adopción, por parte del Estado, de las medidas necesarias para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático. Por último, denunciaron una violación del art. 13 (derecho a un recurso efectivo) porque no habían dispuesto de un recurso interno efectivo en relación con sus denuncias en virtud de los arts. 2 y 8 de la Convención. Los Gobiernos austriaco, irlandés, italiano, letón, noruego, portugués, rumano y eslovaco intervinieron en el procedimiento escrito como terceras partes, al igual que otras personas y entidades. El Gobierno irlandés y la Red Europea de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos fueron autorizados a intervenir oralmente en el procedimiento en calidad de terceras partes.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró, por dieciséis votos contra uno, que había habido una violación del art. 8 y, por unanimidad, que había habido una violación del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Asimismo, condenó a la Confederación Suiza al pago de €80 000 en concepto de gastos y costas.

En primer lugar, la corte señaló que solo podía conocer de las cuestiones relativas al cambio climático dentro de los límites del ejercicio de su competencia, que, en virtud del art. 19 de la Convención, consiste en velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por las Altas Partes Contratantes de la Convención y de sus Protocolos. Sin embargo, la corte tuvo en cuenta que la inadecuación de la acción del Estado en la lucha contra el cambio climático había agravado los riesgos de consecuencias negativas y las amenazas —ya reconocidas por los Estados de todo el mundo— para el disfrute de los derechos humanos. Se trata, según la corte, de condiciones actuales imperiosas, confirmadas por los conocimientos científicos, que ella, como órgano judicial encargado de velar por los derechos humanos, no puede ignorar.

La corte consideró que hay indicios suficientemente confiables de que el cambio climático antropogénico existe, que representa una grave amenaza para el disfrute de los derechos humanos garantizados por la Convención, tanto ahora como en el

futuro, que los Estados son conscientes de ello y son capaces de adoptar medidas para hacerle frente de manera eficaz, y que los riesgos correspondientes deberían reducirse si el calentamiento se limita a 1,5 °C por encima de los niveles preindustriales y si se adoptan medidas urgentes. Señaló que, actualmente, los esfuerzos mundiales para mitigar el cambio climático no son suficientes para garantizar el cumplimiento de ese objetivo. Al mismo tiempo, señaló que las obligaciones jurídicas que la Convención impone a los Estados se refieren a las personas que viven hoy y que, en el momento en cuestión, están sujetas a la jurisdicción de una parte contratante concreta, pero que, no obstante, es probable que las generaciones futuras tengan que soportar consecuencias cada vez mayores por los errores y omisiones actuales en la lucha contra el cambio climático. En este contexto, la corte examinó la condición de víctimas de las recurrentes individuales, el *locus standi* de la asociación recurrente y la aplicabilidad de los arts. 2 y 8 de la Convención.

La corte estimó que, para revestir la condición de víctima en virtud del art. 34 de la Convención en el contexto de las demandas relacionadas con el cambio climático, un recurrente individual debía demostrar que se veía afectado personal y directamente por la acción o inacción de las autoridades públicas. Por lo tanto, deben tomarse en consideración dos criterios esenciales: a. el recurrente tiene que estar fuertemente expuesto a los efectos perjudiciales del cambio climático, y b. debe existir una necesidad imperiosa de garantizar la protección individual del recurrente.

La corte señaló que el requisito para acreditar la condición de víctima en los casos de cambio climático era especialmente elevado, ya que la Convención no admite reclamos de interés público. Tras examinar detenidamente la naturaleza y el objeto de las reclamos individuales de las recurrentes y las pruebas presentadas, el nivel de probabilidad de los efectos adversos del cambio climático a lo largo del tiempo, el impacto específico en la vida, la salud o el bienestar de cada recurrente, la escala y la duración de los efectos adversos, el alcance del riesgo (localizado o general) y la naturaleza de la vulnerabilidad de cada recurrente, la corte concluyó que las cuatro recurrentes individuales no cumplían los criterios para revestir la condición de víctima a efectos del art. 34 de la Convención. Por consiguiente, declaró inadmisibles sus reclamos.

En lo que respecta a la legitimación de las asociaciones, la corte consideró que, habida cuenta de la especificidad del cambio climático que afecta a toda la humanidad y de la necesidad de promover el reparto intergeneracional del esfuerzo, correspondía autorizar a una asociación a promover una acción. Sin embargo, la exclusión de las acciones de interés público en virtud de la Convención exigía que la asociación recurrente cumpliera una serie de requisitos para poder actuar en nombre de particulares e interponer una acción porque un Estado no había adoptado medidas para protegerlos de los efectos adversos del cambio climático sobre su vida y su salud. El derecho de una asociación a actuar en nombre de sus miembros o de otras personas afectadas en su país no está supeditado, según la corte, al requisito independiente de demostrar que las personas en cuyo nombre se ha presentado el recurso revisten el carácter de víctimas que se aplica a las personas físicas. En las circunstancias de este caso, la corte entendió que la asociación cumplía los criterios pertinentes y tenía la legitimación necesaria para actuar en nombre de sus miembros. Asimismo, consideró que el art. 8 era aplicable en el contexto de su reclamo.

La corte decidió no examinar el caso en virtud del art. 2 en vistas de que el art. 8 se aplicaba al reclamo de la asociación recurrente. No obstante, observó que los principios desarrollados en relación con el art. 2 eran muy similares, en líneas generales, a los establecidos en relación con el 8. Sostuvo que este artículo comprendía el derecho de las personas a una protección eficaz por parte de las autoridades del Estado frente a los graves efectos adversos del cambio climático sobre su vida, su salud, su bienestar y su calidad de vida.

En este contexto, la corte sostuvo que el deber primordial de un Estado contratante es adoptar y aplicar efectivamente normas y medidas para mitigar los efectos presentes y futuros, potencialmente irreversibles, del cambio climático. Esta obligación deriva de la relación de causalidad entre el cambio climático y el disfrute de los derechos garantizados por la Convención, y del hecho de que el objeto y la finalidad de la Convención, como instrumento de protección de los derechos humanos, exigen que sus disposiciones se interpreten y apliquen de forma que las garantías sean concretas y efectivas. No obstante, señaló que, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros, concretamente, en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y del Acuerdo de París, y en vistas de la información científica indiscutible proporcionada, en particular, por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, los Estados debían poner en marcha las regulaciones y medidas necesarias para evitar el aumento de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera terrestre y el aumento de la temperatura media global hasta niveles que puedan tener repercusiones graves e irreversibles sobre los derechos humanos protegidos por el art. 8 de la Convención. El respeto efectivo de estos derechos exige que los Estados tomen medidas para reducir sus niveles de emisiones de gases de efecto invernadero con el fin de alcanzar la neutralidad neta en las próximas tres décadas. En este sentido, determinó que se deben establecer objetivos y calendarios pertinentes que formen parte del marco normativo nacional.

En lo referido concretamente al recurso de la asociación contra Suiza, la corte constató que el proceso de establecimiento del marco normativo nacional contenía graves deficiencias, en particular, la incapacidad de las autoridades suizas de cuantificar, mediante un presupuesto de carbono o de otro modo, los límites nacionales aplicables a las emisiones de gases de efecto invernadero. Además, señaló que Suiza no había cumplido sus objetivos anteriores de reducción de esas emisiones y no había actuado de manera oportuna y adecuada para elaborar y aplicar la legislación y las medidas pertinentes de conformidad con las obligaciones positivas que le incumben en materia de cambio climático, en virtud del art. 8 de la Convención. La Confederación Suiza, por tanto, había excedido los límites de su margen de apreciación e incumplido sus obligaciones al respecto. En consecuencia, se había producido una violación del art. 8 de la Convención.

La corte sostuvo que el art. 6.1 de la Convención era aplicable en este caso porque se refería a la aplicación efectiva de las medidas de mitigación previstas por la legislación vigente, y recordó la especial relevancia de la acción colectiva frente al cambio climático. Según la corte, la asociación revestía la condición de víctima en virtud de esa disposición, por razones similares a las expuestas en relación con

el art. 8, a diferencia de las demandantes individuales. La corte admitió que los tribunales nacionales habían intentado hacer una distinción entre la cuestión de la protección de los derechos individuales y las acciones de interés público, ya que solo la protección de los derechos individuales está garantizada por el art. 25 bis de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Sin embargo, consideró que la desestimación del recurso interpuesto por la asociación, primero por una autoridad administrativa y después por los tribunales nacionales, en dos niveles jurisdiccionales distintos, suponía una vulneración del derecho de acceso a un tribunal.

La corte consideró que los tribunales nacionales no habían manifestado de forma convincente por qué habían considerado que era innecesario examinar el fondo de las denuncias. No habían tenido en cuenta las pruebas científicas indiscutibles sobre el cambio climático y no habían tomado en serio los reclamos. A falta de otros recursos o garantías legales, tanto en relación con la asociación recurrente como con las recurrentes/miembros individuales de la asociación, la corte concluyó que se había producido una violación del art. 6.1 de la Convención. Estimó esencial subrayar el papel clave que desempeñan los tribunales nacionales en los litigios relacionados con el cambio climático, como demuestra la jurisprudencia actual de algunos Estados miembros del Consejo de Europa, que destaca la importancia del acceso a la Justicia en este ámbito. Además, la corte precisó que, habida cuenta de los principios de responsabilidad compartida y de subsidiariedad, correspondía, en primer lugar, a las autoridades nacionales y, en particular, a los órganos jurisdiccionales velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención.

La corte sostuvo que el Estado responsable de una violación de la Convención debe elegir, bajo el control del Comité de Ministros, las medidas generales y/o, en su caso, individuales que serán incorporadas a su ordenamiento jurídico interno para poner fin a la violación y reparar la situación. En este caso, habida cuenta de la complejidad y de la naturaleza de las cuestiones planteadas, la corte señaló que no podía ser precisa ni preceptiva en cuanto a las medidas que debían aplicarse para dar cumplimiento efectivo a la sentencia. Dado el margen de apreciación reconocido al Estado en la materia de que se trata, la corte consideró que la Confederación Suiza, con la asistencia del Comité de Ministros, estaba en condiciones de determinar con precisión las medidas. Por consiguiente, sostuvo que correspondía al Comité de Ministros comprobar, sobre la base de la información facilitada por el Estado demandado, que se adoptaran las medidas para garantizar que las autoridades nacionales cumplieran las exigencias de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland", sentencia del 9-4-2024, en https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-233206%22]}

Derecho de la Unión Europea. **Derecho a la libertad de expresión. Libertad ideológica. Enaltecimiento y justificación del terrorismo. Incitación a la violencia. Calumnias e injurias contra un funcionario público.** (Corte Europea de Derechos Humanos-España).

Antecedentes del caso: el demandante, Pablo Rivadulla Duró, un rapero conocido por su nombre artístico "Pablo Hasél", es un ciudadano español nacido en 1988 que reside en Madrid.

Entre 2014 y 2016, Rivadulla Duró publicó una serie de mensajes en Twitter donde mostraba su apoyo y admiración por los GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre), una organización proscripta. El demandante escribió múltiples mensajes donde glorificaba acciones terroristas.

Además, publicó una serie de tuits sobre el rey emérito Juan Carlos I de España, en los que se refería a él como un "mafioso borbónico" y un ladrón, lo acusaba de despilfarrar dinero público y gastarlo en juerga y prostitutas, de haber asesinado a su hermano, de ser un alcohólico, un jefe de la mafia y un apestoso cacique y de complotar con Antonio Tejero, el líder del fallido golpe de Estado de 1981, y pedía su destitución como rey de España.

En otra serie de tuits, Rivadulla Duró criticó en varias oportunidades a la policía y a las fuerzas de seguridad, a las que denominaba "nazis" y acusaba de brutalidad policial, tortura y asesinato de inmigrantes.

Por último, en 2016, publicó un vídeo con el título "Pablo Hasel... Juan Carlos el Bobón" (donde "bobón" significa "idiota", pero a su vez hace referencia a la casa real de Borbón).

En marzo de 2018, la Audiencia Nacional condenó a Rivadulla Duró a dos años de prisión por enaltecimiento o justificación pública del terrorismo y a pagar una multa de €13 500 por haber incitado a la violencia contra el rey emérito Juan Carlos I y contra altos funcionarios del Parlamento y del Gobierno, y por haber elogiado a miembros de organizaciones terroristas conocidas. También lo condenó por calumnias e injurias contra el rey y las instituciones del Estado y por el uso indebido de la imagen del rey, por lo que le impuso una multa de €10 800.

El demandante apeló la sentencia y, en septiembre de 2018, consiguió que la Audiencia Nacional le redujera la condena a nueve meses de prisión y a una multa de €5040.

Rivadulla Duró apeló ciertas cuestiones de fondo de la sentencia ante el Tribunal Supremo de España, que, en mayo de 2020, desestimó el recurso.

Entonces, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional de España, pero fue declarado inadmisible en noviembre de 2020 por falta de justificación de relevancia constitucional.

Años antes, el 31 de marzo de 2014, una sentencia firme de la Audiencia Nacional había condenado al demandante a dos años de prisión por un delito

previo de enaltecimiento del terrorismo, pero la ejecución de esa condena había sido suspendida con la condición de que el demandante no cometiera un nuevo delito. La condena por los nuevos delitos dio lugar al levantamiento de la suspensión de la pena anterior y, en consecuencia, el demandante fue enviado a prisión en 2021.

El 24 de mayo de 2021, Rivadulla Duró interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Denunció que las sentencias de los tribunales españoles habían violado sus derechos a la libertad de expresión y a la libertad ideológica. Invocó los arts. 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 10 (libertad de expresión) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, alegó que el art. 18 (limitación de la aplicación de las restricciones de derechos) de la Convención también había sido violado, y afirmó que la finalidad de la condena había sido silenciarlo. Agregó que no se había respetado su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 13), porque el Tribunal Constitucional de España se había negado a pronunciarse sobre las cuestiones de fondo, debido a criterios de admisibilidad de excesivo rigor formal.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró, en forma unánime, la inadmisibilidad del recurso.

En cuanto a la parte de la demanda fundada en los arts. 9 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la corte la consideró inadmisible y manifiestamente infundada. Para ello, recurrió a lo resuelto en el fallo "Jorge López v. Spain", un antecedente de la corte muy similar a este caso.

La corte compartió la opinión de los tribunales españoles de que las declaraciones y canciones de Rivadulla Duró incitaban y justificaban el odio y la violencia, que mostraban un claro apoyo al terrorismo y que superaban los límites aceptables de crítica y de lo que podía considerarse "canciones de protesta".

Consideró que las sentencias de los tribunales españoles habían sido razonables y proporcionadas en virtud del fin legítimo que perseguían (la seguridad nacional y la seguridad pública); que habían evaluado debidamente las circunstancias del caso a la luz de la jurisprudencia relacionada de la misma Corte Europea de Derechos Humanos, y que los motivos de la condena resultaban adecuados y suficientes como para justificar la injerencia en los derechos del demandante.

Observó que la condena no constituía un castigo contra su ideología política y social, sino un castigo a la incitación, a la provocación y al peligro de que terceros pudieran llevar a cabo actos reales de violencia contra instituciones o grupos específicos, tal como lo habían hecho anteriormente los miembros de las organizaciones terroristas.

Señaló que las declaraciones de Rivadulla Duró estaban disponibles en internet para un público amplio que incluía menores de edad y que tenían la capacidad de provocar consecuencias dañinas.

En cuanto a su condena a prisión, la corte consideró que, de no haber sido por la condena previa que Rivadulla Duró tenía en suspenso, no hubiera ido a prisión y que, en consecuencia, había sido resultado de sus condenas sucesivas.

En cuanto a su condena por calumnias e injurias contra el rey y las instituciones del Estado, la corte señaló que Rivadulla Duró había hecho declaraciones en su carácter de artista. Comparó este caso con el fallo "Otegui Mondragón", en el que el demandado, en su carácter de representante político elegido por el pueblo, había hecho declaraciones verbales en una conferencia de prensa (sin posibilidad de reformular, redefinir o retractarse) que no hacían alusión a la vida privada del rey. En cambio, en este caso el demandado no era un funcionario electo, sino un cantante que había hecho declaraciones por escrito, tanto en sus canciones como en su cuenta de Twitter, las que claramente hacían referencia a la vida privada del rey.

En cuanto a la condena por estos delitos, la corte consideró que, si bien había interferido con el derecho a la libertad de expresión del demandado, lo cierto era que, dado que perseguía un fin legítimo como la seguridad nacional y la seguridad pública, no podía considerársela desproporcionada.

La corte declaró inadmisible y manifiestamente infundada la parte de la demanda fundada en los arts. 13 y 18 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Consideró que las condiciones de admisión de un recurso de amparo eran más estrictas que las de otros recursos, y que era aceptable que los tribunales nacionales hicieran referencia a las disposiciones legislativas pertinentes cuando no se planteaba ninguna cuestión fundamental, tal como en este caso.

Resolvió que, como Rivadulla Duró no había logrado demostrar que se habían vulnerado sus derechos establecidos en el art. 13, tampoco podía invocar el art. 18 de la Convención.

Además, observó que el Tribunal Constitucional había declarado inadmisible el recurso de amparo del demandante por falta de justificación de su relevancia constitucional e indicó que el requisito de justificar la especial relevancia constitucional del recurso en cuestión cumplía con lo establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos.

La corte señaló que quienes pretendieran invocar su jurisdicción de control en demandas contra un Estado están obligados a agotar, en primer lugar, los recursos previstos en el ordenamiento jurídico nacional. Por eso, cuando un demandante no logra justificar la especial relevancia constitucional de un recurso, se considera que no ha agotado debidamente los recursos nacionales y su demanda puede ser desestimada por esa razón.

Finalmente, la corte advirtió que, cuando un recurso de amparo ha sido declarado inadmisible por falta de justificación de su especial relevancia constitucional, no puede descartarse el riesgo de que se haya incurrido en un excesivo rigor formal. En este caso, la corte consideró que, si bien no le correspondía sustituir al Tribunal Constitucional de un Estado miembro en la evaluación de los criterios de admisibilidad de un recurso de apelación, sí tenía que verificar que la evaluación realizada por el tribunal no hubiera sido tan formalista como para restringir el acceso a un recurso efectivo. Sin embargo, sostuvo que, en este asunto, la corte no debía resolver esta cuestión porque el recurso era inadmisible por otras razones.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Rivadulla Duró v. Spain (application no. 27925/21)"; sentencia del 12-10-2023, en https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-229004



Derecho de la Unión Europea. **Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Uso del velo islámico en establecimientos educativos públicos.** Derecho a la libertad de expresión. Prohibición de discriminación. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Derecho a la educación. (Corte Europea de Derechos Humanos–Bélgica).

Antecedentes del caso: las tres demandantes son ciudadanas belgas identificadas como musulmanas y, de acuerdo con sus creencias religiosas, usan el velo islámico.

Las jóvenes acudían a instituciones educativas oficiales pertenecientes a la comunidad flamenca. Como Bélgica es un Estado federal, la educación es competencia de las comunidades (art. 127 de la Constitución). En 2009, el Consejo de Educación de la Comunidad Flamenca (conocido como GO!) decidió prohibir que los estudiantes llevaran símbolos visibles de las propias creencias. La medida debía aplicarse a todas las actividades escolares, con excepción de la enseñanza religiosa y las clases de ética no confesionales.

Los distintos centros educativos a los que asistían las demandantes aplicaron la prohibición. Cuando las demandantes se matricularon, sus padres firmaron un reglamento escolar que explicitaba la prohibición en cuestión. En 2017, los padres de las demandantes, en su condición de representantes legales, interpusieron una demanda contra el GO! y se ampararon en el derecho a la libertad religiosa de sus hijas.

Al año siguiente, el Tribunal de Primera Instancia de Tongeren declaró que la prohibición en cuestión era incompatible con el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En 2019, sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de Amberes anuló la decisión y declaró infundadas las pretensiones de las demandantes. En 2020, un abogado del Tribunal de Casación les indicó a los padres que había pocas perspectivas de interponer con éxito un recurso sobre cuestiones de derecho. Por lo tanto, decidieron no presentar un recurso de casación.

Ante la Corte Europea de Derechos Humanos, las demandantes alegaron que la prohibición en cuestión vulneraba los derechos y libertades garantizados por los arts. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y 10 (libertad de expresión) de la Convención y el art. 2 del Protocolo n.º 1 de la Convención (derecho a la educación), considerados aisladamente

y junto con el art. 14 (prohibición de discriminación). También afirmaron que habían sido discriminadas en el disfrute de esos derechos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibles los reclamos relativos a los arts. 8, 10 y 14 de la Convención y al art. 2 del Protocolo n.° 1 y rechazó por manifiestamente infundado el reclamo en virtud del art. 9 de la Convención.

En primer lugar, la corte consideró que el reclamo relativo a los arts. 8, 10 y 14 de la Convención y al art. 2 del Protocolo n.º 1 era inadmisible, dado que las demandantes no habían agotado los recursos internos, es decir, no habían presentado a las autoridades nacionales, ni expresamente ni en cuanto al fondo, ninguna alegación relativa a los derechos garantizados por tales artículos.

En lo que respecta al art. 9, la corte observó que el asunto se refería a un tipo de enseñanza pública, el sistema educativo oficial de la comunidad flamenca. De conformidad con art. 24.1.3 de la Constitución belga, esta educación debe ser neutral, lo que implica, en particular, el respeto de las convicciones filosóficas, ideológicas o religiosas de padres y alumnos.

La corte señaló que, para cumplir este requisito constitucional, el GO! había decidido introducir la prohibición general de llevar símbolos visibles de creencias en sus establecimientos, y que el Tribunal Constitucional había considerado que este concepto de neutralidad era compatible con el artículo 24.1.e de la Constitución. La corte observó que la decisión del GO! era detallada y tomaba en consideración tanto el contexto del sistema educativo establecido por la comunidad flamenca como los diversos intereses en juego en virtud del art. 9 de la Convención.

Remitiéndose a su jurisprudencia anterior y reiterando que las autoridades nacionales gozaban de cierto margen de apreciación a la hora de regular el uso de símbolos de creencias en los centros educativos estatales, la corte consideró que el concepto de neutralidad en el sistema educativo comunitario —entendido como la prohibición, en general, de que los alumnos lleven símbolos visibles de creencias— no era en sí mismo contrario al art. 9 de la Convención y a sus valores subyacentes.

A este respecto, señaló que la prohibición impugnada no se limitaba al velo islámico, sino que se aplicaba indistintamente a cualquier símbolo visible de las propias creencias. Además, observó que las demandantes habían elegido libremente asistir a centros del sistema educativo comunitario y no podían ignorar que la Constitución obligaba a los órganos de gobierno a garantizar el cumplimiento del principio de neutralidad en estos centros. Añadió, del mismo modo, que habían sido informadas con antelación de las normas aplicables y habían aceptado respetarlas.

En la medida en que la prohibición impugnada tenía por objeto proteger a los alumnos de cualquier forma de presión social y de proselitismo, la corte recordó que es importante velar por que, en virtud del principio de respeto del pluralismo y de la libertad de los demás, la manifestación de las creencias religiosas del alumnado en los establecimientos escolares no adquiera el carácter de un acto ostentoso que constituya una fuente de presión y de exclusión. A este respecto, señaló que no veía razón alguna para poner en tela de juicio las conclusiones del GO! relativas a las

posibles situaciones problemáticas, ni tampoco las del Tribunal de Apelación de Amberes, según el cual se habían producido incidentes en determinadas instituciones del sistema educativo comunitario.

Por último, la corte señaló que no ignoraba la diferente situación en la que se encontraban los profesores y los alumnos. Mientras que los primeros son símbolos de autoridad frente a los segundos y, por tanto, pueden ser objeto de restricciones a la expresión de sus convicciones, los alumnos menores de edad son, por su parte, más vulnerables. La corte observó que ya había declarado a este respecto que la prohibición de que los alumnos lleven símbolos religiosos podía responder a una preocupación específica de prevenir cualquier forma de exclusión o de presión, y respetar al mismo tiempo el pluralismo y la libertad de los demás.

De acuerdo con la corte, en este caso, las autoridades nacionales tenían derecho, habida cuenta del margen de apreciación del que disponían, a prever que el sistema educativo de la comunidad flamenca ofreciera un entorno escolar en el que los alumnos no llevaran símbolos religiosos. Señaló que en distintas oportunidades había subrayado que el pluralismo y la democracia deben basarse en el diálogo y en un espíritu de compromiso, lo que implica necesariamente diversas concesiones por parte de los individuos que están justificadas a fin de mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática. Por consiguiente, entendió que la restricción impugnada podía considerarse proporcionada a los objetivos perseguidos, a saber, la protección de los derechos y libertades de los demás y del orden público y, por ende, necesaria en una sociedad democrática. Por lo tanto, concluyó que las denuncias en virtud del art. 9 de la Convención eran manifiestamente infundadas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Mikyas et autres contre la Belgique", sentencia del 16-5-2024, en https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233826

Derecho de la Unión Europea. **Derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género.** Injerencia desproporcionada en la vida privada. **Despido discriminatorio por razones de orientación sexual.** (Corte Europea de Derechos Humanos-Rusia).

Antecedentes del caso: el 7 de octubre de 2011, la demandante se incorporó como profesora de música en una escuela pública para alumnos con necesidades especiales en San Petersburgo.

El 25 de noviembre de 2014, fue convocada a una reunión con el director de la escuela y un representante de las autoridades municipales del distrito donde le

informaron que el Sr. I., representante de la organización no gubernamental "Padres de Rusia", le había presentado al director un expediente sobre la vida privada y la orientación sexual de la demandante, que contenía unas diez páginas relacionadas con sus perfiles en las redes sociales, suscripciones a grupos públicos, listas de amigos y capturas de pantalla de sus fotos. La mayoría de las fotos eran de viajes y fiestas en las que la demandante aparecía abrazando y besando íntimamente a otras mujeres (sin escenas de desnudez), y una de ellas la mostraba haciendo un gesto cuestionable con el dedo del medio a una persona detrás de la cámara. Las fotos habían sido publicadas en un álbum de acceso restringido y estaban ocultas al público en general.

El material del expediente estaba acompañado de breves comentarios por escrito en los que se destacaba la orientación sexual de la demandante y de sus amigos, se criticaba el estilo de las fotos y el comportamiento de la demandante, para llegar a la conclusión de que sus acciones eran incompatibles con "el buen nombre de una profesora" y podían tener efectos perjudiciales para los niños y la reputación de la escuela.

En la reunión se le informó a la demandante que, por haber hecho propaganda de una orientación sexual no tradicional y haber desprestigiado su alta posición de profesora, ya no iba a poder continuar con las actividades educativas y debía renunciar. La demandante se negó a hacerlo.

El 8 de diciembre de 2014, la demandante presentó su versión de los hechos por escrito. Argumentó que no había habido quejas previas en relación con su trabajo y su vida privada por parte de los alumnos ni de los padres, que en ningún momento había promovido ninguna orientación sexual y que las acciones dirigidas en su contra eran discriminatorias e inspiradas exclusivamente en su orientación sexual.

Ese mismo día, el director de la escuela rescindió el contrato de la demandante fundándose en la supuesta comisión, por parte de ella, de actos inmorales incompatibles con el desempeño de actividades docentes.

En una fecha no especificada, un grupo de doce padres presentó una carta colectiva al director en apoyo del despido de la demandante que expresaba preocupación por las "fotos indecentes" y los "actos inmorales" de la profesora. Argumentaban que sus hijos podían haber tenido acceso a "información perjudicial que promovía relaciones sexuales no tradicionales", lo que habría podido tener un impacto negativo en ellos.

La demandante denunció su despido ante los tribunales. En la demanda, afirmó que la dirección de la escuela no había logrado probar ningún acto inmoral y que el único motivo de despido había sido su orientación sexual, lo cual resultaba discriminatorio y contrario a las disposiciones constitucionales y a la legislación laboral aplicable. Destacó que los materiales presentados al director de la escuela habían sido extraídos de un álbum con acceso restringido que había compartido exclusivamente con sus amigos en su perfil privado. Además, señaló que nunca había comentado su orientación sexual en el entorno escolar.

La escuela respondió que la demandante había cometido un "acto inmoral" al mostrar públicamente "escenas lésbicas y gestos indecentes", que era miembro

de una banda musical que actuaba regularmente en un "club de lesbianas" y que las grabaciones públicas de la banda la mostraban interpretando canciones de "contenido lésbico".

El Tribunal del Distrito Kirovskiy de San Petersburgo, que reconoció que la demandante había desempeñado bien su función laboral, apoyó no obstante su despido. Para desestimar la demanda, hizo referencia a la publicación de "fotos indecentes" en Internet, al hecho de que la demandante había reconocido públicamente su orientación sexual ante el tribunal y a la carta de los padres.

La demandante apeló ante el Tribunal de la Ciudad de San Petersburgo, que confirmó la sentencia anterior. A continuación, interpuso recursos de casación ante el Tribunal de la Ciudad de San Petersburgo y el Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, pero ambos fueron desestimados. En consecuencia, interpuso un recurso ante Corte Europea de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos, en forma unánime, declaró admisible la acción de la demandante, resolvió que había habido una violación del art. 8 de la Convención y del art. 14 de la Convención en conjunción con el art. 8, y ordenó que el Estado debía pagarle €6500 en concepto de daños pecuniarios, €10 000 en concepto de daño moral y €6000 en concepto de costas y gastos.

El art. 8 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar y que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto 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.

El art. 14 de la Convención establece que el goce de los derechos y libertades reconocidos en la Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

La Corte Europea de Derechos Humanos señaló que la Constitución de la Federación Rusa de 1993 garantiza la igualdad de derechos y libertades a todas las personas, independientemente del sexo, la condición social o la posición laboral, así como el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, y la libertad de buscar, recibir, transferir y difundir libremente información por cualquier medio legal (art. 29). Asimismo, establece que los derechos y libertades pueden restringirse mediante leyes federales para la protección de los principios constitucionales, la moral pública, la salud y los derechos e intereses legítimos de terceros, y para garantizar la defensa y la seguridad del Estado (art. 55).

Por otro lado, señaló que el Tribunal Constitucional de la Federación Rusa establece que toda persona tiene derecho a vivir el modo de vida más compatible con sus inclinaciones y puntos de vista, que es libre de determinar sus convicciones y preferencias y que el Estado no debe permitir injerencias arbitrarias en la vida privada

y debe respetar las diferencias. Según el tribunal ruso, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas para excluir posibles restricciones de los derechos y libertades legítimas de las personas por motivos de su orientación sexual y de garantizar oportunidades efectivas para proteger y restablecer los derechos vulnerados.

Asimismo, la corte señaló que, según la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las medidas para la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, los Estados miembros deben garantizar el establecimiento y la aplicación de medidas adecuadas para una protección eficaz contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el empleo y la ocupación, tanto en el sector público como en el privado, que deben abarcar las condiciones de acceso al empleo y la promoción, los despidos, la retribución y otras condiciones de trabajo, incluida la prevención, la lucha y la sanción del acoso y otras formas de victimización.

En relación con los hechos del presente caso, la Corte Europea de Derechos Humanos entendió que la demandante aceptaba que la rescisión de un contrato de un profesor podía estar justificada por la comisión de actos inmorales fuera del ámbito laboral, pero que, en su caso, las autoridades rusas no habían podido demostrar que su comportamiento hubiera sido realmente "inmoral" e incompatible con sus funciones como profesora de música. La corte señaló que la demandante declaraba que la única prueba de su comportamiento supuestamente inmoral eran sus fotos con otras mujeres, incluida su novia, fotos que no eran ni sexualmente explícitas ni obscenas, y en cuanto al gesto con el dedo del medio de la mano, la demandante afirmaba que era una forma de expresión artística ampliamente utilizada.

La corte observó que, en respuesta a la declaración de la demandada de que su despido había constituido una injerencia desproporcionada en su vida privada, que no era necesario en una sociedad democrática y que había violado los arts. 8 y 14 de la Convención, el Gobierno de Rusia había argumentado que la injerencia en los derechos de la demandante en virtud del art. 8 había sido legítima y proporcionada, dada su conducta supuestamente inmoral y poco ética, y que la sexualidad de la demandante no había sido un factor relevante en su caso. Además, que ella era consciente de los requisitos éticos y las restricciones que se le imponían, y que debía haber tenido en cuenta las posibles consecuencias de publicar las fotos en cuestión, incluso en un álbum privado de acceso restringido en las redes sociales.

La Corte Europea de Derechos Humanos destacó que en una "sociedad democrática" se concede especial importancia al pluralismo, la tolerancia y la mentalidad abierta; que el pluralismo y la democracia se basan en el reconocimiento genuino y el respeto de la diversidad, y que la interacción armoniosa de personas y grupos con identidades variadas es esencial para lograr la cohesión social.

Consideró que el despido de una profesora con las calificaciones adecuadas, de buena reputación entre los alumnos y los padres y sin antecedentes de quejas no podía haber sido la única sanción necesaria e inmediata en relación con las imágenes, independientemente de si se mantenían en privado o se hacían públicas. Advirtió que la dirección de la escuela había renunciado a la variedad de medidas disciplinarias de que dispone todo empleador, como el aviso, el apercibimiento, la suspensión y otras,

y había dado preferencia inmediata a la medida más restrictiva de todas, es decir, al despido. Finalmente, la corte destacó su sorpresa ante la falta de algún indicio, en el material del caso, que demostrara que la dirección hubiera considerado en algún momento otra alternativa que no fuera el cese voluntario o el despido.

Destacó que tanto la dirección de la escuela como las resoluciones judiciales nacionales habían hecho referencia en forma explícita a las "escenas lésbicas", al "contenido lésbico", a las "relaciones cercanas no éticas entre personas del mismo sexo" y a la "orientación sexual no tradicional" en tanto factores determinantes para la calificación de los actos en cuestión como inmorales e incompatibles con las funciones de una profesora de música.

La corte señaló que la orientación sexual no podía aislarse de las expresiones privadas y públicas de las personas y consideró que la publicación de fotos de viajes y fiestas en las que se muestra afecto hacia parejas íntimas es una práctica habitual en las redes sociales y que la expresión de su sexualidad y afecto hacia otras mujeres no podía calificarse de acto inmoral.

En cuanto a la foto con el gesto del dedo del medio, la corte consideró que era de mal gusto, pero resolvió que el uso de un gesto cuestionable no podía demostrar una incompatibilidad irreparable de acción con sus funciones docentes.

Finalmente, consideró que el material del caso había logrado demostrar que la orientación sexual de la demandante y su supuesta "inmoralidad" no solo habían tenido un rol central en el razonamiento de las autoridades nacionales, sino que, contrariamente a las afirmaciones de las autoridades, habían sido la única razón real y discernible del despido de la demandante; que la reacción hostil de las autoridades en el presente caso había estado inequívocamente motivada por la falta de aceptación de la sexualidad de la demandante; que la rescisión de un contrato laboral a partir de la publicación de fotos que mostraban afecto a compañeras íntimas, sin ser obscenas o sexualmente explícitas, era evidente y manifiestamente desproporcionada en relación con el objetivo legítimo alegado en el presente, y que, por lo tanto, había sido claramente discriminatoria e inaceptable en virtud de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Case of A. K. v. RUSSIA (Application no. 49014/16)", sentencia del 7-5-2024, en https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-233410

Derecho de la Unión Europea. **Derecho al respeto de la vida privada. Derecho a la salud.** Control de enfermedades de transmisión sexual. **Extracción de sangre sin consentimiento previo. Difusión de datos personales de trabajadoras sexuales seropositivas.** (Corte Europea de Derechos Humanos-Grecia).

Antecedentes del caso: en distintas oportunidades a lo largo de 2012, en el marco de una operación policial en el centro de Atenas, se detuvo a un grupo de trabajadoras sexuales que fueron sometidas a controles de identidad y exámenes médicos de detección de enfermedades venéreas. Las muestras de sangre confirmaron que eran portadoras de VIH. Se las acusó de lesiones graves en grado de tentativa, en concurso con el delito de lesiones simples.

Con base en la Ley n.° 2472/1997 sobre protección de las personas físicas en lo que concierne al tratamiento de datos personales, el fiscal ordenó la divulgación de los nombres y fotografías de las mujeres detenidas, junto con el motivo por el que se había iniciado un proceso penal en su contra y el hecho de que eran portadoras de VIH. La orden del fiscal se publicó en el sitio web de la policía y recibió una amplia cobertura mediática.

Por otra parte, la hermana de una de las trabajadoras sexuales fue informada de que su nombre había aparecido en un programa de noticias junto con la fotografía de otra persona, y de que se la identificaba como una trabajadora sexual seropositiva.

Diez de las trabajadoras sexuales afectadas y la hermana de una de ellas, tras sucesivas instancias rechazadas en la Justicia local, se presentaron ante la Corte Europea de Derechos Humanos y reclamaron por la difusión de sus datos personales y médicos. Diez de las demandantes alegaron, además, que la extracción de sangre ordenada por las autoridades se había llevado a cabo sin su consentimiento previo. Las demandantes invocaron en particular el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, sobre el respeto de la vida privada.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que Grecia había infringido el art. 8 de la Convención en perjuicio de dos de las demandantes, en lo que respecta al análisis de sangre al que habían sido sometidas, y en perjuicio de otras cuatro por la publicación de sus datos personales.

De acuerdo con el art. 37 de la Convención, relativo al archivo de demandas, la corte resolvió, en primer lugar, archivar las solicitudes de cinco de las demandantes, dado que cuatro habían fallecido y una ya no estaba en contacto con sus representantes legales. La corte decidió examinar, entonces, la solicitud de seis de ellas, una de las cuales había muerto, pero cuyos hijos mantenían la acción en su nombre.

En cuanto al reclamo de cinco de las demandantes por la extracción de muestras de sangre sin consentimiento, la corte declaró que dos de ellas no habían agotado los recursos internos a disposición y que una tercera había presentado el recurso una vez vencido el plazo establecido en el art. 35 de la Convención. Con

respecto a las otras dos demandantes, la corte consideró que, en efecto, la extracción de sangre sin consentimiento había supuesto una injerencia en su vida privada.

Según señaló la corte, el Gobierno había argumentado que la intervención se fundaba en una combinación de disposiciones. La corte observó, sin embargo, que todas las disposiciones legales invocadas por el Gobierno se referían a la obligación que recae sobre las personas que ejercen la prostitución —con o sin autorización— de someterse a pruebas de detección de determinadas enfermedades, incluido el VIH. No obstante, según determinó la corte, ninguna de las disposiciones contenía una descripción del procedimiento a seguir, ni mención alguna de los controles a cargo de las autoridades policiales o judiciales, con el consentimiento de los interesados o sin él. Además, observó que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigían una orden del fiscal para llevar a cabo los actos de investigación a cargo del juez de instrucción o los agentes de policía, y solo en caso de peligro inmediato, circunstancia que el Gobierno no había invocado y que no tenía lugar en este caso.

La corte indicó que, aun suponiendo que la intervención se hubiera llevado a cabo con vistas a obtener pruebas de la participación de las demandantes en un delito en el marco de la investigación preliminar, no se había dictado ninguna orden que autorizara la toma de muestras de sangre por parte de la policía o de los médicos del Centro de Control y Prevención de Enfermedades. Por consiguiente, a los actos en cuestión no había precedido ningún análisis, ni siquiera una mención de las disposiciones legales pertinentes. Más aún, no se había aplicado ningún procedimiento específico para la intervención médica, que había tenido lugar en las instalaciones policiales.

En consecuencia, la corte entendió que ninguna de las disposiciones invocadas por el Gobierno podía justificar una intervención médica a cargo de policías o médicos como a la que habían sido sometidas las demandantes. Por lo tanto, concluyó que la injerencia no estaba prescrita por la ley en el sentido del art. 8 de la Convención, ya que las disposiciones internas en cuestión debían ser previsibles en cuanto a sus efectos. De esta manera, se había vulnerado el art. 8 de la Convención en perjuicio de las dos demandantes afectadas.

En cuanto al reclamo fundado en la publicación de los datos personales, planteado por seis de las demandantes, entre las cuales una lo había hecho fuera de plazo, la corte se refirió en primer lugar al caso de la accionante cuyo nombre había sido publicado en lugar del de su hermana. Señaló que le había sido concedida la revocación de la orden del fiscal y que, por lo tanto, las autoridades griegas habían reconocido, al menos en sustancia, y luego subsanado, la violación de la Convención en lo relativo al perjuicio alegado. Además, la demandante tenía la posibilidad de obtener una indemnización pecuniaria en el marco de un procedimiento por daños y perjuicios o mediante la interposición de una demanda civil en el procedimiento penal. Por consiguiente, la corte declaró inadmisible el reclamo.

En lo que concierne a las otras cuatro demandantes, la corte consideró que la publicación de sus datos personales constituía una injerencia en su derecho al respeto de la vida privada. Tal injerencia, cuyo fin era "proteger los derechos y libertades de los demás", se había basado en los arts. 2 y 3 de la Ley n.° 2472/1997. Con respecto a la necesidad de la injerencia, la corte recordó que en el asunto "Margari v. Greece"

se había constatado una violación del art. 8 de la Convención por considerarse, en virtud de la misma legislación interna, que la divulgación de una fotografía de la demandante junto con los cargos que se le imputaban no era necesaria en una sociedad democrática. La corte señaló que no encontraba razón alguna para apartarse de tal conclusión en lo que se refiere a la aplicación de la Ley n.° 2472/1997, en particular porque el caso se refería a la difusión de datos relativos al VIH, que por su naturaleza son sumamente sensibles.

Por otra parte, la corte señaló que, de acuerdo con el tribunal de primera instancia, el fiscal no había examinado si podían adoptarse otras medidas para garantizar a los demandantes una menor exposición, y se había limitado a ordenar la publicación de los datos en cuestión sin analizar las circunstancias particulares de cada una ni valorar los efectos que podía tener sobre ellas la publicación de sus datos. Tampoco había examinado si la difusión de un anuncio general que mencionara la detención de trabajadoras sexuales seropositivas bastaba para alcanzar el objetivo perseguido. La corte entendió que, en efecto, si las autoridades nacionales pretendían proteger la salud pública y, en particular, la salud de las personas que habrían podido mantener relaciones con las accionantes, nada indicaba que el objetivo perseguido no se hubiera alcanzado con medidas menos intrusivas para la vida privada. Además, constató que las demandantes no habían podido ser oídas por el fiscal antes de que se pronunciara sobre la divulgación de sus datos, ni habían podido recurrir el auto con vistas a su revisión por el fiscal ante el tribunal de apelaciones. La corte sostuvo que tal recurso no estaba previsto en la legislación interna hasta después de los hechos que habían dado lugar a los planteos. Subrayó que tales consideraciones eran especialmente aplicables en este caso, dado que la información difundida se refería al estado seropositivo de las demandantes, cuya divulgación podía tener consecuencias devastadoras para su vida privada y familiar y su situación social y profesional y las exponía a la estigmatización y al riesgo de exclusión.

Además, la corte tuvo en cuenta que, según los principios enunciados en la circular del ministro de Salud para la prevención del VIH, si bien las trabajadoras sexuales formaban parte de los grupos sociales específicos respecto de los cuales se autorizaba, con carácter excepcional, la detección del virus, no figuraban, en cambio, entre los casos que justificaban una excepción a la regla de confidencialidad de las pruebas.

Por consiguiente, la corte entendió que la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de las cuatro demandantes no había contado con justificación suficiente y era desproporcionada en relación con los objetivos legítimos perseguidos. Concluyó, entonces, que se había infringido el art. 8 de la Convención.

La corte condenó a Grecia al pago de la suma de €70 000 por daños no pecuniarios a las demandantes afectadas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "O. G. et autres c. Grèce", sentencia del 23-1-2023, en https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-230315

Derecho de la Unión Europea. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Derecho a la salud. Salud pública. Contaminación por residuos. Derecho a un medio ambiente sano. (Corte Europea de Derecho Humanos-Italia).

Antecedentes del caso: diecinueve ciudadanos italianos nacidos entre 1941 y 1982, residentes en Caserta y San Nicola La Strada, en la región de Campania, recurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos en junio de 2010. Invocaron el art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Alegaron que las autoridades italianas no habían garantizado el buen funcionamiento de los servicios públicos de recolección, tratamiento y eliminación de los residuos en sus municipios y no habían limpiado el vertedero del barrio de Lo Uttaro, por lo que habían ocasionado un perjuicio grave al medioambiente y habían puesto en peligro su salud y perjudicado su vida privada. En efecto, en 1994, en Campania se había declarado un estado de emergencia a fin de hacer frente a los graves problemas suscitados por la eliminación de los residuos sólidos domésticos. La "crisis de los residuos" se prolongó durante quince años.

Entre fines de 2007 y mayo de 2008, los servicios de recolección de residuos de los municipios de Caserta y San Nicola La Strada sufrieron varias interrupciones. Se había acumulado una gran cantidad de basura en la vía pública y las autoridades locales habían tenido que tomar medidas de emergencia, como el cierre temporario de escuelas, universidades y mercados, y la transferencia de residuos a áreas de depósito en forma provisoria. En 2010, después de poner fin al estado de emergencia, las autoridades decidieron construir nuevas instalaciones para el tratamiento y la eliminación de los residuos y llevar a cabo investigaciones para identificar las zonas afectadas por la contaminación por los residuos. También establecieron un plan de acción de emergencia para la eliminación de residuos compactados.

Durante el estado de emergencia, las autoridades habían inspeccionado algunas plantas privadas de tratamiento y eliminación de residuos ubicadas en Caserta con el fin de determinar si podían ser útiles durante la crisis. Una de ellas, activa desde fines de la década de 1980, funcionaba en el barrio de Lo Uttaro, en las proximidades del domicilio de los recurrentes. Sin embargo, un informe de 2001 había establecido que esa zona era completamente inadecuada para dar cabida a nuevas instalaciones, dado que el vertedero no cumplía con las reglamentaciones medioambientales y había recibido cantidades de residuos superiores a las autorizadas. En 2005, se aprobó un plan de descontaminación de la zona. A pesar de eso, en 2007 las autoridades autorizaron la eliminación de residuos no peligrosos en el vertedero de Lo Uttaro.

Entre 2005 y 2020, varios procedimientos judiciales y administrativos concluyeron que la zona de Lo Uttaro había constituido una amenaza para la salud pública en particular en relación con las napas freáticas. La concentración de sustancias tóxicas en las aguas subterráneas había llevado a las autoridades judiciales y administrativas a prohibir la utilización de esas aguas y el cultivo en esa zona entre

2013 y 2019. En 2020, aún no se había realizado ningún trabajo de limpieza en Lo Uttaro ni se había fijado un calendario claro en ese sentido.

Los recurrentes fundamentaron su recurso en una serie de documentos oficiales como sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, informes de investigaciones parlamentarias y estudios científicos. Alegaron que esos documentos demostraban que la crisis de los residuos había puesto en peligro la salud de las personas e incrementado el riesgo de contraer cáncer y malformaciones congénitas en las generaciones futuras, y agregaron que la gestión y el control de las actividades llevadas a cabo en Lo Uttaro habían estado signados por una larga serie de problemas.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que había habido una violación del art. 8 de la Convención Europea en lo relativo a la gestión de la recolección, tratamiento y eliminación de los desechos, en el período comprendido entre el 11 de febrero de 1994 y el 31 de diciembre de 2009, pero que no había habido una violación de los derechos contemplados en ese artículo a partir de enero de 2010. Declaró que había habido una violación del art. 8 en su aspecto sustantivo, en lo referente a la no adopción, por parte de las autoridades italianas, de las medidas necesarias para proteger el derecho a la vida privada de los recurrentes en relación con la contaminación causada por el vertedero en Lo Uttaro. Sin embargo, sostuvo que no había habido violación del artículo en su aspecto procesal, en lo que se refiere a la supuesta negativa de las autoridades italianas a facilitar información sobre la contaminación provocada por el vertedero. Asimismo, declaró que el Estado demandado debía pagar €5000 a los recurrentes, más los impuestos correspondientes en concepto de costas y gastos.

En primer lugar, la corte rechazó el argumento del Gobierno italiano según el cual los recurrentes no habrían agotado las vías de recurso a nivel nacional. Concluyó que los recursos invocados por el Gobierno solo habrían proporcionado un resarcimiento parcial de los agravios planteados por los recurrentes en relación con los daños medioambientales. Asimismo, constató que el Gobierno no había presentado ninguna decisión judicial a nivel interno que demostrara que los recurrentes habrían tenido alguna posibilidad de éxito de haber utilizado los recursos sugeridos.

La corte observó que los municipios de Caserta y San Nicola La Strada habían sido afectados por la crisis de los residuos entre 1994 y 2009, por lo que los habitantes habían vivido forzosamente en un entorno contaminado. La exposición a los desechos, violatoria de las normas de seguridad, había aumentado el riesgo de que los recurrentes contrajeran ciertas enfermedades.

La corte sostuvo que las autoridades italianas no habían sido capaces de asegurar un buen funcionamiento de los servicios de recolección, tratamiento y eliminación de los residuos durante el estado de emergencia en Campania, desde el 11 de febrero de 1994 al 31 de diciembre de 2009, y que, por lo tanto, no habían tomado las medidas necesarias para la protección efectiva del derecho de los recurrentes al respeto de su domicilio y su vida privada.

No obstante, la corte concluyó que los recurrentes no habían dado prueba de si las deficiencias habían tenido un impacto directo en sus hogares y en sus vidas privadas después del final del estado de emergencia, es decir, desde el 1.° de enero de 2010, y en qué medida.

La corte observó que los documentos oficiales provistos por las partes demostraban que, durante veinte años, el vertedero ilegal de Lo Uttaro había causado una grave contaminación medioambiental. Desde 2001, las autoridades sabían que el vertedero representaba un riesgo importante y, sin embargo, en 2007 habían autorizado su uso para eliminar desechos no peligrosos, razón por la cual el daño ambiental había empeorado. En efecto, semejante situación, que había llevado a la prohibición de uso de las aguas subterráneas en varias oportunidades, había afectado el bienestar individual de los residentes en Caserta y San Nicola La Strada.

Por otra parte, la corte subrayó que los documentos demostraban que, pese a que el vertedero había sido cerrado en 2007, la presencia de los desechos había seguido siendo un peligro para la salud de los recurrentes y que, según las últimas informaciones disponibles, los proyectos previstos para asegurar y limpiar el vertedero todavía no habían sido completamente implementados. En efecto, aún no se sabe a ciencia cierta cuándo se implementarán.

La corte concluyó que las autoridades italianas no habían tomado las medidas necesarias para proteger el derecho de los recurrentes al respeto de su vida privada ante la contaminación medioambiental causada por el vertedero de Lo Uttaro.

Finalmente, la corte estimó que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 en su aspecto procesal, en lo relativo a una presunta falta de provisión de información sobre la contaminación a los recurrentes. En efecto, el público debía estar al tanto de esa situación, debido a la existencia de las investigaciones parlamentarias llevadas adelante en 2007 y 2013, de varias órdenes dictadas por los intendentes de Caserta y San Nicola La Strada y de los comunicados de prensa publicados por las autoridades judiciales entre 2013 y 2019.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Locascia et autres c. Italie", sentencia del 19-10-2023, en https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-228155%22]}

Derecho de la Unión Europea. **Derecho al respeto de la vida privada y familiar.** Derechos individuales de las personas trans. **Discriminación por identidad de género. Acogimiento de menores.** Interés superior del niño. (Corte Europea de Derechos Humanos-Rusia).

Antecedentes del caso: los demandantes, Yulia Savinovskikh, nacida en 1977, D.D. y K.K., nacidos en 2012, son de nacionalidad rusa y, en el momento de los hechos, vivían en Yekaterinburg, Rusia.

Yulia Savinovskikh es transexual. Le asignaron el sexo femenino al nacer y su género fue registrado como femenino. Tiene tres hijos biológicos, dos nacidos en 2012 y 2013, respectivamente, de su matrimonio con E.S., y una hija adulta de un matrimonio anterior.

En junio de 2014 y en enero de 2016, Yulia obtuvo la custodia de dos menores, D.D. y K.K., que vivían en centros públicos de acogida desde su nacimiento, luego de que sus padres biológicos fueran privados de la patria potestad. D.D. es VIH positivo, tiene un retraso en el desarrollo y una disfunción cerebral y muscular. K.K nació prematuro y tiene parálisis cerebral, un retraso en el desarrollo del lenguaje y discapacidad intelectual.

En julio de 2017, la comisión médica del Hospital Psiquiátrico Clínico Regional de Sverdlovks, luego de evaluar a Yulia y de constatar que se identificaba como varón desde la infancia, la diagnosticó como transexual y determinó que no había contraindicaciones psiquiátricas para que iniciara su proceso de corrección quirúrgica, estética y hormonal del género femenino al masculino. Ese mismo mes, Yulia se sometió a una doble mastectomía y creó una cuenta en una red social presentándose a si misma como varón.

A finales de agosto de 2017, los servicios sociales tomaron conocimiento de la intervención quirúrgica de Yulia y de su perfil como varón en redes y efectuaron una visita a su departamento, donde también residían D.D. y K.K. Durante la visita, Yulia le informó al funcionario de los servicios sociales que había sido diagnosticado como transexual, que estaba pasando por un cambio de identidad de género, que planeaba trasladarse a otro país con su familia y los niños y que ya había presentado un pedido de asilo. El funcionario de los servicios sociales determinó que las condiciones sanitarias en las que vivían no eran adecuadas para los niños y le pidió a Yulia que firmara un acuerdo de solución amistosa que ponía fin al acuerdo de acogimiento familiar. Ante la negativa de Yulia, los menores fueron retirados de su cuidado e ingresados a un centro de acogida de menores. Yulia no los ha visto desde entonces.

A principios de septiembre de 2017, los servicios sociales interpusieron una demanda penal contra Yulia Savinovskikh fundada en que no había desempeñado adecuadamente sus funciones como tutor de acogida. Al mismo tiempo, presentaron otra acción judicial ante el Tribunal de Distrito, en la que solicitaban que se revocara el acuerdo de acogimiento familiar, fundándose en la transexualidad del

demandante y en el hecho de que los niños habían sido acogidos, en un primer momento, por una familia "tradicional".

Yulia presentó una contrademanda en la que solicitaba al tribunal que le devolviera la custodia de D.D. y K.K. Declaró que había sido diagnosticado como transexual pero que esto solo era parte de su personalidad y que nunca había tenido la intención de cambiar su identidad de género. Señaló que seguía desempeñando el rol de madre porque así era como lo percibían los niños. En cuanto a la doble mastectomía a la que se había sometido, afirmó que no había sido parte de una transición de género, sino una intervención quirúrgica por motivos personales, y que no tenía ninguna obligación de informar a los servicios sociales de ello. Finalmente, con respecto a su cuenta en la red social donde se presentaba a sí mismo como varón, señaló que era de naturaleza puramente artística.

Las autoridades investigadoras constataron que las condiciones en las que vivían eran adecuadas y que el demandante y su cónyuge habían ejercido sus funciones parentales conforme a la ley. Como consecuencia, la demanda penal fue desestimada.

No obstante, el Tribunal de Distrito ordenó que se revocara el acuerdo de acogimiento familiar. Fundó su decisión en el informe de los servicios sociales que había declarado inadecuadas las condiciones sanitarias del departamento en que vivían. Por otro lado, señaló que Yulia había incumplido las disposiciones de acogimiento familiar al no informar a los servicios sociales sobre "circunstancias significativas" como su diagnóstico como transexual, la intervención quirúrgica a la que se había sometido y la creación de su cuenta en la red social en la que se presentaba como varón, todo lo cual "afectaba el desarrollo físico, espiritual y moral de los niños". Finalmente, acusó a la familia de acogida de no haber tomado medidas suficientes para el desarrollo intelectual de los niños.

El demandante interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal Regional en el que incorporó como prueba un informe reciente según el cual un grupo de expertos determinaba que, a la luz de la adaptabilidad social del demandante, de su aceptación de un rol social femenino, de sus relaciones heterosexuales, de su pareja y matrimonio estables y de haber dado a luz a sus hijos biológicos, no existían indicadores suficientes para diagnosticar su transexualidad. El informe destacaba, además, que el demandante no padecía ningún otro trastorno que pudiera ser peligroso para la vida, salud y desarrollo de los niños.

No obstante, el Tribunal Regional desestimó el recurso, al igual que los posteriores recursos de casación interpuestos por el demandante.

Yulia Savinovskikh huyó a otro país con su marido y sus dos hijos biológicos, donde solicitó estatuto de refugiado por miedo a ser procesado en Rusia y separado de sus hijos biológicos como consecuencia de su cambio de identidad de género. El asilo le fue concedido en abril de 2021.

El 14 de marzo de 2019, Yulia Savinovskikh interpuso una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, donde denunció que la revocación del acuerdo de acogida y la remoción de D.D. y K.K. de su cuidado había violado su derecho al respeto de la vida privada y familiar, protegido por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Por otro lado, fundándose en el art. 14 (prohibición de discriminación) en conjunción con el art. 8, denunció que la revocación del acuerdo de acogimiento familiar había sido discriminatoria, ya que el motivo principal de la decisión por parte de las autoridades nacionales había sido su cambio de identidad de género.

Transgender Europe (TGEU), junto con la Región Europea de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA-Europa) y el Proyecto para la Defensa Legal del Transgénero (TLDP), así como la organización no gubernamental rusa LGBTQ+ Coming Out y un grupo de organizaciones nacionales de derechos humanos de todo el mundo (Argentina, Canadá, Colombia, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Kenia, Sudáfrica y Estados Unidos), encabezadas por el Consejo Irlandés para las Libertades Civiles, intervinieron en calidad de terceros.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que había habido una violación del art. 8 de la Convención, que no era necesario examinar por separado la parte de la denuncia fundada en el art. 14 en conjunción con el art. 8 y que Rusia debía pagar al demandante la suma de €7500 en concepto de daños no pecuniarios y €5000 en concepto de costas y gastos.

En primer lugar, la corte señaló que tenía competencia para entender en la causa porque los hechos que habían dado lugar a las supuestas violaciones de la Convención habían ocurrido antes del 16 de septiembre de 2022, fecha en que Rusia había dejado de ser parte en la Convención Europea de Derechos Humanos.

La corte señaló que el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia" y que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto y en cuanto 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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

El Gobierno de Rusia había declarado que las decisiones de las autoridades nacionales eran fundadas porque la autoidentificación del demandante como varón contradecía las disposiciones de la legislación rusa que prohíben la unión entre personas del mismo sexo y que pacientes con trastornos mentales puedan desempeñarse como padres de acogida.

Además, el Gobierno había señalado que el demandante había sido elegido como familia de acogida porque proporcionaba un entorno familiar tradicional para la crianza de los niños, y que la perturbación de este entorno —como consecuencia de la ruptura de la unión heterosexual, el diagnóstico de transexualidad, la doble mastectomía y el uso de la identidad de género masculina— justificaba la revocación prematura del acuerdo de acogida.

Por otro lado, el Gobierno había argumentado que la medida en cuestión perseguía los fines legítimos de eliminar una amenaza demográfica para la proliferación de la población rusa y de proteger los intereses de los niños. Además, destacaba que

la Federación de Rusia no era el único Estado miembro del Consejo de Europa en el que se habían prohibido los matrimonios entre personas del mismo sexo y negado a las parejas del mismo sexo la adopción de niños o el establecimiento de la patria potestad o tutela sobre ellos.

Por su parte, el demandante había denunciado que la injerencia en su vida privada y la consiguiente separación de D.D. y K.K. no habían perseguido el objetivo legítimo protegido por el art. 8, porque no se trataba de una injerencia necesaria en una sociedad democrática que aplicara las normas médicas modernas y la comprensión moderna de la identidad de género de las personas transexuales.

La demandante había agregado que la "familia tradicional", definida por el Gobierno ruso como la unión entre un hombre, una mujer y sus hijos, no era como tal un fin legítimo protegido por la Convención, y que la revocación del acuerdo de acogida no había servido para promover este objetivo. En virtud del art. 8 de la Convención, había alegado que la protección de los valores morales o de las instituciones de la familia y el matrimonio no justificaba la injerencia en los derechos individuales de las personas LGBT. Asimismo, que no estaba de acuerdo con la afirmación del Gobierno de que valía la pena proteger a toda costa el "valor tradicional" de procrear ya que otras formas de familia no tradicionales también podían promover los verdaderos valores familiares.

Finalmente, había denunciado que las autoridades nacionales habían aplicado el Código de Familia, sin tomar en cuenta las circunstancias individuales de cada uno de los miembros de la familia y el riesgo para D.D. y K.K. de vivir en un hospital sin cuidados parentales.

La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que las autoridades nacionales habían revocado el acuerdo de acogimiento de los niños debido, esencialmente, a la transexualidad de Yulia, a su cambio de identidad de género y a la consiguiente ruptura de la "familia tradicional", que supuestamente afectaban al desarrollo físico, espiritual y moral de los menores.

La corte advirtió que la decisión hacía referencia a dos niños, de 4 y 5 años, respectivamente, que habían sido abandonados al nacer, que antes de ser acogidos por la familia del demandante se encontraban alojados en instituciones estatales y que habían sido diagnosticados con enfermedades graves.

Mostró su preocupación por el hecho de que, luego de ser apartados de su familia de acogida, D.D. y K.K. habían sido ingresados en un centro de rehabilitación social de menores, donde habían permanecido durante un año y seis meses, uno, y casi dos años y seis meses, el otro, antes ser ubicados en nuevas familias de acogida en marzo de 2019 y febrero de 2020, respectivamente.

La corte consideró que la decisión de revocar el acuerdo de acogimiento de los niños carecía del respaldo tanto de un examen pericial individual del demandante y de los niños como de un estudio científico sobre el impacto de un cambio de género en la salud psicológica y el desarrollo de los niños.

Destacó que el razonamiento de los tribunales nacionales se había basado, principalmente, en la imposibilidad legal de que las parejas del mismo sexo

fueran aceptadas como familias de acogida, así como también en la mentalidad y las tradiciones de la sociedad rusa.

Advirtió que los tribunales nacionales no habían tomado en cuenta ni la conclusión de las autoridades investigadoras de que las condiciones sanitarias en las que vivían eran, en realidad, adecuadas, ni que el demandante y su cónyuge habían desempeñado sus funciones parentales conforme a la ley. Tampoco habían considerado el informe pericial según el cual el demandante "no padecía ningún trastorno que pudiera ser peligroso para la vida, la salud y el desarrollo de los niños" ni el afecto que los niños podían tenerle a él y a los demás miembros de su familia. Finalmente, consideró que las autoridades nacionales no habían llevado adelante un análisis profundo de la situación global de la familia ni ponderado adecuadamente los intereses respectivos de cada integrante, tomando el interés superior de los niños como punto central para hallar la mejor solución.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Savinovskikh and Others v. Russia", sentencia del 9-7-2024, en https://hudoc.echr.coe.int/?i=003-7996501-11157203

Derecho de la Unión Europea. Derecho previsional. Reducción de la edad jubilatoria para jueces y juezas. Cese anticipado de las funciones de un juez por decisión de un representante del Ejecutivo. Independencia judicial. Derecho a ser oído por un tribunal en un proceso equitativo. Prohibición de discriminación por razón de sexo. (Corte Europea de Derechos Humanos-Polonia).

Antecedentes: en Polonia, entre 2017 y 2018, se promulgaron tres leyes por las que se redujo la edad jubilatoria de los jueces —de 67 a 65 años, para los hombres, y de 67 a 60, para las mujeres— y se condicionó la continuidad en funciones de los magistrados que hubieran alcanzado la edad jubilatoria a la autorización del ministro de Justicia y del Consejo de la Magistratura.

En el momento de los hechos, los demandantes, todos ellos jueces que habían alcanzado los 60 años, solicitaron sin éxito al ministro de Justicia que los autorizara a continuar en funciones hasta los 70 años. La jueza Kabzińska, además, presentó una solicitud ante el Consejo de la Magistratura, que tampoco prosperó. La jueza Jezierska, por su parte, impugnó la decisión del ministro ante la Corte Suprema, que declaró inadmisible la solicitud.

Entre mayo de 2018 y agosto de 2019, los demandantes recurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos con el reclamo de que no habían tenido a su disposición ningún recurso legal para impugnar la negativa del Ministerio de Justicia y del Consejo de la Magistratura. Tres juezas, la Dra. Pająk, la Dra. Kuzak y la Dra.

Jezierska, alegaron que la nueva legislación era incompatible con el principio de no discriminación por razón de sexo. Todos los demandantes invocaron el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que atañe al derecho a ser oído por un tribunal en un proceso equitativo. Las Dras. Pająk, Kuzak y Jezierska también invocaron el art. 14, relativo a la prohibición de discriminación, en relación con el art. 8, que consagra el derecho al respeto de la vida privada.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos, por mayoría, resolvió que todos los demandantes habían visto vulnerado su derecho de acceso a un tribunal y que las medidas impugnadas habían supuesto, además, una diferencia de trato por razón de sexo en perjuicio de las juezas.

La Corte Europea consideró que los jueces deben gozar de protección frente a las decisiones arbitrarias de los poderes Legislativo y Ejecutivo y que solo el control de una medida controvertida por parte de un órgano judicial independiente puede hacer efectiva tal protección. Señaló que, por lo tanto, como principio general, debe garantizarse el acceso a un tribunal cuando estuviera en juego el cese de las funciones de un juez o el término prematuro de sus funciones sin cese, ya fuera por razones disciplinarias o como consecuencia de la promulgación de nuevas normas. Sostuvo que la parte civil del art. 6 de la Convención Europea era aplicable a este asunto y que, por eso, los demandantes tenían derecho a que sus casos fueran oídos por un tribunal.

Además, observó que, en el caso "Commission c. Pologne", del 5 de noviembre de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había declarado que la decisión ministerial de autorizar o no a los jueces a seguir ejerciendo sus funciones más allá de la nueva edad de jubilación no había sido objeto de control jurisdiccional en el momento pertinente. Por su parte, la Corte Europea señaló que, a pesar de que el Gobierno polaco hubiera alegado que la decisión del ministro de Justicia había sido objeto de revisión por los tribunales administrativos y que la decisión del Consejo de la Magistratura en el mismo sentido podría haberse impugnado ante la Corte Suprema, los ejemplos extraídos de la jurisprudencia presentada por el Gobierno no apoyaban la conclusión de que, en el momento de los hechos, hubiera existido una práctica interna que garantizara a los demandantes el acceso a un tribunal.

En el caso de las juezas, constató que tanto la legislación que rebaja la edad de jubilación a 60 años como la negativa por parte del ministro de Justicia y del Consejo de la Magistratura a autorizarlas a proseguir en el desempeño de sus funciones tras alcanzar el límite de edad las había obligado a jubilarse entre 5 y 9 años antes de lo previsto, de manera que habían sido nada menos que apartadas de la judicatura.

Las medidas, según consideró la Corte Europea, habían constituido una injerencia en las funciones jurisdiccionales de los demandantes. Además, la jubilación forzosa no había cumplido ninguno de los requisitos fundamentales de equidad procesal: no se habían motivado las decisiones ministeriales y el razonamiento contenido en la decisión del Consejo de la Magistratura relativa a la Dra. Kabzińska había sido breve y formulaico.

La corte consideró que, en un marco jurídico como el de este asunto, en que la facultad de decidir sobre la duración de las funciones de los jueces recae en un

representante del Poder Ejecutivo y en el Consejo de la Magistratura, subordinado a las autoridades políticas, la falta de control jurisdiccional de tales decisiones no puede favorecer los intereses del Estado. A este respecto, entendió que el marco jurídico nacional no protegía en absoluto a los magistrados frente al cese arbitrario de sus funciones, y que las decisiones adoptadas habían constituido una injerencia arbitraria e ilegal en el ámbito de la independencia judicial y de la protección contra el cese en las funciones judiciales.

Según la corte, todo cese anticipado de las funciones de un juez que hubiera sido decidido de manera unilateral por representantes del Poder Ejecutivo y de un órgano subordinado a él debe contar con razones serias que justifiquen la ausencia excepcional de control jurisdiccional. Sin embargo, el Gobierno polaco no había ofrecido ninguna de estas razones y, por lo tanto, había menoscabado el derecho de los demandantes a acceder a un tribunal.

Además, en lo que respecta al art. 14 de la Convención Europea, observó que la legislación había introducido claramente una diferencia de trato por razón de sexo en cuanto a la edad de jubilación obligatoria para los miembros de una misma profesión. Señaló que se trata de una profesión de carácter intelectual y que las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, así como las posibles consideraciones sobre el papel de la mujer en la sociedad, eran irrelevantes en lo que respecta a la aptitud de uno u otro sexo para ejercer tareas de esa naturaleza. Afirmó que el Gobierno no había aportado ninguna prueba convincente de que las juezas que habían alcanzado los 60 años, en general, o las demandantes, en particular, fueran menos capaces que los jueces varones para desempeñar sus funciones de manera adecuada. En especial, la corte manifestó preocupación por la obligación impuesta a las juezas de demostrar, mediante un certificado médico, que todavía eran intelectualmente aptas para llevar a cabo sus tareas. Consideró, por lo tanto, que se había producido una diferencia de trato por razón de sexo entre personas en situaciones similares.

Por otra parte, la corte observó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había declarado en su sentencia del 5 de noviembre de 2019 que la legislación nacional pertinente era contraria a las normas europeas en materia de igualdad de trato. Consideró que no había ninguna razón para llegar a una conclusión diferente de la del Tribunal de Justicia, y señaló que las circunstancias de los demandantes no habían cambiado y que la discriminación denunciada seguía vigente.

También observó que la vida laboral de las demandantes había cesado 5 años antes que la de los jueces varones en circunstancias similares, y que su jubilación anticipada obligatoria había tenido repercusiones negativas evidentes en sus carreras y en sus perspectivas en términos de desarrollo profesional y personal. Estimó que el lucro cesante que las demandantes alegaban haber sufrido en relación con los jueces varones había sido acreditado. Consideró que el efecto discriminatorio de las medidas en cuestión se había visto agravado por la falta de oportunidades para que las juezas encontraran un empleo durante su jubilación que les permitiera alcanzar una realización profesional satisfactoria. Por tanto, concluyó que se había producido una violación del art. 14 en relación con el art. 8 en perjuicio de las Dras. Pająk, Kuzak y Jezierska.

En cuanto a la satisfacción equitativa prevista en el art. 41, la corte declaró que Polonia debía pagar a las Dras. Pająk, Kuzak y Jezierska €26 000, respectivamente, y otros €20 000 a la Dra. Kabzińska, en concepto de daños patrimoniales y no patrimoniales. Además, declaró que Polonia debía pagar a las Dras. Pająk y Kuzak €600 en concepto de costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, **"**Pająk and Others v. Poland", del 24-10-2023, en https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-228355%22]}

Derecho de la Unión Europea. Derechos humanos. **Derecho a la libertad y a la seguridad.** Ilegalidad de una internación en un centro psiquiátrico. **Aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.** Derecho a una reparación. (Corte Europea de Derechos Humanos-Italia).

Antecedentes del caso: el demandante, Fabio Cramesteter, es un ciudadano italiano detenido actualmente en una cárcel de Florencia.

El 25 de febrero de 2003, el Tribunal de Florencia lo condenó por tenencia ilícita de armas y manipulación de bienes robados.

El 20 de octubre de 2004, el Tribunal de Apelaciones de Florencia lo absolvió por falta de discernimiento y de intención en el momento en que había cometido los delitos. Sin embargo, por considerarlo peligroso, le impuso una medida de seguridad de internación en un hospital psiquiátrico judicial por un período inicial de 2 años. El 28 de febrero de 2007, el juez de ejecución de Milán ordenó el ingreso del demandante en el hospital psiquiátrico judicial de Reggio Emilia. En los años siguientes, la medida de seguridad se prorrogó varias veces. En una fecha no precisada, el demandante fue trasladado al hospital psiquiátrico judicial de Montelupo Fiorentino.

Entretanto, mediante el Decreto Legislativo n.º 52, del 31 de marzo de 2014, convertido en la Ley n.º 81, del 30 de mayo de 2014, se ordenó el cierre de los hospitales psiquiátricos judiciales a más tardar el 31 de marzo de 2015. La Ley n.º 81/2014 también introdujo, en relación con las medidas de seguridad que implican una restricción de la libertad personal, una duración máxima igual a la duración máxima de la pena aplicable en caso de condena.

Mediante un auto del 10 de diciembre de 2014, el juez de ejecución de Florencia tomó nota de la información remitida por el Ministerio Fiscal en el sentido de que, en el caso de Cramesteter, la duración máxima de la medida de seguridad aún no se había alcanzado, y prorrogó la medida hasta el 25 de mayo de 2015. La medida volvió a prorrogarse mediante autos del 8 de abril de 2015 y 22 de abril de 2016. En virtud de esta última decisión, la medida debía finalizar el 21 de noviembre de 2016.

El 5 de mayo de 2016, Cramesteter fue trasladado al REMS de Volterra, un centro sanitario para condenados con enfermedades mentales.

El 8 de julio del mismo año, el Ministerio Fiscal señaló que la duración máxima de la medida de seguridad —correspondiente a la duración máxima de la pena aplicable por los delitos que se le imputaban— era de 8 años. Advirtió que se había aplicado el 28 de febrero de 2007 y que el plazo había expirado. En consecuencia, solicitó al juez de ejecución de Pisa que ordenara la puesta en libertad del demandante.

En una decisión del 14 de julio de 2016, el juez de ejecución de Pisa, fundándose en la sentencia 23392 de 2015 de la Corte de Casación, consideró que la regla de duración máxima introducida por la Ley n.º 81/2014 no era aplicable de manera retroactiva y declaró inadmisible la solicitud.

El demandante interpuso un recurso contra esta decisión ante el Tribunal de Ejecución de Sentencias de Florencia. Mediante un auto del 20 de septiembre de 2016, el tribunal consideró que la cuestión de la duración máxima era competencia del Ministerio Fiscal, al que remitió los autos procesales, y declaró inadmisible el recurso.

El 21 de septiembre de 2016, Cramesteter solicitó su puesta en libertad a la fiscalía de Pisa que, sin embargo, se declaró incompetente y remitió el asunto al juez de ejecución.

Cramesteter se dirigió entonces al Tribunal de Florencia como juez de ejecución. Mediante auto del 26 de octubre de 2016, el tribunal consideró que la norma de duración máxima introducida por la Ley n.º 81/2014 debía aplicarse con carácter retroactivo para evitar una diferencia de trato injustificada entre personas sometidas a medidas de seguridad en momentos distintos. Señaló que, en el caso del demandante, el final de ese período correspondía al 28 de febrero de 2015, de modo que desde esa fecha o, a más tardar, desde el 31 de marzo de 2015, es decir, desde la aplicación definitiva de la reforma de las medidas de seguridad, la detención había sido ilegal. En consecuencia, ordenó la inmediata puesta en libertad del demandante, que tuvo lugar ese mismo día.

El 21 de enero de 2017, Cramesteter interpuso un recurso de reparación por detención injusta en el sentido del art. 314 del Código Procesal Penal (CPP). El artículo establece el derecho a una reparación por detención ilegal cuando el acusado es absuelto al final del proceso en cuanto al fondo o cuando se establece que fue puesto o mantenido en detención ilegal fuera de los casos establecidos por la ley. Cramesteter planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con tal artículo y alegó que, aunque solo se refería a las penas y no a las medidas de seguridad definitivas, las disposiciones que establecía debían aplicarse también a estas últimas.

Mediante sentencia del 8 de junio de 2017, el Tribunal de Apelaciones de Florencia desestimó la demanda. Sostuvo que el art. 314 del CPP, en principio, también era aplicable a las medidas de seguridad, pero consideró que no procedía una reparación si, como en este caso, la detención se había tornado injusta debido a una ley introducida después de que se hubiera impuesto la medida.

El demandante recurrió ante la casación. Mediante sentencia del 20 de marzo de 2018, la Corte de Casación consideró que el procedimiento de reparación previsto en el art. 314 del CPP no era aplicable a las medidas de seguridad definitivas y desestimó el recurso del demandante.

Ante la Corte Europea de Derechos Humanos, Cramesteter presentó una demanda contra la República Italiana en virtud de los arts. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad) y 5.5 (derecho a una reparación) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

A raíz de su condena por nuevos delitos cometidos después de su puesta en libertad, está encarcelado en la prisión de Florencia desde 2020.

Sentencia: por unanimidad, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que se había producido una violación de los arts. 5.1 y 5.5 de la Convención en perjuicio del demandante.

El demandante, según observó la corte, había reclamado que, a partir del 28 de febrero de 2015, su detención había sido ilegal. Fundaba el reclamo en el art. 5.1 de la Convención, según el cual todas las personas tienen derecho a la libertad y a la seguridad y nadie puede ser privado de su libertad "salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: […] e) si se trata de del internamiento, conforme a derecho, […] de un enajenado". Argumentaba que su internación a partir del 28 de febrero de 2015 había sido irregular, porque esta fecha correspondía al final del plazo máximo introducido por la Ley n.º 81/2014 para las medidas de seguridad de internación. Además, había alegado que concernía a las autoridades públicas verificar la legalidad de su mantenimiento en detención y que no se le podía reprochar el no haber solicitado su puesta en libertad inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley n.º 81/2014.

La corte observó que el Gobierno, por su parte, argüía que la medida respecto del interesado había sido impuesta de conformidad con la ley vigente en ese momento y que no existía ninguna disposición de la Convención de la que pudiera deducirse que las autoridades estaban obligadas a aplicar retroactivamente la Ley n.° 81/2014 a las medidas de seguridad ya en curso. Además, el Gobierno subrayaba que la cuestión había sido objeto de una controversia jurisprudencial y que ni el mantenimiento en detención del demandante ni la resolución del Tribunal de Florencia de 26 de octubre de 2016 que ordenaba su puesta en libertad podían considerarse ilegales. Por último, señalaba que el demandante no había impugnado las órdenes de prórroga de su detención más allá de lo que consideraba el plazo máximo previsto en su caso.

La corte advirtió, en primer lugar, que toda privación de libertad no solo debe estar comprendida en una de las excepciones previstas en los incisos a.-f. del apartado 1 del art. 5, sino que también debe ser legal. Por lo que se refiere a la legalidad de la detención, la Convención remite esencialmente, señaló, a la legislación nacional y establece la obligación de observar sus normas sustantivas y procesales.

Según precisó la corte, al exigir que toda privación de libertad se efectúe "con arreglo al procedimiento establecido por la ley", el art. 5.1 requiere, en primer lugar, que todo arresto o detención tenga un fundamento jurídico en el derecho interno.

Sin embargo, sostuvo, estas palabras no se refieren únicamente al derecho interno; también se refieren a la calidad de la ley y exigen que sea compatible con el Estado de derecho, un concepto inherente a todos los artículos de la Convención. Sobre esta última cuestión, la corte subrayó que, en materia de privación de libertad, es especialmente importante satisfacer el principio general de seguridad jurídica. Por consiguiente, destacó, es esencial que el derecho interno defina con claridad las condiciones en las que una persona puede ser privada de su libertad y que la propia ley sea previsible en su aplicación con el fin de satisfacer el criterio de legalidad establecido por la Convención, según el cual una ley debe ser lo suficientemente precisa como para permitir prever en un grado razonable —si es necesario, con asistencia letrada— las consecuencias que pueden derivarse de un acto particular.

La corte advirtió que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, y puntualmente a los órganos jurisdiccionales, interpretar y aplicar el derecho interno. Dado que el incumplimiento del derecho interno supone una violación de la Convención en virtud del art. 5.1, afirmó que podía y debía comprobar si se había respetado el derecho interno.

La corte dejó claro que cualquier defecto en una orden de detención no hace que la detención en sí misma sea ilegal a efectos del art. 5.1. En principio, un período de detención es legal si se basa en una resolución judicial. La posterior constatación por un tribunal superior de que el juez ha infringido el derecho interno al dictar la orden no puede afectar la validez de la detención en el ínterin.

Agregó que, para apreciar si se ha respetado o no el art. 5.1, debe establecerse una distinción fundamental entre las órdenes de detención manifiestamente nulas —por ejemplo, las dictadas por un tribunal fuera de su jurisdicción o en los casos en que no se ha notificado debidamente al interesado la fecha de la audiencia— y las órdenes de detención que son válidas y eficaces *prima facie*, mientras no hubieran sido anuladas por un tribunal superior. Señaló que una orden de detención debe considerarse inválida *ex facie* si el vicio observado en ella equivale a una irregularidad grave y manifiesta, en el sentido excepcional indicado por la jurisprudencia de la corte. Por consiguiente, salvo en los casos en que constituyan una irregularidad grave y manifiesta, los defectos de una orden de detención pueden ser depurados por los tribunales de apelación internos en el marco de un procedimiento de control jurisdiccional.

La corte entendió que, en el caso en cuestión, no se discutía que la detención del demandante se hubiera impuesto inicialmente de conformidad con la legislación nacional ni que, hasta la entrada en vigor de la Ley n.º 81/2014, hubiese sido legal y justificada en virtud del art. 5.1.e de la Convención. Observó que el demandante había alegado que su privación de la libertad a partir del 28 de febrero de 2015, una vez expirado el período máximo de detención previsto por la Ley n.º 81/2014, no había contado con una base jurídica válida.

A este respecto, indicó que la Ley n.º 81/2014 introducía una duración máxima para las medidas de seguridad de detención. Señaló que, en la sentencia del 26 de octubre de 2016, el Tribunal de Florencia, ante el que había recurrido el demandante, había declarado que tal disposición era aplicable al caso, que el

final de la duración máxima se había alcanzado el 28 de febrero de 2015 y que, en consecuencia, la detención del demandante era ilegal desde esa fecha o, a más tardar, desde el 31 de marzo de 2015, fecha fijada para la aplicación de la reforma de las medidas de seguridad.

La corte consideró que las alegaciones del Gobierno sobre la interpretación de la Ley n.º 81/2014 no podían conducir a apartarse de las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente en cuanto a la ilegalidad de la detención. En relación con el hecho de que el demandante supuestamente no había impugnado los autos de prórroga de su detención, la corte entendió que no era evidente que esta circunstancia pudiera afectar la apreciación de fondo acerca de la ilegalidad de la detención. Por consiguiente, consideró que la ilegalidad —reconocida por los tribunales nacionales— había quedado acreditada y concluyó que se había producido una violación del art. 5.1.

A continuación, la corte se refirió a la supuesta violación del art. 5.5 de la Convención, en virtud del cual el demandante reclamaba no haber podido obtener una reparación por la detención ilegal de la que decía haber sido objeto. De acuerdo con la norma, "toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación".

La corte observó que, de acuerdo con el Gobierno, el demandante disponía de distintos medios para obtener reparación y no los había utilizado adecuadamente. El Gobierno argumentaba que el demandante había solicitado de manera tardía la reparación por detención injusta, después de la presentación de la demanda ante el tribunal, cuando debía haberlo hecho antes, por tratarse de un recurso efectivo, y que, por otra parte, había esperado casi dos años hasta interponer un recurso de reconocimiento de la ilegalidad de su detención, además de no haber impugnado los autos de prórroga de su detención. Todos estos elementos condujeron a la desestimación de la solicitud en virtud del art. 314 del CPP.

El Gobierno también sostenía que el demandante podía haber interpuesto una acción de daños y perjuicios contra los magistrados por fraude o falta grave en el sentido del art. 2 de la Ley n.º 117/88. Con el fin de demostrar que tal recurso estaba disponible, el Gobierno se había referido a la sentencia 17718 de 2008 de la Corte de Casación, en la que, en el rechazo de una demanda de reparación por tratamiento médico forzoso presentada en virtud del art. 314 del CPP, la Corte de Casación había señalado la posibilidad de interponer una acción de responsabilidad contra los magistrados. El Gobierno también había citado la sentencia 5381 de 2023 de la Corte de Casación, en la que se reconocía la responsabilidad de un magistrado que había ordenado un registro ilegal.

Por último, el Gobierno había afirmado que el demandante tenía derecho a solicitar una reparación en forma de reducción de la pena. En opinión del Gobierno, la pena impuesta en 2020 podía ser reducida en virtud del art. 657 del CPP por un período equivalente al de la detención ilegal. La Corte Europea de Derechos Humanos observó al respecto que, aun reconociendo que este artículo en principio no permite, a efectos de una reducción de la pena, invocar un período de detención

cumplido con anterioridad a la comisión de los delitos que habían dado lugar a la condena en cuestión, el Gobierno parecía sugerir una interpretación amplia del art. 657 del CPP, basada en una lectura en conjunto con el art. 35 *ter* de la ley de administración penitenciaria —que contempla un derecho a la reparación para los detenidos víctimas de una violación del art. 3 de la Convención (prohibición de la tortura)— y en los principios de la Convención.

A su vez, el demandante sostenía que no había obtenido, y seguía sin poder obtener, una reparación por el período de detención ilegal al que había sido sometido. En cuanto a la utilización del recurso previsto en el art. 314 CPP, sostenía que no era aplicable a las medidas de seguridad definitivas, o al menos que no había dado lugar a una reparación en su caso.

En cuanto al recurso previsto por la Ley n.° 117/88, relativa a la reparación de los daños causados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y a la responsabilidad civil de los magistrados, el demandante había argumentado que la Corte Europea de Derechos Humanos ya lo había considerado ineficaz en el asunto "Richmond Yaw y otros c. Italia", y que el Gobierno no había aportado ningún ejemplo en sentido contrario.

Por último, en cuanto a la aplicabilidad del art. 657 del CPP, relativo al cómputo del período de detención preventiva ya cumplido por el mismo delito o por otro delito a la hora de establecer la pena, el demandante había argumentado que la interpretación amplia sugerida por el Gobierno carecía de fundamento.

Respecto de todo lo anterior, la corte señaló que el art. 5.5 se cumple cuando es posible reclamar una reparación por una privación de libertad que hubiera tenido lugar en circunstancias contrarias a los apartados 1, 2, 3 o 4 del artículo. El derecho a reparación establecido en el apartado 5 presupone, por tanto, que una autoridad nacional o la corte hubieran constatado la infracción de alguno de esos otros apartados. A este respecto, observó que el disfrute efectivo del derecho a reparación garantizado por esta disposición debía estar asegurado con un grado suficiente de certeza.

La corte señaló asimismo que, para que se corrobore una violación del art. 5.5, debe demostrarse que la constatación de la violación de uno de los demás apartados del artículo no podía, antes de la sentencia correspondiente, y no puede, después de la sentencia, dar lugar a una pretensión de reparación ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La reparación debida en caso de una detención contraria a las disposiciones del art. 5, según la corte, no solo debe estar disponible en teoría, sino que también debe ser accesible en la práctica para la persona afectada. Debe incluir, además del derecho a una reparación por daños materiales, el derecho a una reparación por cualquier angustia, ansiedad y frustración sufrida como consecuencia de la violación de otras de las disposiciones del art. 5. La corte observó, también, que un derecho a reparación que prevea una reparación tan baja al punto de resultar "ineficaz" en la práctica no cumpliría los requisitos de la disposición.

Dado que, en este caso, se había constatado una violación del art. 5.1, la corte consideró admisible la invocación del art. 5.5 por parte del demandante.

Observó, además, que el demandante no había obtenido ninguna reparación por el período de detención ilegal, hecho que el Gobierno no discutía. Por tanto, se dispuso a analizar si, como señalaba el Gobierno, existía la posibilidad de obtener tal reparación ante los tribunales internos.

En cuanto al recurso previsto en el art. 314 del CPP, observó que el demandante había recurrido a esa vía sin que hubiera dado lugar a una reparación. A este respecto, advirtió también que, contrariamente a lo que alegaba el Gobierno, la desestimación del recurso previsto en el art. 314 del CPP no se había debido a ningún retraso, sino a que los órganos jurisdiccionales internos habían considerado que la disposición no era aplicable a las medidas de seguridad definitivas. Por lo tanto, el hecho de que el planteamiento no hubiera permitido al demandante obtener una reparación no se explicaba por el empleo incorrecto de tal recurso.

Por otra parte, la corte recordó que, según su jurisprudencia consolidada, es tolerable que la fase final de un recurso se alcance después de presentado el recurso, pero antes de que se resuelva su admisibilidad. En este caso, el recurso en virtud del art. 314 CPP, del 21 de enero de 2017 —antes de la presentación de la demanda—, había sido declarado inadmisible el 20 de marzo de 2018, es decir, antes de la decisión de la corte sobre su admisibilidad.

En cuanto al argumento de que el demandante podía haber interpuesto una acción de responsabilidad civil contra los magistrados en virtud de la Ley n.° 117/1988, la corte señaló que el Gobierno no había aportado ningún ejemplo que demostrara que la acción en cuestión se hubiera interpuesto con éxito en circunstancias similares.

Por último, en cuanto a la posibilidad de obtener una reducción de la pena en virtud del art. 657 del CPP, la corte señaló que el Gobierno no había aportado ningún ejemplo de la aplicabilidad de tal disposición en un caso como este. Entendió que la interpretación amplia que había propuesto al respecto carecía de toda justificación y que la referencia al art. 35 *ter*, solo alusiva a las violaciones del art. 3 de la Convención, no parecía pertinente.

A la luz de las consideraciones precedentes, la corte concluyó que el demandante no disponía de ningún recurso por la violación del art. 5.1 de la Convención. Por consiguiente, desestimó las excepciones preliminares del Gobierno y declaró que se había vulnerado el art. 5.5.

En virtud del art. 41 de la Convención, relativo a la satisfacción equitativa, la corte observó que el demandante reclamaba €60 000 euros en concepto de daño moral y que el Gobierno consideraba excesiva esa cantidad. Dadas las circunstancias del caso y teniendo en cuenta, en particular, el hecho de que el demandante había esperado más de un año antes de acudir a los tribunales internos, lo que en cierta medida había contribuido a la persistencia de la violación, la corte consideró apropiado conceder €8000 por daños no pecuniarios, más la cantidad que pudiera corresponder en concepto de impuestos sobre tal cantidad.

Por último, señaló que el demandante había reclamado el reembolso de las costas y gastos en que decía haber incurrido durante el procedimiento, sin precisar, no obstante, el importe ni aportar pruebas de su existencia. La corte indicó que,

según su jurisprudencia, un demandante puede obtener el reembolso de sus costas y gastos solo si se acredita su autenticidad, necesidad y carácter razonable. Dada la falta de pruebas, desestimó la pretensión al respecto.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Affaire Cramesteter c. Italie", sentencia del 6-6-2024, en https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233996



Derecho de la Unión Europea. **Protección de la seguridad nacional y del orden público. Derecho a la libertad de expresión.** Prohibición de entrada a un Estado de la Unión. **Propaganda rusa en un Estado de la Unión.** (Corte Europea de Derechos Humanos-Lituania).

Antecedentes del caso: el demandante, Filip Bedros Kirkorov, es de nacionalidad búlgara y rusa, nació en 1967 y vive en Moscú.

En enero de 2021, las autoridades lituanas competentes en materia de migración le prohibieron a Kirkorov la entrada a Lituania durante 5 años, a petición del Ministerio de Asuntos Exteriores, por considerarlo un inmigrante ilegal. Las autoridades sostenían que Kirkorov era un cantante y productor musical ruso con gran influencia en la Federación Rusa y otros Estados de la antigua URSS, por lo que su actividad podía considerarse una herramienta de "poder blando". También consideraban que apoyaba la política de agresión de Rusia porque solía dar conciertos en Crimea.

Ante los tribunales, Kirkorov alegó, en particular, que era un artista y que no le interesaba la política. Por su parte, las autoridades migratorias reiteraron ante los tribunales sus argumentos a favor de la prohibición de entrada. Especificaron que Kirkorov había difundido públicamente el mensaje de que la "devolución" de la península de Crimea a Rusia era "un acontecimiento glorioso y victorioso" y que se había referido a sí mismo como el "representante de Vladimir Putin en el escenario".

Finalmente, en septiembre de 2021, el Tribunal Supremo Administrativo de Lituania desestimó el recurso de Kirkorov, por considerar que su comportamiento justificaba la prohibición. También consideró que la prohibición no era desproporcionada: Kirkorov no tenía lazos familiares, sociales o económicos en Lituania y, en cualquier caso, su derecho a dar conciertos en otros Estados miembros de la UE no había sido restringido.

Tras la decisión del tribunal, Kirkorov recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos en virtud del art. 10 de la Convención, relativo a la libertad de expresión, y en virtud del art. 1 del Protocolo n.° 1, que contempla el derecho al respeto de los bienes.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró inadmisible el reclamo del demandante en virtud del art. 10, por considerarlo manifiestamente infundado. Asimismo, declaró inadmisible el reclamo basado en el art. 1 del Protocolo n.° 1, por no haberse agotado todas las vías legales disponibles en el ámbito nacional para la protección de los bienes del demandante.

En primer lugar, la corte señaló que la prohibición había restringido la posibilidad del demandante de compartir información e ideas en Lituania y que, por eso, se había producido una injerencia en su derecho a la libertad de expresión con arreglo al art. 10 de la Convención. Entendió que esta injerencia tenía una base jurídica tanto en el derecho nacional lituano como en el derecho de la Unión y que, por lo tanto, su objetivo —la protección de la seguridad nacional y del orden público— era legítimo.

A continuación, señaló que la decisión de imponer la prohibición se había basado en datos objetivos y razonados, a saber, las declaraciones y el comportamiento del demandante, y no en suposiciones. En efecto, tal como sostenían las autoridades de migración y los tribunales nacionales, el demandante no había negado el hecho de que apoyaba las acciones de la Federación Rusa en la península de Crimea.

Además, la corte se refirió a la alegación por parte de las autoridades de migración de que Rusia había utilizado diversos medios de propaganda contra los Estados bálticos —televisión, redes sociales, películas y cantantes famosos, como el demandante—. Esta explicación había sido mencionada por los tribunales nacionales en su justificación de la prohibición. De hecho, señaló, tanto el Parlamento de Lituania como el Parlamento Europeo habían reconocido la necesidad de denunciar la desinformación y la guerra propagandística rusas.

La corte consideró que, en general, no había nada en el expediente que sugiriera que los tribunales nacionales habían errado en su evaluación de los hechos o aplicado la ley de manera arbitraria o irrazonable. Además, observó que las decisiones de los órganos jurisdiccionales que habían confirmado la prohibición se habían adoptado tras haber oído la posición del demandante.

Por último, la corte coincidió con los tribunales nacionales en que la prohibición no había sido desproporcionada, ya que se había tenido en cuenta que sus derechos como ciudadano de la UE solo se habían restringido en lo relativo a su entrada en Lituania y que, en cualquier caso, no tenía ningún vínculo familiar, social o económico con el país. Por todo lo anterior, la corte consideró que el reclamo era manifiestamente infundado.

En cuanto al reclamo relativo al art. 1 del Protocolo n.° 1, observó que el demandante podría haber interpuesto una demanda por daños y perjuicios ante los tribunales civiles lituanos en relación con su reclamo por la pérdida de ingresos derivada de la cancelación de conciertos, pero no lo había hecho. Por lo tanto, dado que no había utilizado todas las vías legales disponibles a nivel nacional, el reclamo fue declarado inadmisible.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Kirkorov v. Lithuania", sentencia del 18-4-2024, en https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233417

Derecho de la Unión Europea. Inmigrantes. Derechos del niño. Derecho a la libertad y a la seguridad. Prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Privación arbitraria de la libertad. Centro fronterizo de identificación de inmigrantes. Condiciones de recepción deficientes para menores. Condiciones insalubres de alojamiento e higiene. (Corte Europea de Derechos Humanos-Italia).

Antecedentes del caso: el 22 de mayo de 2017, doce inmigrantes africanos y uno de Bangladesh llegaron a las costas italianas en una barcaza precaria. Declararon ser menores de edad y fueron trasladados al centro fronterizo de identificación de inmigrantes (hotspot) de la ciudad de Taranto, donde se les sacaron fotografías y tomaron las huellas dactilares. Al día siguiente, los menores solicitaron protección internacional. El 13 de julio, después de presentar —de conformidad con la Regla 39 de la Convención Europea de Derechos Humanos— una petición de medidas provisionales ante la Corte Europea de Derechos Humanos, los menores I. C., M. J. y K. I. S. fueron trasladados a un centro para menores no acompañados. El 15 de julio, A. T. fue trasladado a un centro de acogida para menores no acompañados. El 28 de julio, el Juzgado de Menores de Taranto decidió que I. C., M. J. y K. I. S. debían quedar a cargo de los servicios sociales de la municipalidad de la ciudad y que se les debía asignar un tutor legal. En cuanto a A. T., el fiscal no presentó solicitud alguna, dado que había sido trasladado a una región que no se encontraba bajo la jurisdicción del Juzgado de Menores de Taranto.

Los trece menores recurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos contra la República de Italia. Se fundaron en los arts. 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y alegaron que las condiciones de recepción en el *hotspot* de Taranto habían sido deficientes, ya que el centro, que estaba destinado solamente a adultos, estaba abarrotado y que las condiciones de alojamiento e higiene eran insalubres. Por otro lado, con base en los arts. 5.1 y 4 de la Convención, los recurrentes alegaron que habían sido privados de su libertad durante su estadía en el *hotspot* en ausencia de una base jurídica clara y accesible y que había sido imposible impugnar la legalidad de su privación de libertad. Asimismo, de acuerdo con el art. 13 de la Convención, alegaron que, debido a la falta de nombramiento de un tutor legal, les había sido imposible impugnar las violaciones de la Convención ante un tribunal. Los recurrentes también se refirieron a un informe del vicepresidente de la Comisión Extraordinaria para los Derechos Humanos del Senado de la República de Italia.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que había habido una violación de los arts. 3, 5.1, 2, 4 y 13 de la Convención en perjuicio de A. T., I. C., M. J. y K. I. S. Asimismo, decidió que el Estado demandado debía pagar €6500 a cada uno de ellos en concepto de daño moral y €4000 conjuntamente, más los impuestos que les pudieran corresponder en concepto de costas y gastos.

La corte sostuvo que, en su precedente "J. A. and Others v. Italy", había resumido los principios generales concernientes a las condiciones de alojamiento en los *hotspots*. Con respecto a las condiciones de alojamiento en relación con menores, la corte se refirió a "Darboe and Camara v. Italy". Asimismo, reconoció que el Gobierno italiano no había impugnado la información presentada por los recurrentes en cuanto a las deficiencias en las condiciones de higiene y a la falta de espacio en el *hotspot* de Taranto en el momento de su estadía, que había sido de un mes y veinte días. Por ello, concluyó que los recurrentes habían estado sujetos a un trato inhumano y degradante.

Por otro lado, la corte observó que el Gobierno italiano había considerado que los recurrentes no habían estado detenidos en el *hotspot* y que hubieran podido abandonarlo en cualquier momento. Por su parte, la Comisión Internacional de Juristas, el Centro AIRE (el registro de italianos residentes en el extranjero), el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados y el Consejo Holandés para los Refugiados —terceras partes intervinientes en la causa— observaron que los menores inmigrantes se encontraban en una situación de vulnerabilidad y que su privación de la libertad en ausencia de una base legal y de garantías procesales vulneraba el art. 5 de la Convención.

La corte consideró que los recurrentes habían sido arbitrariamente privados de su libertad y que, en ausencia de una base legal clara y accesible para su detención, no veía cómo las autoridades podrían haber informado a los recurrentes de los motivos legales de su privación de libertad o haberles proporcionado información suficiente para permitirles impugnar ante un tribunal los motivos de su detención de hecho.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "A.T. and Others v. Italy", sentencia del 23-11-2023, en https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-228992

Derecho de la Unión Europea. Organizaciones "indeseables". Seguridad nacional. Libertad de reunión, expresión y asociación. (Corte Europea de Derechos Humanos-Rusia).

Antecedentes del caso: en 2015, en Rusia se promulgó una ley sobre "organizaciones indeseables" que otorgó al fiscal general el poder para determinar que una organización extranjera socavaba los fundamentos del orden constitucional, las capacidades de defensa o la seguridad nacional de Rusia. La ley prohíbe a una "organización indeseable" tener oficinas o ejecutar proyectos en Rusia, utilizar cuentas en bancos rusos o difundir cualquier contenido a través de los medios de comunicación y por internet. Desde 2021, además, la ley impone una restricción adicional que prohíbe a los ciudadanos rusos participar en las actividades de una

"organización indeseable", incluso cuando residan fuera de Rusia. La participación en las actividades de una "organización indeseable" es castigada con una multa en virtud del art. 20.33 del Código de Infracciones Administrativas. Los reincidentes, así como las personas que se dediquen a recaudar fondos para "organizaciones indeseables" o que organicen su funcionamiento, se enfrentan a una serie de sanciones penales que incluyen multas, trabajos forzados y penas de prisión. El Ministerio de Justicia mantiene un registro de "organizaciones indeseables" que se publica en su sitio web y que en abril de 2024 incluía más de 150 organizaciones de los siguientes tipos: grandes financiadores internacionales de organizaciones de derechos humanos (Open Society Foundation, European Endowment for Democracy, National Endowment for Democracy, GlobalGiving), organizaciones de derechos humanos (Transparencia Internacional, Plataforma Europea para las Elecciones Democráticas, CEELI Institute, Fundación Law Agora-Sofia), grupos de reflexión (Chatham House, Macdonald-Laurier Institute, Woodrow Wilson International Center for Scholars), organizaciones confesionales (Falun Dafa, Iglesia de la Nueva Generación, Testigos de Jehová), organizaciones de intercambio estudiantil y académico (Universidad Centroeuropea, Deutsch-Russischer Austausch, Bard College, Brīvā Universitāte), medios de comunicación en lengua rusa (Radio Liberty/Radio Free Europe, Medusa, Project Media, The Insider, iStories, Novaja Gazeta-Europe, TV Rain), organizaciones de protección del medio ambiente (WWF, Greenpeace) y sindicatos (Federación Internacional de Trabajadores del Transporte).

Las cuatro organizaciones declaradas "indeseables" fueron la Fundación Free Russia, con base en Washington D.C, la Ukrainian World Congress, con base en Toronto, la Association of Schools of Political Studies of the Council of Europe, con base en Estrasburgo, y la Společnost Svobody Informace, con base en Praga. Asimismo, tres organizaciones con base en Rusia —la Fundación Andrey Rylkov para la Protección de la Salud y la Justicia Social, la Ekologicheskaya Vakhta Po Severnomu Kavkazu y la Akoo Molodyye Zhurnalisty Altaya— y un grupo de ciudadanos rusos fueron condenados por participar en organizaciones tales como Open Society Institute y Open Russia, también consideradas "indeseables". Todas estas organizaciones en conjunto interpusieron un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, fundándose en los arts. 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y asociación) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Las cuatro organizaciones que habían sido declaradas "indeseables" alegaron que los criterios para su designación como tales habían sido imprevisibles y habían atentado contra su libertad de expresión y asociación. El resto de las organizaciones y ciudadanos también se fundaron en los arts. 10 y 11 para impugnar su condena y su participación en organizaciones "indeseables".

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró por unanimidad que había habido una violación del art. 11 de la Convención con respecto a la Fundación Free Russia, Ukrainian World Congress, Association of Schools of Political Studies of the Council of Europe y la Společnost Svobody Informace, y una violación de los arts. 10 y 11 con respecto a los recurrentes que habían sido condenados por su participación en "organizaciones indeseables". Asimismo, sostuvo

que el Estado demandado debía pagar a los recurrentes €7500 o la cantidad inferior a la efectivamente reclamada en concepto de daños morales, más los impuestos que pudieran exigirse, y €850 o la cantidad inferior efectivamente reclamada, por demandante, en concepto de costas y gastos, más cualquier impuesto exigible.

La corte sostuvo que el hecho de designar a una organización como "indeseable" había tenido consecuencias prácticas y jurídicas que habían llevado a una total prohibición de las actividades de esas organizaciones en Rusia. Esas consecuencias suponían una injerencia en los derechos de las organizaciones recurrentes en virtud del art. 11 de la Convención, pero también del art. 10, en la medida en que la prohibición se había impuesto en relación con las declaraciones públicas y las formas de expresión de las organizaciones. Era preciso determinar si esa injerencia había sido "prescrita por la ley". Para cumplir ese requisito, tenía que haber una base legal para la injerencia en los derechos y la ley en cuestión debía ser accesible y estar formulada con suficiente precisión como para permitir a las personas prever las consecuencias de una acción determinada.

Las cuatro organizaciones recurrentes habían sido sancionadas por una amplia gama de actividades que las autoridades habían considerado inaceptables. Incluían la asociación con funcionarios extranjeros u organizaciones que hubieran sido designadas como "indeseables" o "agentes extranjeros" como, por ejemplo, algunos miembros de la junta directiva de la Fundación Free Russia que habían trabajado para el Departamento de Estado de los Estados Unidos. En cuanto a las acciones que habían dado lugar a la designación como "indeseables", habían incluido informes de seminarios críticos de las autoridades rusas, la formación de activistas y el apoyo al "modelo europeo de democracia".

La corte observó que las autoridades rusas no habían alegado que esas actividades hubieran infringido ley alguna. Las organizaciones recurrentes no habían sido acusadas de incitación a la violencia, de socavar los principios democráticos o de interferir en la integridad de las elecciones.

Por otra parte, la corte tomó nota de las fuertes críticas elevadas por la Comisión de Venecia a la ausencia de criterios específicos para determinar una mala conducta de las ONG, junto con el uso de términos vagos e imprecisos para describir los motivos que darían lugar a la designación de "indeseable". Asimismo, afirmó que esa ausencia había hecho que la aplicación de la ley fuera imprevisible.

La corte sostuvo que las disposiciones legales sobre "organizaciones indeseables" no se habían formulado con la suficiente precisión como para permitir a las organizaciones recurrentes prever que sus acciones, por lo demás lícitas, darían lugar a su designación como "indeseables" y a la prohibición de actuar en Rusia. Las demandas judiciales presentadas por los recurrentes no habían proporcionado salvaguardias adecuadas contra la discrecionalidad esencialmente ilimitada concedida a las autoridades ejecutivas. En consecuencia, la injerencia en los derechos de las organizaciones recurrentes no había cumplido con el criterio de "prescripción legal".

La corte consideró que el procesamiento y la condena de los recurrentes por su participación en las actividades de organizaciones consideradas "indeseables" habían constituido una injerencia en su derecho a la libertad de asociación. Observó que los

recurrentes no habían incurrido en ninguna conducta que hubiera estado prohibida de otro modo por la legislación rusa, de no ser por su supuesta asociación con una organización designada como "indeseable". Antes bien, habían ejercido sus derechos legítimos a la libertad de expresión, de reunión y de asociación garantizados por la Convención, cuando habían compartido contenidos en las redes sociales, en una campaña a favor de causas sociales y políticas, y habían participado en actos y foros. Dado que la ley en virtud de la cual los recurrentes habían sido condenados no había especificado qué constituía "participación" en las actividades de "organizaciones indeseables" que pudiera dar lugar a una condena, el art. 20.33 del Código de Infracciones Administrativas no cumplía, por tanto, el requisito de "calidad de ley".

La corte señaló que las autoridades rusas no habían demostrado de manera convincente la identidad de la organización británica Open Russia, que había sido prohibida, y del movimiento ruso homónimo. Además, señaló que habían sancionado a los recurrentes por compartir hipervínculos a sitios web de "organizaciones indeseables" que habían sido publicados muchos años antes de su clasificación como tales. La corte consideró que imponer a los recurrentes la responsabilidad de prever futuras clasificaciones o de revisar sus sitios web para garantizar que el material compartido previamente no hubiera sido clasificado retrospectivamente como enlace a una organización "indeseable" constituía un "efecto paralizador" desproporcionado de su libertad de expresión.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Andrey Rylkov Foundation and Others v. Russia", sentencia del 18-6-2024, en https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-234260%22]}

Derecho de la Unión Europea. Patrimonio cultural. **Protección de los bienes culturales pertenecientes a un Estado. Derecho al disfrute pacífico de los bienes. Exportación ilícita**. Orden de confiscación. (Corte Europea de Derechos Humanos–Italia).

Antecedentes del caso: la estatua de bronce de época griega clásica conocida como el "joven victorioso", atribuida a Lisipo, que se encuentra en el Getty Villa Museum de Malibú, fue encontrada en 1964 por pescadores italianos frente a la costa adriática de Pedaso, región de Le Marche, y llevada al puerto de Fano. Fue adquirida por los señores P. B., F. B. y G. B. y se la ocultó en la vivienda de G. N. En 1965 se vendió a desconocidos y se perdió su paradero.

P. B., F. B., G. B. y G. N. fueron acusados de robo de un objeto arqueológico protegido perteneciente al Estado, en virtud del art. 67 de la Ley n.º 1089/1939. En mayo de 1966, el Tribunal de Perugia los absolvió. Observó que no había

pruebas suficientes para concluir que la estatua hubiera sido descubierta en aguas territoriales italianas y que, por lo tanto, perteneciera al Estado. Además, señaló que, aunque hubiera sido encontrada en aguas territoriales italianas, no había pruebas suficientes para demostrar que los acusados conocieran su origen ilícito, ya que el vendedor les había asegurado que había sido encontrada en aguas yugoslavas. En consecuencia, no podía probarse que supieran que estaban recibiendo y manipulando mercancías robadas.

En enero de 1967, el Tribunal de Apelación de Perugia revocó la sentencia de primera instancia. P. B., F. B. y G. B. fueron condenados por receptación y manipulación de bienes robados, mientras que G. N. fue condenado por complicidad en la ocultación del producto o del beneficio de un delito. En mayo de 1968, la sentencia fue anulada por la Corte de Casación, que observó que el delito de receptación presuponía el robo de un objeto arqueológico perteneciente al Estado. Concluyó, además, que la sentencia no estaba suficientemente motivada en lo concerniente al descubrimiento de la estatua en territorio italiano y devolvió el caso al Tribunal de Apelación de Perugia, que el 18 de noviembre de 1970 absolvió a los acusados. El tribunal sostuvo que no existían pruebas directas y convincentes del origen y localización del hallazgo de la estatua en aguas territoriales italianas y, en consecuencia, de los delitos que se imputaban a los acusados.

Posteriormente, la estatua reapareció en Múnich, Alemania, donde fue subastada por una empresa con sede en Liechtenstein. En julio de 1977, el Getty Trust —un fideicomiso sin fines de lucro registrado en los Estados Unidos— compró la estatua mediante un contrato celebrado en el Reino Unido por 3,95 millones de dólares estadounidenses. La estatua ingresó en los Estados Unidos por el puerto de Boston el 15 de agosto de 1977 y llegó a la Getty Villa de Malibú en marzo de 1978.

Las autoridades italianas hicieron varios intentos por recuperar la estatua a través de Interpol y otras vías; llevaron a cabo distintas investigaciones penales nacionales, dirigieron una carta rogatoria al Gobierno del Reino Unido y otra a las autoridades estadounidenses, pero no obtuvieron resultado alguno. El Ministerio de Patrimonio Cultural y Medioambiental de Italia intentó recuperar la estatua mediante gestiones diplomáticas ante el Gobierno estadounidense, remitiéndose a la Convención de la UNESCO sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales —de la que tanto los Estados Unidos como Italia son signatarios—, que fracasaron pese a haberse acordado la devolución de otros tesoros arqueológicos. El Museo Getty se negó a devolver la pieza alegando que los presuntos delitos habían prescrito y que el Getty Trust había actuado de buena fe al comprar la estatua. Se iniciaron procedimientos de ejecución y, en 2010, el Tribunal de Pesaro adoptó una orden de confiscación destinada a la recuperación de la estatua dondequiera que se encontrara, desestimando una objeción del Getty Trust. En particular, declaró que, dado que la estatua había sido encontrada por un buque de bandera italiana en aguas internacionales, Italia había adquirido su propiedad. El recurso interpuesto por los demandantes fue desestimado y, en 2018, se confirmó la orden de confiscación. Entonces, el Getty Trust interpuso dos recursos de casación. Al confirmar la orden de

recuperación, el 2 de enero de 2019 la Corte de Casación declaró que el decomiso no era una sanción, ya que tenía por objeto principal la recuperación, y que el Getty Trust había adquirido la estatua sin cerciorarse adecuadamente de su procedencia, a pesar de los reparos manifestados por el Sr. Getty padre. La Corte de Casación consideró que la estatua era italiana por varias razones, entre ellas la bandera del pesquero, y añadió que había existido una continuidad entre la civilización griega, que se había expandido por territorio italiano, y la posterior experiencia cultural romana, continuidad confirmada por la estatua del "joven victorioso". El Ministerio de Justicia italiano envió a las autoridades estadounidenses una carta rogatoria internacional —actualmente en trámite— que aludía a instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El Getty Trust y 14 ciudadanos estadounidenses miembros de su consejo de administración recurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Alegaron que la adopción de la orden de confiscación había constituido una violación del derecho al disfrute pacífico de los bienes, garantizado por el art. 1 del Protocolo n.º 1 (protección de la propiedad) de la Convención Europea de Derechos Humanos, y que existía el riesgo de que fuesen privados de ese derecho si las autoridades italianas obtenían el reconocimiento y la ejecución de la confiscación en los Estados Unidos. También alegaron que la orden de confiscación era ilegal, ya que no era legalmente previsible, que la estatua no formaba parte del patrimonio cultural italiano y, por tanto, que el objetivo de la orden de confiscación era ilegítimo y les imponía una carga excesiva.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que no había habido una violación del art. 1 del Protocolo n.° 1 de la Convención.

La corte estimó que existía una base jurídica clara (art. 174.3 del Decreto Legislativo n.° 42/2004) para la emisión de la orden de confiscación, que los recurrentes deberían haber previsto su emisión y que era compatible con el Estado de derecho. Señaló, entre otras cosas, que la falta de un plazo para las acciones de recuperación de bienes culturales perdidos o robados no era exclusiva de Italia, sino que se reflejaba en la legislación de otros Estados europeos, y que, además, las autoridades debían disponer de un margen de maniobra en este ámbito. La falta de plazo por sí sola no bastaba para constatar una violación.

La corte indicó que la protección del patrimonio cultural y artístico de un país es un objetivo legítimo a efectos de la Convención. Señaló que varios instrumentos internacionales subrayan la importancia de proteger los bienes culturales de la exportación ilícita, como la Convención de la UNESCO sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, el Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, de 1995, la Directiva 2014/60/UE, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido ilícitamente del territorio de un Estado miembro, y el Reglamento 116/2009/CE, relativo a la exportación de bienes culturales. En lo concerniente a la protección otorgada por la Convención, la corte consideró que no puede cuestionarse la legitimidad de las medidas adoptadas por los Estados, ya sea para proteger el patrimonio cultural contra la exportación

ilícita desde su país de origen o, si se ha producido una exportación ilícita, para garantizar su recuperación y restitución a ese país; en ambos casos, estas medidas tienen por objeto promover, de la manera más eficaz posible, un amplio acceso del público a las obras de arte en el país de origen.

La corte tuvo en cuenta el razonamiento de la Corte de Casación y consideró que las autoridades italianas habían demostrado razonablemente que la estatua formaba parte del patrimonio cultural italiano y pertenecía legalmente al Estado cuando los tribunales italianos habían dictado la orden de confiscación. Asimismo, afirmó que la decisión de la Corte de Casación no había sido ni manifiestamente errónea ni arbitraria. Por consiguiente, sostuvo que la orden se había dictado conforme al "interés público o general" en el sentido del art. 1 del Protocolo n.º 1, con el fin de proteger el patrimonio cultural italiano.

La corte estimó que la naturaleza de la transacción —la compra de un bien cultural— justificaba un alto nivel de diligencia. A este respecto, subrayó que un adquirente de bienes debía investigar cuidadosamente su origen para evitar posibles reclamaciones de confiscación. Además, tomó nota del alto nivel de diligencia impuesto en virtud del art. 4 del Convenio de UNIDROIT y del art. 10 de la Directiva 2014/60/UE.

La corte señaló que las autoridades nacionales habían concluido que el Getty Trust, al adquirir la estatua sin prueba alguna de su procedencia legítima y con conocimiento pleno de las pretensiones de las autoridades italianas respecto de ella, había hecho caso omiso de las exigencias de la ley por negligencia o mala fe. Asimismo, como el Getty Trust tenía conocimiento de que no había plazo para adoptar una medida de confiscación destinada a recuperar los bienes culturales exportados ilegalmente, la corte afirmó que no podría haber tenido una expectativa fundada de que conservaría la estatua, ya que varios organismos del Estado italiano habían hecho múltiples intentos por recuperarla, ni tampoco de que se le pagaría una indemnización. Por tanto, la corte concluyó que el Trust no había procedido con la diligencia requerida al adquirir la estatua.

La corte añadió que las autoridades italianas habían actuado en un vacío jurídico, ya que ninguno de los instrumentos internacionales que podrían haberlas ayudado a recuperar un objeto cultural ilícitamente exportado estaba en vigor en el momento de los hechos.

En resumen, y teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación del Estado a la hora de determinar qué es de interés público, así como el fuerte consenso mostrado por el derecho internacional y europeo respecto de la necesidad de proteger los bienes culturales de la exportación ilícita y de devolverlos a su país de origen, y dada la conducta negligente del Getty Trust, la corte concluyó que la orden de confiscación había sido proporcionada.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Case of the J. Paul Getty Trust and Others v. Italy", sentencia del 21-5-2024, en https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233381

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Responsabilidad internacional del Estado. Derecho de igualdad ante la ley. Derecho al trabajo de las personas con discapacidad. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. Prohibición de discriminación de las personas con discapacidad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Costa Rica).

Antecedentes del caso: Luis Fernando Guevara Díaz es una persona con discapacidad intelectual que, en junio de 2001, fue nombrado de manera interina en el puesto de trabajador misceláneo 1 (encargado de tareas como limpieza y mantenimiento) por el Ministerio de Hacienda de Costa Rica. Posteriormente, la Unidad Técnica de Recursos Humanos del ministerio organizó un concurso para la obtención de ese cargo. Guevara participó y obtuvo la nota más alta en las evaluaciones, pero no fue seleccionado para el puesto. Su nombramiento interino en el puesto de trabajador misceláneo 1 cesó en junio de 2003. Guevara interpuso un recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad absoluta contra la decisión de cese en el cargo y afirmó que había sufrido discriminación en el trabajo. El recurso fue desestimado por el oficial mayor y director general administrativo y financiero del Ministerio de Hacienda, quien expresó que se habían seguido todos los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico para este tipo de concursos.

Luego, Guevara presentó un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica contra el ministro de Hacienda. La Corte Suprema lo rechazó y argumentó que el procedimiento seguido en el proceso de contratación había cumplido con todos los parámetros establecidos en la ley.

En el recurso interpuesto, Guevara se refirió a dos oficios intercambiados entre funcionarios del Ministerio de Hacienda para demostrar que no había sido seleccionado para el puesto en razón de su discapacidad intelectual. En particular, citó el oficio 044-2003, mediante el cual el jefe de área de mantenimiento le solicitaba al coordinador general de la Unidad Técnica de Aprovisionamiento y Servicios Generales que no se contratara a Guevara, y señalaba que "por sus problemas de retardo y bloqueo emocional, […] no es una persona apta para el puesto. Si se le quisiera ayudar, existen varias formas de hacerlo". También se refirió al oficio enviado por el coordinador general de la Unidad Técnica de Aprovisionamiento y Servicios Generales a la coordinadora general de la Unidad Técnica de Recursos Humanos, que a su vez remitía el oficio 044-2003 y sugería reconsiderar el nombramiento de Guevara, debido a que su comportamiento había incidido negativamente en su devenir laboral y sus actitudes podían afectar su seguridad personal.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por las violaciones a diversos

derechos. En particular, concluyó que Guevara no había sido seleccionado en el concurso debido a su discapacidad intelectual, lo que también había implicado el cese de su relación laboral con el Ministerio de Hacienda. Afirmó que estos hechos, que habían sido reconocidos por el Estado, constituían actos de discriminación en el acceso y permanencia en el empleo y, por lo tanto, una violación del derecho a la igualdad ante la ley, a la prohibición de discriminación y al derecho al trabajo. Por otro lado, el Estado también había reconocido su responsabilidad por la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. En consecuencia, la Corte Interamericana consideró que el Estado era responsable por la violación de los arts. 24 (igualdad ante la ley), 26 (desarrollo progresivo), 8.1 (derecho a ser oído) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 (obligación de los Estados a respetar los derechos) del mismo instrumento.

En primer lugar, en cuanto al reconocimiento de responsabilidad, la corte señaló que Costa Rica había reconocido su responsabilidad en relación con los hechos y las pretensiones de derecho expuestos por la Comisión Interamericana en su informe de fondo, como también con la necesidad de adoptar medidas de reparación. En virtud de este reconocimiento, la Corte Interamericana concluyó que había cesado la controversia respecto de los hechos establecidos por la Comisión en su informe de fondo en cuanto a la violación de los arts. 24, 26, 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento. Además, consideró pertinente analizar los hechos relacionados con la violación de los derechos a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación y con el derecho al trabajo. No consideró oportuno pronunciarse sobre las violaciones de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial.

En segundo lugar, en lo ateniente al fondo, la corte analizó el caso en relación con los alcances del reconocimiento de la responsabilidad del Estado y se refirió al derecho a la igualdad y prohibición de discriminación de las personas con discapacidad como también al derecho al trabajo de las personas con discapacidad y procedió al análisis del caso concreto.

En cuanto al derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad, la Corte Interamericana recordó que las personas con discapacidad eran titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana. Además, reiteró que la discapacidad era una categoría protegida en términos del art. 1.1 de la Convención, por lo que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatorios basados en la discapacidad real o percibida de la persona. En consecuencia, señaló que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de las autoridades estatales o de particulares, podían disminuir o restringir de manera discriminatoria los derechos de una persona a partir de su discapacidad. Asimismo, recordó que, en tanto la discapacidad es una categoría protegida en términos del art. 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene la carga de la prueba de demostrar que la diferencia de trato a una persona con discapacidad se encuentra justificada, sin fundamentar su decisión en estereotipos.

Por otro lado, la Corte Interamericana advirtió que surgían obligaciones específicas para la protección del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. Al respecto,

señaló que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación establecían para los Estados un deber especial de protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. Este deber abarca el respeto y la garantía del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en tanto personas en situación de vulnerabilidad. De esta forma, la corte indicó que los Estados deben abstenerse de realizar conductas que vulneren el derecho al trabajo como resultado de actos de discriminación.

En particular, la Corte Interamericana advirtió que existía una obligación reforzada para los Estados de respetar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el ámbito público. En primer lugar, la obligación implica la prohibición de discriminar por motivos de discapacidad en el ámbito laboral, en particular respecto de la selección y contratación, así como en la permanencia en el puesto o ascenso y en las condiciones laborales. En segundo lugar, en relación con el mandato de igualdad real o material, la obligación exige adoptar medidas positivas de inclusión laboral de las personas con discapacidad, con el fin de remover progresivamente las barreras que impiden el pleno ejercicio de sus derechos laborales. De esta manera, los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los concursos públicos mediante la formación profesional y la implementación de ajustes especiales en los mecanismos de evaluación que permitan una participación igualitaria.

Además, la Corte Interamericana consideró que la obligación reforzada de protección del derecho al trabajo imponía una diligencia rigurosa en la garantía y el respeto de los derechos de las personas con discapacidad en el marco de recursos administrativos y judiciales. Primero, las autoridades deben abstenerse de fundamentar sus decisiones con razonamientos discriminatorios. Segundo, deben analizar con mayor rigurosidad si el derecho al trabajo de personas con discapacidad pudo haberse visto afectado por actos discriminatorios de las autoridades o de terceros. En este punto, la Corte Interamericana aseguró que las autoridades tenían que analizar si una diferencia de trato hacia una persona con discapacidad estaba debidamente justificada y, para ello, debían tomar en cuenta su situación de vulnerabilidad.

En cuanto al análisis del caso concreto, la Corte Interamericana entendió que las referencias a Guevara en el oficio 044-2003 y en el oficio del coordinador general de la Unidad Técnica de Aprovisionamiento y Servicios Generales eran elementos de prueba suficientes para demostrar que el accionante no había sido elegido debido a su condición de persona con discapacidad intelectual. Esta conclusión, reconocida por el Estado, se desprendía del contenido mismo de los oficios, con alusiones claras a la discapacidad de Guevara como motivo para no nombrarlo. En paralelo, había quedado demostrado que cumplía los requisitos suficientes para ser designado, ya que había obtenido la calificación más alta en el concurso para el cargo, contaba con una experiencia de dos años en el puesto y no existían informes sobre el mal desempeño de sus funciones, sino que, por el contrario, se le había reconocido su eficacia en el trabajo.

De esta forma, la Corte Interamericana advirtió que, durante el concurso, había existido una diferencia de trato hacia Guevara, basada en su discapacidad intelectual. Esa diferencia de trato no tenía sustento en ninguna justificación objetiva

y razonable y había constituido un acto de discriminación directa en el acceso al empleo y, por lo tanto, una violación del derecho al trabajo de la víctima. Asimismo, la Corte Interamericana entendió que el cese de Guevara había sido injustificado, en la medida en que era una consecuencia directa de la discriminación sufrida en el concurso. Por lo tanto, había sido violado su derecho a la permanencia en el empleo. En consecuencia, resolvió que el Estado era responsable por la violación a los arts. 26 y 24 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

En cuanto a las medidas de reparación integral, la Corte Interamericana ordenó que Guevara fuera nombrado para un cargo de igual o mayor jerarquía que aquel por el que había concursado en el Ministerio de Hacienda. Agregó que, en caso de que no deseara ser nombrado en el Ministerio de Hacienda, el Estado debe ofrecerle la oportunidad de ser designado en otro cargo laboral que se ajuste a sus aptitudes y necesidades en alguna otra institución pública. Precisó que, si Guevara no quisiera ser nombrado en un puesto, el Estado debe pagarle una indemnización pecuniaria adicional. Del mismo modo, la Corte Interamericana dispuso publicar el resumen de la sentencia una sola vez en el diario oficial y en otro diario de circulación nacional y publicarla en su integridad en el sitio web del Ministerio de Hacienda y del Poder Judicial. Asimismo, ordenó establecer programas de educación y formación dirigidas a los funcionarios del Ministerio de Hacienda sobre temas de igualdad y no discriminación de personas con discapacidad. Por último, resolvió que el Estado debía pagar las indemnizaciones compensatorias relativas al daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos.

La Corte Interamericana sostuvo que supervisaría el cumplimiento íntegro de la sentencia y consideraría concluido el caso una vez que el Estado hubiera cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Guevara Díaz vs. Costa Rica", sentencia del 22-6-2022, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf

Responsabilidad Internacional del Estado. **Derecho a la propiedad colectiva. Derecho de acceso a la información. Derechos políticos. Derecho a la vida. Derecho a la integridad física.** (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Honduras).

Antecedentes del caso: en el departamento de Atlántida, Municipalidad de Tela, Honduras, a orillas del mar Caribe, se ubica la comunidad garífuna San Juan, cuya actividad se basa en la agricultura, la pesca artesanal y el turismo. La comunidad cuenta con una población aproximada de 4224 habitantes, de los cuales

3285 se encuentran distribuidos en nueve colonias ubicadas dentro del territorio reclamado en el proceso que tramita ante la Corte Interamericana. En esas colonias viven también 7620 personas que no son garífunas.

Desde el año 1979, el Estado de Honduras comenzó a otorgar títulos de propiedad sobre la tierra en favor de la comunidad triunfo San Juan y sus miembros. Primero, les concedió dos áreas en garantía de ocupación, de 46.40 hectáreas, en 1977, y de 70 manzanas, en 1984. En el 2000, les otorgó el dominio pleno sobre un área de aproximadamente 63 hectáreas.

En 1997, 1998, 2000 y 2002, la comunidad garífuna de San Juan presentó varios pedidos de dominio sobre un territorio equivalente a 1770 hectáreas, comprendido dentro de los siguientes puntos de referencia: al norte con el mar Caribe o de las Antillas, al sur con la línea férrea, Puerto Arturo, al este con la Piojosa, barrio el Paraíso, y al oeste con el brazo de la laguna de los Micos y Barra de Tornabé. En el marco del trámite del caso contencioso ante la Corte Interamericana, el Estado reconoció que el territorio que le correspondía a la comunidad garífuna de San Juan era equivalente a unas 674 hectáreas y que estaba ubicado dentro de los mencionados puntos de referencia.

La Corte Interamericana constató que se habían suscitado distintas controversias en torno al territorio de la comunidad garífuna de San Juan y sus miembros que se referían a: los procesos judiciales y administrativos presentados por representantes de la comunidad relacionados con solicitudes de dominio; las ventas y las adjudicaciones a terceros de tierras reivindicadas por la comunidad; la ampliación del radio urbano del Municipio de Tela en el año 1989, que abarcaba parte del territorio reclamado por la comunidad y reconocido como tal por el Estado, y la creación del área protegida Parque Janeth Kawas en parte del territorio de la comunidad. Otras problemáticas se vincularon con las investigaciones sobre hechos de muerte, violencia y amenazas contra miembros de la comunidad de San Juan.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Honduras por la violación del derecho a la propiedad colectiva, a la obligación de garantizar la participación en los asuntos públicos y el acceso a la información pública, contenidos en los arts. 21, 23 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de la comunidad garífuna de San Juan y sus miembros. El Estado fue declarado responsable por haber incumplido su obligación de titular, delimitar y demarcar el territorio de la comunidad, no haber garantizado el uso y goce de la propiedad comunal y no haberle dado participación a la comunidad en los asuntos públicos que la afectaban. Del mismo modo, la Corte Interamericana resolvió que el Estado era responsable por las violaciones de las garantías judiciales y de la protección judicial, contenidas en los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en perjuicio de la comunidad y sus miembros, por considerar que algunas solicitudes de dominio pleno incoadas por la comunidad no habían obtenido respuesta por parte de las autoridades, y por la falta al deber de investigar los hechos denunciados por la comunidad y sus miembros. El Estado también fue declarado responsable por la

violación a la integridad personal de los integrantes de la comunidad garífuna de San Juan debido a las amenazas y la violencia ejercidas en su contra.

La Corte Interamericana consideró que no procedía la excepción preliminar presentada por el Estado relativa a la falta de agotamiento de las vías internas para corregir o enmendar la resolución emitida por el Instituto Nacional Agrario (INA), en que se había otorgado el título definitivo de propiedad a favor de la comunidad garífuna de San Juan. Al respecto, señaló que la falta de respuesta a las referidas solicitudes de titularidad del territorio constituía una tardanza injustificada en los términos del art. 46.2.c de la Convención, que autoriza a exceptuar el agotamiento de los recursos internos. Por otra parte, concluyó que procedía la excepción preliminar de falta de agotamiento de la vía interna en lo relativo a una decisión mediante la cual se había hecho lugar a una demanda reivindicatoria de dominio en contra del presidente del patronato de la comunidad garífuna de San Juan, dado que no había sido apelada.

Con respecto al territorio tradicional de la comunidad, y en relación con el derecho a la propiedad colectiva, la participación política y el acceso a la información pública, la Corte Interamericana concluyó que existía una coincidencia entre la descripción genérica de los puntos de referencia del territorio de la comunidad de San Juan que figuraban en los distintos pedidos presentados a nivel interno por la comunidad y el territorio que el Estado había reconocido en favor de la comunidad durante el trámite del caso contencioso. Por lo tanto, a los efectos de analizar la responsabilidad internacional del Estado en relación con el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad, la Corte Interamericana consideró que su territorio abarcaba el área comprendida entre esos puntos de referencia.

La Corte Interamericana comprobó que los límites del territorio reconocido por el Estado no coincidían con los del área otorgada en dominio pleno en el año 2000 a la comunidad de San Juan, por lo que el Estado no había cumplido con su obligación de titular y demarcar el territorio de la comunidad. Señaló que ese territorio tampoco se encuentra demarcado y que el Estado recién había efectuado una tentativa de delimitación en el marco del proceso contencioso ante la Corte Interamericana durante los años 2022 y 2023. Observó, además, que debido a que la comunidad no contaba con un título de propiedad sobre la totalidad de su territorio, tampoco había podido hacer uso de él. Por otra parte, constató que, dentro de los territorios reconocidos por el Estado en el trámite del caso, en una porción del brazo de la laguna de Los Micos, se había llevado a cabo una nivelación y relleno del terreno o humedal próximo y sobre esa superficie se habían construido cabañas, lo cual constituía una violación a la integridad del territorio de la comunidad.

La Corte Interamericana concluyó, entonces, que el Estado era responsable por la violación del art. 21 de la Convención por haber incumplido su obligación de titular, delimitar y demarcar el territorio de la comunidad de San Juan, así como de garantizar su uso y goce. Además, advirtió que, tanto en el marco de la ampliación del casco urbano de la ciudad de Tela como de la creación del Parque Kawas, las autoridades no habían garantizado ni respetado el derecho a la participación de la comunidad garífuna de San Juan en asuntos que los afectaban. En consecuencia,

estableció que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la participación en asuntos públicos y el acceso a la información pública, contenidos en los arts. 23 y 13 de la Convención, en perjuicio de la comunidad de San Juan.

La Corte Interamericana encontró que las muertes de Gino Eligio López y Epson Andrés Castillo, víctimas de homicidio por parte de integrantes de la fuerza pública, habían sido investigadas, juzgadas y sancionadas por las autoridades. Agregó que no disponía de pruebas u otros elementos que permitieran concluir que se hubiera configurado alguna vulneración al acceso a la Justicia en el marco de esas investigaciones y procedimientos judiciales. Por tales motivos, de conformidad con el principio de complementariedad, la Corte Interamericana no se pronunció sobre la responsabilidad del Estado por una vulneración del derecho a la vida, contenido en el art. 4 de la Convención Americana, en perjuicio de esas personas. En cuanto a la muerte de Mirna Santos, presuntamente asesinada en agosto de 2006 por varios hombres que se la habían llevado de su casa, la Corte Interamericana determinó que carecía de elementos para pronunciarse sobre este hecho de violencia grave y recordó que el Estado tiene la obligación de investigar esos hechos y sancionar a los eventuales responsables. Sobre la muerte de Feliciana Elogio Suazo como consecuencia de un infarto sufrido en el marco de un procedimiento judicial abierto en su contra, la Corte Interamericana constató que los representantes no habían presentado alegatos que permitieran entender de qué modo la entidad pública a cargo del proceso podía estar implicada directamente en su muerte. Por otra parte, la Corte Interamericana observó que tampoco había elementos que indicaran que las autoridades internas estuvieran al tanto de una situación de riesgo real e inmediato que hubiera generado la necesidad de adoptar medidas para prever el hecho. Por lo tanto, la Corte Interamericana consideró que no contaba con suficientes elementos para pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado por la violación al derecho a la vida, contenido en el art. 4 de la Convención Americana, en perjuicio de Feliciana Elogio Suazo.

La Corte Interamericana señaló que existe una situación de violencia en contra de los integrantes de la comunidad garífuna de San Juan protagonizada por terceros y en algunos casos por integrantes de la fuerza pública, y que las autoridades están al tanto de la situación. Sostuvo que, en algunos casos, el clima de amenazas y violencia había culminado en el homicidio de miembros de la comunidad de San Juan y que ese contexto de violencia respondía, en parte, a un conflicto territorial que lleva décadas sin ser resuelto por parte de las autoridades estatales. La Corte Interamericana concluyó que todo ello apunta a que el Estado es en parte responsable por ese clima de amenazas y de violencia en contra de los integrantes de la comunidad de San Juan y que es responsable por la violación del derecho a la integridad personal contenido en el art 5.1 de la Convención Americana.

En lo que se refiere a la alegada falta de efectividad de los recursos para obtener el reconocimiento de la propiedad comunal, la Corte Interamericana observó que la comunidad de San Juan había presentado en 1997, 1998, 2000 y 2002 distintas solicitudes de dominio ante el Instituto Nacional Agropecuario para que se reconociera su territorio, y que solamente una de las solicitudes planteadas

había obtenido respuesta por parte del Estado. En el 2000, el INA confirió el título de dominio pleno sobre 63 hectáreas en favor de la comunidad de San Juan, lo que representaba solo una pequeña porción de las 1770 hectáreas reclamadas. Por otro lado, la solicitud presentada por la comunidad de San Juan en el año 1997 se había extraviado, lo que había obligado a los peticionantes a formular nuevamente la solicitud. En consecuencia, la Corte Interamericana consideró que el Estado era responsable por la violación de los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, por las solicitudes de dominio que no habían obtenido respuesta alguna por parte del INA.

Por otra parte, la Corte Interamericana verificó que el Estado no había remitido información sobre las investigaciones relacionadas con las denuncias presentadas por la comunidad de San Juan. Por ese motivo, consideró al Estado responsable por la violación a los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

En cuanto a las reparaciones, la Corte Interamericana estableció que su sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado otorgar un título de propiedad colectiva a la comunidad garífuna de San Juan sobre tierras alternativas o, en su caso, pagar las correspondientes indemnizaciones, como también publicar la sentencia de la Corte Interamericana y su resumen. Además, mandó al Estado resolver los recursos judiciales o administrativos pendientes que hubieran sido interpuestos por la comunidad, de acuerdo con lo establecido por la normativa interna, pagar las cantidades fijadas a un fondo por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, constituir un fondo para financiar proyectos con propósitos educacionales, habitacionales, de seguridad alimentaria y salud, el suministro de agua potable, la construcción de infraestructura sanitaria y la provisión de un servicio de recolección de basura, en beneficio de los miembros de la comunidad. Por último, ordenó al Estado pagar la cantidad fijada en la sentencia por reintegro de costas y gastos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que supervisaría el cumplimiento íntegro de la sentencia y daría por concluido el caso una vez que el Estado hubiera cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Comunidad Garífuna de San Juan y sus Miembros vs. Honduras (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)", sentencia del 29-8-2023, en https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/serie-c/sentencia/953775275

Responsabilidad internacional del Estado. **Derecho a las garantías judiciales**. Principio de legalidad y de retroactividad. Derecho a la protección judicial. **Derechos políticos**. **Destitución de un juez.** (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Perú).

Antecedentes del caso: el 21 de junio de 1995, en su condición de presidente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, Humberto Cajahuanca Vásquez convocó a un plenario para analizar la solicitud de licencia de un juez del Primer Juzgado Penal. La Sala Plena concedió el permiso de licencia y designó al juez de turno del Quinto Juzgado Penal, que era a quien correspondía designar según el cuadro de turnos. Luego, se nombró en el Primer Juzgado Penal a Héctor Fidel Cordero Bernal, juez del Cuarto Juzgado Penal. La resolución sobre esa decisión no fue firmada por dos de los magistrados de la Sala Plena, quienes argumentaron que la decisión no reflejaba ningún acuerdo.

En julio del mismo año, Cordero Bernal concedió la libertad incondicional a dos personas procesadas por narcotráfico. Por ese hecho, la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial inició una investigación e identificó irregularidades en la designación de Cordero Bernal, por lo que propuso la destitución de Cajahuanca Vásquez. En octubre de 1995, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó la propuesta y solicitó la destitución ante el Consejo Nacional de la Magistratura, que la concretó en agosto de 1996.

Cajahuanca Vásquez presentó un recurso de reconsideración ante el Consejo Nacional de la Magistratura, pero se lo declaró infundado en diciembre de 1996, por considerarse que la medida disciplinaria correspondía a irregularidades acreditadas. En febrero de 1997, Cajahuanca Vásquez interpuso un recurso de amparo, que se declaró infundado en primera instancia e improcedente en segunda instancia. Interpuso también un recurso de nulidad contra la última decisión, que el Tribunal Constitucional declaró improcedente en octubre de 1999.

En consecuencia, Cajahuanca Vásquez interpuso la petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que Perú no era responsable internacionalmente por la violación de los derechos a las garantías judiciales, el principio de legalidad y de retroactividad, los derechos políticos y el derecho a la protección judicial, reconocidos en los arts. 8, 9, 23 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno, consagradas en los arts. 1.1 y 2 del mismo tratado, en perjuicio de Cajahuanca Vásquez.

El Estado peruano había presentado dos excepciones preliminares: la primera, relativa a la alegada falta de agotamiento de los recursos internos; la segunda, referida a la falta de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para asumir un rol de cuarta instancia. Ambas excepciones preliminares fueron

desestimadas. En cuanto a la primera, los argumentos esbozados por el Estado, al interponer la excepción ante la Comisión Interamericana, no coincidían con los planteados ante la Corte Interamericana. En cuanto a la segunda, el objeto del caso estaba orientado a determinar si se había producido una vulneración de derechos consagrados en la Convención Americana en el marco de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales.

En relación con el derecho a las garantías judiciales, el principio de legalidad y los derechos políticos, la Corte Interamericana destacó que preservar la dignidad del cargo y mantener la integridad judicial era esencial para el desempeño de las funciones judiciales, y también constituía la piedra angular de los sistemas judiciales y un requisito necesario para la vigencia del Estado de derecho, del derecho a un juicio justo y de la confianza en el Poder Judicial. Por esas razones, consideró que jueces y fiscales debían asegurarse de que su conducta estuviera por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable.

Sobre el principio de legalidad en materia disciplinaria y el deber de motivación, recordó que la precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria podía ser diferente de la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una se encarga de resolver. Por eso, los problemas de indeterminación de un tipo disciplinario no pueden ser examinados en abstracto, sino a la luz de la motivación del juzgador al momento de su aplicación. De este modo, la aplicación de un tipo disciplinario abierto no constituye, en principio, una violación del principio de legalidad o del derecho al debido proceso, siempre que se respeten los parámetros jurisprudenciales que se han definido para tal efecto.

De conformidad con lo anterior, la Corte Interamericana encontró que el proceso disciplinario contra Cajahuanca Vásquez había explicitado de forma pormenorizada las irregularidades en las que había incurrido y los fundamentos de derecho que habían sustentado su destitución, en particular, las razones que permitían sostener que su conducta había afectado la función judicial y constituía una falta disciplinaria grave a la que debía imponerse la sanción más severa. Por ello, la Corte Interamericana consideró que la resolución de destitución había sido debidamente motivada y había respetado el principio de legalidad en materia sancionatoria.

Sobre el principio de aplicación de la ley sancionatoria más favorable, la Corte Interamericana sostuvo que la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, con fundamento en la cual había sido destituido Cajahunaca Vásquez, era la norma vigente en materia de destitución de jueces al momento de los hechos. Esa norma, además, era previa a la conducta reprochada. Por lo tanto, no era procedente un análisis sobre el alcance del principio de aplicación de la ley sancionatoria más favorable en el caso concreto, pues no había, en ese momento, dos normas vigentes.

Por todo lo anterior, la Corte Interamericana encontró que el Estado peruano no era responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales ni del principio de legalidad y de retroactividad, establecidos en los arts. 8.1 y 9 de la Convención Americana. La Corte Interamericana también concluyó que el Estado no era responsable por la violación del derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, consagrado en el art.

23.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Cajahuanca Vásquez.

En cuanto al derecho a la protección judicial, la Corte Interamericana sostuvo que las conclusiones de los jueces que habían tratado los amparos de Cajahuanca Vásquez no eran manifiestamente arbitrarias o irrazonables. Además, los jueces nacionales habían examinado si las resoluciones cuestionadas se habían adoptado en observancia del debido proceso o si se advertía la violación de derechos constitucionales de Cajahuanca Vásquez.

Asimismo, la Corte Interamericana notó que la resolución de destitución de Cajahuanca Vásquez había sido conocida y revisada por distintas autoridades del Poder Judicial, que atendieron sus reclamos antes de adoptar una decisión en firme. De este modo, cualquier inconformidad debía haberse presentado en esa etapa y no correspondía atenderla mediante el recurso de amparo.

Por lo anterior, la Corte Interamericana consideró que el Estado no había violado el derecho a la protección judicial, contenido en el art. 25.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Cajahuanca Vásquez.

Dado que no se estableció la responsabilidad internacional del Estado, la Corte Interamericana no se pronunció sobre reparaciones, costas y gastos y ordenó archivar el expediente.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Cajahuanca Vásquez vs. Perú", sentencia del 27-11-2023, en https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/serie-c/sentencia/976307698

Responsabilidad internacional del Estado. **Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. Derecho a un recurso eficaz.** (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Perú).

Antecedentes del caso: Leónidas Bendezú Tuncar comenzó a trabajar en la Universidad de San Martín de Porres, una institución privada, el 20 de enero de 1981. Estuvo afiliado al sindicato de empleados de la universidad, sin ejercer cargos directivos. El 5 de mayo de 1994, Cornelio Bendezú Tuncar, hermano de Leónidas, presentó una denuncia penal contra dos dirigentes estudiantiles de la universidad. El 21 de marzo de 1996, una estudiante envió una carta al decano de la Facultad de Ciencias Financieras y Contables y denunció a Leónidas Bendezú Tuncar por la presunta adulteración de documentos relacionados con el trámite de reactualización de su matrícula. La universidad inició un proceso disciplinario. El 15 de abril de ese año, envió a Bendezú una "carta notarial de preaviso de despido". El 24 del mismo

mes, Bendezú presentó su descargo. Cinco días más tarde, recibió una carta notarial de despido, que se hizo efectivo el 13 de mayo.

Bendezú inició tres acciones judiciales para obtener reparación por su despido, que consideró contrario a sus derechos. Sin embargo, no obtuvo sentencia favorable en ninguna instancia. Por eso, interpuso un recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Perú, pero fue rechazado. Luego, se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado no era internacionalmente responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial —contenidos en los arts. 8.1, 8.2 y 8.2.c y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— en perjuicio de Leónidas Bendezú Tuncar.

La Corte Interamericana evaluó la conducta de las autoridades judiciales, y no el procedimiento de despido seguido por la institución privada en la que trabajaba Bendezú. De ese modo, advirtió que la controversia del caso residía en si el Estado había proveído o no al accionante de remedios judiciales útiles para buscar reparaciones adecuadas a presuntas violaciones de sus derechos.

En relación con lo anterior, la Corte Interamericana estableció que debía evaluar si Bendezú había contado con un recurso judicial apto para tutelar sus derechos y si, en el trámite respectivo, se habían observado las garantías judiciales y del debido proceso. La Corte Interamericana recordó que el mero hecho de que un recurso interno no produjera un resultado favorable para el accionante no demostraba, por sí solo, una vulneración del derecho a un recurso eficaz.

Respecto de la primera acción judicial por nulidad de despido, la Corte Interamericana observó que los órganos judiciales habían efectuado un examen del alegato de Bendezú de que su despido resultaba nulo de acuerdo con la legislación interna. Por lo tanto, el accionante había contado con un recurso judicial apto para abordar su reclamo y no podía afirmar que había sido privado de un recurso interno eficaz.

Por otra parte, Bendezú también reconoció que su despido había sido arbitrario, no nulo. Por ese motivo, en su primera acción, no había escogido el mecanismo judicial idóneo.

La Corte Interamericana notó, además, que las otras dos acciones judiciales iniciadas por Bendezú, mediante las que reclamó indemnizaciones por la arbitrariedad de su despido y por daños y perjuicios, habían sido rechazadas con base en sendas determinaciones judiciales sobre el tiempo útil para intentar la acción y la competencia del órgano judicial. Se trata de aspectos de derecho interno y su interpretación. La Corte Interamericana recordó que los Estados podían y debían establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de recursos judiciales o de otra índole. Por ello, no siempre los órganos intervinientes deben analizar el fondo del asunto planteado.

Teniendo en cuenta lo expresado, la Corte Interamericana evaluó que no le correspondía determinar si Bendezú había satisfecho o no los requisitos procesales de

las acciones que había presentado, pero advirtió que no podía darse por acreditado que el Estado le hubiera negado la posibilidad de acceder a la Justicia.

La Corte Interamericana concluyó, entonces, que el Estado no había vulnerado los derechos de Bendezú a las garantías judiciales y a la protección judicial. Además, consideró que no resultaba necesario pronunciarse sobre otros argumentos de la Comisión y de los representantes de Bendezú, referidos al principio de legalidad y de retroactividad y a los derechos a la protección de la honra y de la dignidad y a la estabilidad laboral.

Dado que no se declaró la responsabilidad internacional del Estado, la Corte Interamericana no se pronunció sobre reparaciones, costas y gastos y ordenó el archivo del expediente.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso "Bendezú Tuncar vs. Perú", sentencia del 29-8-2023, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_497_esp.pdf

Responsabilidad internacional del Estado. **Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. Garantía del plazo razonable. Igualdad ante la ley. (Corte Interamericana de Derechos Humanos– El Salvador).**

Antecedentes del caso: Miguel Ángel Aguirre Magaña desempeñaba funciones en un juzgado en El Salvador. El 13 de noviembre de 1993, Aguirre se desplazaba en el vehículo del juez de paz de Villa de Apaneca para realizar una diligencia judicial. Durante el trayecto, explotó un artefacto dentro del vehículo y Aguirre sufrió múltiples daños graves, como la amputación de su pierna derecha, lesiones en la pierna izquierda, pérdida de audición del oído derecho y lesiones en el oído izquierdo.

Aguirre denunció que el juez de paz dueño del vehículo tenía una granada dentro del auto que había causado la explosión. Durante el proceso penal, hubo varios traslados del caso entre diversos juzgados por razones de competencia. Luego de once años, en 2004, un juzgado emitió una resolución de sobreseimiento provisional del imputado, por no haberse probado su participación en los hechos. Esa resolución fue apelada por la Fiscalía General de la República. Finalmente, el 20 de julio de 2004, la Cámara de la Tercera Sección de Occidente denegó el recurso de apelación y confirmó el sobreseimiento del juez de paz.

En consecuencia, Aguirre interpuso la petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de El Salvador por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Miguel Ángel Aguirre Magaña. Señaló que se había incumplido la debida diligencia y la garantía del plazo razonable en el proceso penal iniciado para investigar las lesiones sufridas por Aguirre. El Estado había efectuado un reconocimiento total de responsabilidad internacional por no haber cumplido con la garantía del plazo razonable ni proporcionado un recurso judicial efectivo.

La Corte Interamericana señaló reiteradamente que el derecho de acceso a la Justicia debía asegurar, en un tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o de sus familiares a que se hiciera todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido, establecer las respectivas responsabilidades y sancionar a los eventuales culpables. A tal fin, y de conformidad con la Convención, los Estados parte están obligados a proporcionar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, dentro de la obligación general de garantizar a toda persona el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención. La Corte Interamericana, además, consideró que una demora prolongada en el proceso podía constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales.

La Corte Interamericana estableció que la evaluación del plazo razonable se debía analizar, en cada caso concreto, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. Así, identificó cuatro elementos de análisis: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima. Recordó que correspondía al Estado justificar, con fundamento en los criterios señalados, el tiempo transcurrido para tratar los casos y que, si no lograra hacerlo, la Corte Interamericana tenía amplias atribuciones para realizar su propia estimación al respecto. En cuanto a la duración total del proceso, entendió que era necesario computarla desde el primer acto procesal hasta el dictado de la sentencia definitiva, incluidos los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

Además, la Corte Interamericana advirtió que toda persona en situación de vulnerabilidad era titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales vinculados con el respeto de los derechos humanos. Observó que no bastaba con que los Estados se abstuvieran de vulnerar los derechos, sino que era indispensable adoptar medidas positivas en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encontrara, como la discapacidad. En este sentido, señaló que es obligación de los Estados facilitar la inclusión de las personas con discapacidad mediante la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de

diferenciación positiva para remover esas barreras. Observó que, dado que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación, los Estados tienen que adoptar las medidas necesarias —de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole— para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración social. El debido acceso a la Justicia juega un rol fundamental a la hora de enfrentar esas formas de discriminación.

Respecto del proceso penal, la Corte Interamericana notó que había tenido una duración de once años desde la presentación de la denuncia hasta el dictado del sobreseimiento. La Corte Interamericana resaltó que, en este caso, no había elementos de complejidad, ya que existía una identificación del posible autor y había testigos. En cuanto a la actividad procesal del interesado, se pudo verificar en los hechos el esfuerzo de Aguirre por acelerar el proceso a través de escritos, los cuales no habían sido atendidos. Sobre la conducta de las autoridades judiciales, la Corte Interamericana advirtió que existían elementos que evidenciaban omisiones e irregularidades en la investigación. Finalmente, entendió que había habido una afectación en la situación jurídica de Aguirre, ya que, debido a su discapacidad, era necesario que las investigaciones y el proceso penal se llevaran a cabo con mayor celeridad para que el caso fuera resuelto pronto. A partir de lo anteriormente descrito y de los hechos, la Corte Interamericana concluyó, como el propio Estado lo había reconocido, que no se había cumplido con la debida diligencia ni con la garantía del plazo razonable y que Aguirre no había contado con un recurso efectivo para garantizar sus derechos.

En cuanto a las reparaciones, la Corte Interamericana estableció que su sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación. Asimismo, ordenó otras medidas de reparación, que el Estado se había comprometido a cumplir en el Acuerdo de Solución Amistosa. Dispuso, como medida de satisfacción, desarrollar un conversatorio con autoridades y operadores judiciales de la zona occidental del país sobre estándares americanos en materia de acceso a la Justicia. También ordenó, como medida de rehabilitación, proveer a Aguirre, de forma gratuita, el tratamiento médico, los servicios de rehabilitación y prótesis y el tratamiento psicológico o psiquiátrico que requiriera. Por último, dispuso el pago de una cantidad de dinero en concepto de indemnización compensatoria.

El Acuerdo de Solución Amistosa recogió la voluntad de ambas partes de concluir la tramitación del caso a través del mecanismo habilitado por el art. 63 del Reglamento de la Corte Interamericana. Posteriormente, durante la audiencia pública, el Estado de El Salvador realizó un reconocimiento total de responsabilidad internacional en cuanto a las conclusiones de hecho y de derecho contenidas en el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Aguirre Magaña vs. El Salvador", sentencia del 8-3-2024, en https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/serie-c/sentencia/1035032346

Responsabilidad internacional del Estado. Destitución de magistrados. **Derecho al debido proceso y a las garantías judiciales**. Principios de legalidad e independencia judicial. **Protección a la estabilidad laboral y judicial.** Derecho a acceder a un cargo público en condiciones generales de igualdad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Honduras).

Antecedentes del caso: José Antonio Gutiérrez Navas, Francisco Ruiz Gaekel, Gustavo Enrique Bustillo Palma y Rosalinda Cruz Sequeira fueron designados como magistrados en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras para el período comprendido entre el 26 de enero de 2009 y el 25 de enero de 2016. En 2012, tres fallos de inconstitucionalidad emitidos por esa Sala fueron criticados públicamente por el entonces presidente Porfirio Lobo.

El 10 de diciembre de ese año, tras el último de estos tres fallos, el Congreso Nacional designó una comisión especial para investigar la conducta administrativa de los magistrados, quienes habían votado a favor de la decisión. El 12 de diciembre, en la madrugada, la comisión presentó un informe en el que recomendó al Congreso destituirlos, con el argumento de que sus fallos no eran congruentes con la política de seguridad del Estado y suponían el riesgo de demandas millonarias. La destitución fue aprobada por la mayoría del Congreso, que sostuvo que los magistrados habían actuado contra el interés público y la seguridad ciudadana. La sesión del Congreso se desarrolló mientras el edificio del Poder Legislativo estaba rodeado por miembros de las fuerzas militares y policiales. Los magistrados siguieron los acontecimientos a través de las transmisiones de televisión. Ninguno de ellos había sido notificado sobre el procedimiento en curso ni sobre el resultado de la moción que culminó con su destitución.

Ese mismo 12 de diciembre, los magistrados presentaron un recurso de amparo y argumentaron que la decisión del Congreso había sido arbitraria e ilegal. La Sala Constitucional de la Corte Suprema, reconfigurada tras la destitución, se excusó, por lo que se formó una Sala Especial, que también se excusó debido a la inhibición de dos de sus miembros. El presidente de la Corte conformó una nueva Sala Especial, integrada por él mismo, otros dos magistrados del pleno, un asesor de la secretaría de la Corte y un magistrado de la Corte de Apelaciones Civil. Esta Sala Especial rechazó el recurso y alegó que los actos del Congreso no eran susceptibles de amparo. El pleno de la Corte Suprema confirmó la decisión de rechazo y declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto por los magistrados.

El 7 de abril de 2014, el entonces presidente del Congreso Nacional admitió haber discutido y acordado con el presidente de la República la necesidad de destituir a los magistrados por el bien del país.

En febrero de 2013, Rosalinda Cruz Sequeira informó al Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras sobre una persecución automovilística sufrida por su hija y expresó temor por la seguridad de su familia. A raíz de esto, se le

asignó protección policial, que fue retirada en julio de 2014. En agosto de 2014, Cruz Sequeira y Gutiérrez Navas testificaron ante el Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras sobre amenazas y hostigamientos que habrían sufrido tras su destitución. Gutiérrez Navas solicitó a ese comité tramitar medidas cautelares ante la Comisión Interamericana e indicó su desconfianza frente al Ministerio Público hondureño, dirigido por el único magistrado de la Sala Constitucional que no había sido destituido el 12 de diciembre de 2012.

En 2015, las víctimas solicitaron medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Estado hondureño afirmó a la Comisión que no podía investigar las amenazas y hostigamientos debido a la ausencia de denuncias formales ante el Ministerio Público.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Honduras por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de José Antonio Gutiérrez Navas, José Francisco Ruiz Gaekel, Gustavo Enrique Bustillo Palma y Rosalinda Cruz Sequeira. Teniendo en cuenta el reconocimiento parcial de responsabilidad realizado por el Estado, la Corte Interamericana constató que las víctimas, quienes para el momento de los hechos cumplían su período como magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, habían sido destituidas en forma arbitraria e ilegal por el Congreso Nacional. Esta decisión había desconocido las garantías judiciales, los principios de legalidad e independencia judicial, así como los derechos políticos, a la protección judicial y a la estabilidad laboral de las víctimas. En consecuencia, la Corte Interamericana declaró que el Estado había violado los arts. 8.1, 8.2 b, c, d, h, 9, 23.1 c, 25.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento.

La corte señaló que el Estado de Honduras había aceptado todos los hechos relatados en el informe de la Comisión Interamericana, a excepción de aquellos en los que se fundaba la pretendida violación del art. 5 de la Convención Americana. En consecuencia, reconocía su responsabilidad por la violación de las garantías judiciales, el principio de legalidad, los derechos políticos, el derecho a la protección judicial y el derecho al trabajo, en razón de la destitución "arbitraria e ilegal" de las víctimas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, como también por la ausencia de un procedimiento y de causales para su destitución en el ordenamiento jurídico interno, por el desconocimiento de la garantía de permanencia en los cargos públicos para los cuales habían sido designados —lo cual suponía la existencia de procedimientos de destitución objetivos, razonables y respetuosos del debido proceso—, por la falta de un recurso efectivo que permitiera controvertir la destitución y, finalmente, por la vulneración de la estabilidad laboral de las víctimas.

La Corte Interamericana concedió plenos efectos al reconocimiento de responsabilidad y concluyó que había cesado la controversia relativa a la violación de los arts. 8.1, 8.2 b, c, d y h, 9, 23.1 c, 25.1 y 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo

instrumento. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Interamericana consideró pertinente dictar sentencia respecto de todos los hechos y derechos alegados en este caso y determinar, además, la responsabilidad del Estado por la alegada violación del derecho a la integridad personal (art. 5 de la Convención Americana) y de la falta de investigación de las pretendidas amenazas de las que habrían sido objeto las víctimas (arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana).

La Corte Interamericana estableció que el Estado de Honduras había incumplido su deber de investigar las amenazas y hostigamientos que habrían sufrido las víctimas tras su destitución, así como de adoptar medidas de protección a su favor y juzgar y sancionar a los eventuales responsables. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había violado, en perjuicio de las víctimas, los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los arts. 5.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

La Corte Interamericana analizó el derecho a las garantías judiciales, el principio de legalidad, los derechos políticos, el derecho a la protección judicial y el derecho al trabajo. Reiteró que la independencia judicial era uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso en un Estado de derecho, que resulta afectado cuando la permanencia en el cargo de los jueces se interrumpe de manera arbitraria. Asimismo, recordó la relación existente entre la dimensión institucional de la independencia judicial y el acceso y permanencia en sus cargos de quienes ejercen la judicatura, en condiciones generales de igualdad. Afirmó que, de la independencia judicial, se derivan las siguientes garantías en torno a la función de las autoridades judiciales: a un adecuado proceso de nombramiento —la separación del cargo debe obedecer exclusivamente a causales permitidas—; a la estabilidad e inamovilidad en el cargo durante su mandato —los jueces solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia—, y a ser protegidas contra presiones externas —todo proceso seguido contra 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—. De igual modo, la Corte Interamericana observó que el juicio político o la eventual destitución de quienes ejercen la judicatura no debía fundamentarse en el contenido de las decisiones que hubieran dictado, dado que la protección de la independencia judicial impide deducir responsabilidad por los votos y opiniones que se emitan en el ejercicio de la función jurisdiccional, con la excepción de infracciones intencionales o comprobada incompetencia.

La Corte Interamericana resaltó que las garantías contempladas en el art. 8.1 de la Convención Americana eran aplicables al supuesto en que alguna autoridad no judicial adoptara decisiones que afectaran la determinación de los derechos de las personas. Además, que, de conformidad con el principio de legalidad previsto en el art. 9 de la Convención Americana, las personas tenían derecho a ser juzgadas con arreglo a procedimientos previos y legalmente establecidos.

La Corte Interamericana consideró que el derecho a acceder a un cargo público en condiciones generales de igualdad, previsto en el art. 23.1.c de la Convención Americana, debía estar acompañado de la protección efectiva de la permanencia

en el cargo. Por eso, los procedimientos de nombramiento, ascenso, suspensión y destitución de funcionarios públicos deben ser objetivos, razonables y respetar las garantías del debido proceso.

Destacó que el derecho al trabajo, protegido por el art. 26 de la Convención Americana, incluía la garantía de estabilidad laboral, por lo que el despido o separación del cargo de la persona trabajadora debía realizarse bajo causas justificadas.

La Corte Interamericana señaló que, de conformidad con su jurisprudencia consolidada, el art. 25.1 de la Convención Americana contemplaba la obligación de los Estados partes de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial sencillo y rápido ante juez o tribunal competente y efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta los hechos debidamente probados y el reconocimiento de responsabilidad por parte el Estado, la Corte Interamericana determinó que la destitución de las víctimas había violado el art. 8.1 de la Convención Americana, ya que había estado a cargo de autoridad que carecía de competencia de conformidad con las normas vigentes. A partir del contexto y los motivos de la destitución, la Corte Interamericana concluyó que ese acto constituía una desviación de poder, pues el Congreso Nacional había hecho uso de la facultad de aprobar o desaprobar la conducta administrativa del Poder Judicial (art. 205 de la Constitución) para castigar a las víctimas por sus decisiones y ejercer presión externa sobre un tribunal.

La Corte Interamericana encontró que la destitución se había llevado a cabo en ausencia de un procedimiento establecido, sin un fundamento legal respecto de las causales y la sanción aplicables y sin que las víctimas fueran informadas ni se les concediera la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa. Por ello, declaró que Honduras había violado las garantías judiciales y el principio de legalidad previstos en los arts. 8.1, 8.2 b, c y d y 9 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las víctimas.

La Corte Interamericana también consideró que el Estado había vulnerado la garantía de estabilidad o inamovilidad en el cargo y, con ella, el derecho a acceder a un cargo público en condiciones generales de igualdad, protegido por el art. 23.1.c de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio las víctimas. La Corte Interamericana concluyó que el Estado también había violado el derecho a la estabilidad laboral de los magistrados destituidos, en relación con los deberes de garantizar y respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Por ende, declaró la violación del art. 26 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las víctimas.

Finalmente, la Corte Interamericana observó que, dado que el recurso de amparo interpuesto por las víctimas no había constituido un recurso efectivo, el Estado de Honduras era responsable por la violación del art. 25.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento. De igual forma, en virtud del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el

Estado, la Corte Interamericana declaró la violación del art. 8.2. h de la Convención Americana en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento.

La Corte Interamericana analizó también los derechos a la integridad personal, las garantías judiciales y la protección judicial. Reiteró que los Estados tenían el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos y de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones que se hubieran cometido dentro del ámbito de su jurisdicción. Asimismo, resaltó que correspondía a las autoridades estatales que tomaban conocimiento de una situación de riesgo especial identificar o valorar las medidas de protección necesarias. Añadió que el deber de investigar no debía ser asumido como una simple formalidad o como una mera gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de la aportación privada de elementos probatorios.

La Corte Interamericana recordó que la omisión del deber de investigar amenazas podía derivar en el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y que el contexto en el que se producían los hostigamientos debía ser tenido en cuenta para determinar si el Estado conocía la situación de riesgo y estaba obligado a investigar y adoptar medidas de protección.

La Corte Interamericana constató que, en el marco del trámite de solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana, el Estado había presentado tres comunicaciones que demostraban, con absoluta claridad, que contaba con información sobre los actos de amenaza y hostigamiento. A pesar de este conocimiento y del riesgo para las víctimas en este caso, el Estado justificaba la falta de investigación en el hecho de que no habían sido denunciadas ante el Ministerio Público.

La Corte Interamericana desestimó tal justificación y consideró que la falta de investigación había impedido determinar el origen de las amenazas, así como juzgar y sancionar a los responsables. Esta omisión había conducido, en consecuencia, a la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de las víctimas. De igual modo, el Estado había omitido evaluar la situación de riesgo y adoptar las medidas de protección pertinentes, lo cual había afectado la integridad personal de las víctimas, que continuaron padeciendo un temor significativo.

En estos términos, la Corte Interamericana declaró que el Estado de Honduras era responsable por la violación de los arts. 5.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las víctimas.

En cuanto a las reparaciones, la Corte Interamericana dispuso que el Estado debía pagar a las víctimas una suma de compensación ante la improcedencia de la solicitud de restitución a los cargos de los que fueron destituidos. Ordenó también que realizara un acto público de reconocimiento de responsabilidad y la publicación del resumen oficial de la sentencia, por una sola vez, en el diario oficial y en un medio de comunicación de amplia circulación nacional en un tamaño de letra legible y adecuado, como también publicar la sentencia en su integridad en un sitio web oficial. Asimismo, estableció que se diera publicidad a la sentencia en las cuentas de redes sociales de la Corte Suprema de Justicia, de la Presidencia y del Congreso Nacional. Además, exhortó a adoptar las medidas legislativas necesarias para adecuar

el ordenamiento jurídico interno a los estándares establecidos en la sentencia respecto de la estabilidad e inamovilidad en el cargo de quienes ejercen la función judicial. Por último, ordenó al Estado pagar las sumas monetarias fijadas por daño material e inmaterial y por costas y gastos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que supervisaría el cumplimiento íntegro de la sentencia y daría por concluido el caso una vez que el Estado hubiera cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras", sentencia del 29-11-2023, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_514_esp.pdf

Responsabilidad internacional del Estado. Derecho al medio ambiente sano. Derecho a la salud, a la vida y la integridad de las personas. Derecho al acceso a la información. (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Perú).

Antecedentes del caso: los hechos ocurrieron en la ciudad de La Oroya, en la Sierra Central de Perú, que tiene una población de más de 33 000 habitantes. En 1922, se instaló el Complejo Metalúrgico de La Oroya (CMLO), operado por la compañía estadounidense Cerro de Pasco Copper Corporation. Desde sus inicios, el CMLO se dedicó a la fundición y refinamiento de concentrados polimetálicos con altos contenidos de plomo, cobre, zinc, con contenidos de metales como plata, oro, bismuto, selenio, telurio, cadmio, antimonio, indio y arsénico. En 1974, el complejo metalúrgico fue nacionalizado y pasó a ser propiedad de la empresa estatal Centromin (Empresa Minera del Centro del Perú), que operó el CMLO hasta 1997. En ese año, fue adquirido por la empresa privada Doe Run Perú, filial de la empresa estadounidense The Renco Group, Inc.

Entre 1922 y 1993, Perú no contaba con una legislación específica respecto del control ambiental y la prevención de contaminación del sector minero-metalúrgico, sino que existían normas generales en distintos instrumentos que regulaban las obligaciones ambientales. En 1993, se promulgó el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica. Ese reglamento estableció que estas actividades debían contar con un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o con un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), como medios para controlar los impactos de esas actividades en el medio ambiente. Centromin fue la empresa encargada de elaborar el primer PAMA del CMLO en 1996, en el cual se fijó un plazo de 10 años para su ejecución. Posteriormente, tras la adquisición

del CMLO, Doe Run asumió el compromiso de cumplir con la mayor parte de las obligaciones establecidas en el PAMA.

El PAMA fue modificado en múltiples ocasiones con posterioridad a su adopción en 1997. Con motivo de estas modificaciones, se incrementaron progresivamente los montos de inversión, se modificó el cronograma de acciones e inversiones y se amplió el alcance de ciertos proyectos para controlar el impacto sobre el medio ambiente. Asimismo, el Estado otorgó prórrogas en el cumplimiento del PAMA, por solicitud de Doe Run. Estas prórrogas se solicitaron en parte por el incumplimiento de la empresa de terminar el Proyecto de Plantas de Ácido Sulfúrico. La primera prórroga se otorgó en 2006 y fijó un plazo para la culminación de los proyectos del PAMA en octubre de 2009. La segunda prórroga se otorgó en septiembre de 2009, por un plazo improrrogable de 10 meses para el financiamiento de los proyectos y un plazo de 20 meses para su construcción y puesta en marcha. El PAMA llegó a su fecha de vencimiento en 2010, sin que se culminaran las adecuaciones de los proyectos de ácido sulfúrico y modificación del circuito de cobre. Después de 2010, las actividades metalúrgicas del CMLO han sido intermitentes y parciales.

El impacto sobre el medio ambiente de La Oroya por la actividad minero-metalúrgica en el CMLO ha sido objeto de numerosos estudios. En 1970, se realizaron estudios sobre los efectos causados por las actividades de fundición y refinamiento que determinaron que la producción de dióxido de azufre estaba afectando la vegetación en un área estimada de 30 200 hectáreas. Los efectos ambientales de esa actividad eran producidos por la emanación de gases y partículas en suspensión, cuya acumulación afectaba el suelo y el agua en La Oroya y las zonas adyacentes. Asimismo, La Oroya está catalogada como una de las diez ciudades con más contaminación atmosférica del mundo. También se ha señalado que el 99 % de los contaminantes atmosféricos en La Oroya son producto de las actividades en el CMLO.

En lo que se refiere al alcance de los efectos de la contaminación en los habitantes de La Oroya, al menos desde 1999 se realizaron diversos estudios e informes que establecieron que las concentraciones contaminantes en el aire, el agua y el suelo superaban los lineamientos establecidos por la legislación nacional y por los estándares internacionales. La Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud señaló que las concentraciones contaminantes en el aire en La Oroya superaban los respectivos lineamientos de la calidad del aire. Además, indicó que la contaminación ambiental produjo la presencia de plomo en la sangre de la población, que superaba tres veces el límite establecido por la Organización Mundial de la Salud. Conclusiones similares fueron alcanzadas por otros estudios en 2003, 2005, 2007 y 2010.

Con motivo de los impactos ambientales y en la salud de los habitantes de La Oroya, en 2002 algunas víctimas presentaron ante el Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima una acción de cumplimiento contra el Ministerio de la Salud y la Dirección General de Salud Ambiental. En su demanda solicitaron la protección del derecho de la población de La Oroya a la salud y a un medio ambiente saludable. En mayo de 2006, el Tribunal Constitucional de Perú declaró parcialmente fundada la demanda de cumplimiento. Ordenó la adopción de medidas dirigidas a la implementación

de un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en La Oroya, la realización de acciones tendientes a la expedición de un diagnóstico de línea base y el desarrollo de programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona. La Comisión Interamericana dictó medidas cautelares en 2007 —ampliadas en 2016— con el objetivo de proteger la integridad personal y la vida de los habitantes de La Oroya.

Las víctimas del caso son 80 personas que se agrupan en 17 familias y 6 personas individuales, de los cuales 38 son mujeres y 42 hombres. Todas las víctimas han habitado en La Oroya en fechas posteriores a la instalación del CMLO en 1922, y 6 de ellas han fallecido. Además, algunas de estas víctimas alegaron actos de hostigamientos y amenazas por sus actividades en defensa del medio ambiente, las cuales no recibieron respuesta de las autoridades.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Perú por las violaciones a los derechos humanos de 80 habitantes de La Oroya. Sostuvo que las violaciones eran consecuencia de la contaminación del aire, el agua y el suelo producida por las actividades minero-metalúrgicas en el Complejo Metalúrgico de La Oroya, y por el incumplimiento del Estado de su deber de regulación y fiscalización. Estas acciones y omisiones habían vulnerado los derechos al medio ambiente sano, la salud, la vida y la integridad personal. En el mismo sentido, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había incumplido con su obligación de desarrollo progresivo respecto del derecho al medio ambiente sano como resultado de la modificación regresiva de los estándares de calidad del aire. Por lo tanto, consideró que el Estado era responsable por la violación de los derechos de la niñez como resultado de la ausencia de medidas adecuadas de protección, considerando el impacto diferenciado que la contaminación había tenido en los niños de La Oroya.

Además, la Corte Interamericana consideró que el Estado no había garantizado la participación pública de las víctimas, que tampoco habían recibido información suficiente sobre medidas que afectaron sus derechos. También entendió que el Estado había violado el derecho a la protección judicial, pues, transcurridos más de 17 años desde una decisión del Tribunal Constitucional para la protección de los habitantes de La Oroya, no había adoptado medidas efectivas para cumplir con la sentencia. Finalmente, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por no haber llevado a cabo investigaciones respecto de los alegados actos de hostigamientos, amenazas y represalias denunciados por algunas víctimas. Por lo anterior, la Corte Interamericana sostuvo que el Estado era responsable por la violación de los arts. 26, 5, 4.1, 8.1, 13, 19, 23 y 25 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento.

El Estado había presentado tres excepciones preliminares. La primera, en razón de la materia respecto de la aplicación del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en razón del tiempo respecto de la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de

San Salvador). La segunda, por falta de agotamiento de recursos internos. La Corte Interamericana reiteró su competencia material para conocer sobre violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana, incluso aquellos contenidos en el art. 26 de la Convención, y observó que no se había alegado la violación directa del Protocolo de San Salvador. En consecuencia, desestimó las excepciones preliminares en razón de la materia y en razón del tiempo. En lo que se refiere a la tercera excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos, la Corte Interamericana advirtió que el recurso intentado por las víctimas ante el Tribunal Constitucional era idóneo para la protección de los derechos a la salud y el medio ambiente, pero que la sentencia del 12 de mayo de 2006 no había sido cumplida en el momento en que la Comisión Interamericana había resuelto sobre la admisibilidad de la petición, por lo que no constituía un recurso efectivo. En consecuencia, desestimó las tres excepciones preliminares.

La Corte Interamericana analizó el fondo del caso en dos capítulos. En el primer capítulo, se refirió a la violación de los derechos al medio ambiente sano, la salud, la vida, la integridad personal, la niñez, el acceso a la información y la participación política, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En el segundo capítulo, analizó la violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, en relación con la obligación de respetar los derechos.

La Corte Interamericana recordó que, en el marco de las obligaciones generales del Estado, que se derivan del art. 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados tienen el deber de evitar las violaciones a los derechos humanos producidas por empresas públicas y privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir las violaciones, como también investigar, castigar y repararlas cuando ocurran. De esta forma, los Estados están obligados a reglamentar que las empresas adopten medidas dirigidas a respetar los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (incluidos la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador). En virtud de esta regulación, las empresas deben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar violaciones a derechos humanos y adoptar medidas dirigidas a subsanar esas violaciones. La Corte Interamericana consideró que la responsabilidad de las empresas era aplicable con independencia de su tamaño o del sector y que, sin embargo, sus responsabilidades pueden diferenciarse en la legislación en virtud de la actividad y el riesgo que conlleven para los derechos humanos.

En materia de protección del medio ambiente, la Corte Interamericana recordó que el derecho a un medio ambiente sano está protegido por el art. 26 de la Convención. Asimismo, señaló que el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal y es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. La Corte Interamericana advirtió que este derecho está comprendido por un conjunto de elementos procedimentales y sustantivos. De los primeros surgen obligaciones en materia de acceso a la información, participación política y acceso a la Justicia. Dentro de los segundos, agregó, se encuentran el aire, el agua, el alimento, el ecosistema, el clima, entre otros. Advirtió que la contaminación del aire y del agua puede constituir

una causa de efectos adversos para la existencia de un medio ambiente saludable y sostenible. Por esta razón, consideró que las personas gozan del derecho a que los niveles de contaminación del agua y el aire no constituyan un riesgo significativo al goce de sus derechos humanos. Además, advirtió que el principio de precaución en materia ambiental se relaciona con el deber de los Estados de preservar el medio ambiente para permitir a las generaciones futuras oportunidades de desarrollo y de viabilidad de la vida humana.

Sobre la base de lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que los Estados se encuentran obligados a utilizar todos los medios a su alcance a fin de evitar daños significativos al medio ambiente, en general, y al aire limpio y al agua, en particular. En ese sentido, destacó que la obligación de prevenir en materia ambiental impone al Estado el deber de regular, supervisar y fiscalizar las actividades que impliquen riesgos significativos al medio ambiente. Asimismo, recordó que el Estado tiene la obligación de prevenir la contaminación ambiental como parte de su deber de garantizar el derecho a la salud, la vida digna y la integridad personal, lo que a su vez conlleva el deber de proveer servicios de salud a personas afectadas por la contaminación, más aún cuando esto pueda impactar la integridad personal o la vida de las personas. En un sentido similar, la Corte Interamericana advirtió que la contaminación ambiental puede tener un impacto diferenciado en grupos en situación de vulnerabilidad, particularmente niños y niñas, por lo que el Estado está obligado a adoptar medidas especiales de protección del medio ambiente y la salud de la niñez, de conformidad con el principio del interés superior y de equidad intergeneracional. Además, la Corte Interamericana observó que el Estado estaba obligado a garantizar el acceso a la información de conformidad con el principio de transparencia activa en materia ambiental, para que las personas puedan ejercer sus derechos. Finalmente, la Corte Interamericana recordó el derecho de las personas a la participación efectiva en las decisiones de política pública que afectan al medio ambiente, como parte de su derecho a participar en la dirección de asuntos públicos.

En lo que se refiere al caso concreto, la Corte Interamericana señaló que no existía controversia respecto de la presencia de altos niveles de contaminación ambiental con plomo, cadmio, arsénico, dióxido de azufre y otros metales en el aire, el suelo y el agua; que la principal causa de contaminación ambiental era resultado de la actividad metalúrgica del CMLO, y que el Estado tenía conocimiento sobre esta contaminación y sus efectos en las personas. En razón de ello, el análisis del caso se realizó respecto del cumplimiento de las obligaciones del Estado en la protección de los derechos que pudieron haberse visto afectados por la contaminación ambiental, tanto en su dimensión individual como colectiva. En ese sentido, la Corte Interamericana consideró que el Estado había incumplido su deber de regulación previo a 1993 y, además, su deber de supervisión y fiscalización de las actividades del CMLO al otorgar prórrogas para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el PAMA de Doe Run. Asimismo, había incumplido su deber de prevención al otorgar las prórrogas, a pesar de la evidencia técnica acerca de la presencia de contaminantes en La Oroya. La Corte Interamericana señaló que la afectación al medio ambiente también había constituido una violación del derecho al medio ambiente sano durante el tiempo que el CMLO había estado bajo el manejo de Centromin.

En relación con lo anterior, la Corte Interamericana corroboró que la exposición al plomo, cadmio, arsénico y dióxido de azufre constituían un riesgo significativo para la salud humana, pues estos metales pueden depositarse en el cerebro, hígado, riñones, huesos, pulmones, ojos y piel y producir enfermedades graves. Asimismo, la Corte Interamericana constató que las 80 víctimas del caso presentaban enfermedades que resultaban coincidentes con aquellas generadas por la exposición a estos metales y que no habían recibido por parte del Estado la atención médica adecuada para el tratamiento. En un sentido similar, la Corte Interamericana entendió que la exposición a la contaminación ambiental había producido graves alteraciones en la calidad de vida de las víctimas y sufrimientos físicos y psicológicos que habían afectado su derecho a la vida digna y la integridad personal.

La Corte Interamericana advirtió, además, que esa exposición había tenido un impacto mayor en las mujeres y adultos mayores. Determinó que la exposición a la contaminación ambiental de las víctimas durante la niñez había tenido un impacto diferenciado debido a su condición de vulnerabilidad y que el Estado no había adoptado medidas especiales de protección. Por lo tanto, señaló que el Estado había incumplido con su deber de protección especial de la niñez.

Por otra parte, determinó que el Estado tenía una obligación positiva de proveer información completa y comprensible respecto de la contaminación ambiental a la que las víctimas se encontraban expuestas como consecuencia de las actividades del CMLO, de conformidad con el deber de transparencia activa. La corte encontró que no se habían tomado medidas de información antes de 2003 y que las acciones posteriores para informar habían sido insuficientes. De tal manera, estableció que esta omisión había constituido un incumplimiento del deber estatal de transparencia activa, lo que, además, había puesto en riesgo el ejercicio de otros derechos como la salud, la integridad personal, la vida y la participación política. En un sentido similar, concluyó que el Estado no había demostrado la existencia de espacios de participación efectiva en la toma de decisiones en materia ambiental. Señaló que la posibilidad de participación resultaba especialmente relevante ante aquellas decisiones que podían modificar los plazos para el cumplimiento de las obligaciones medioambientales de Doe Run, lo que había constituido una violación del derecho a la participación política.

En razón de lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que el Estado de Perú era responsable por la violación de los derechos al medio ambiente sano, la salud, la integridad personal, la vida, el acceso a la información y la participación política, establecidos en los arts. 26, 5, 4.1, 13 y 23 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las 80 víctimas. Además, que era responsable por la violación de los derechos de la niñez en relación con el derecho al medio ambiente sano, la salud, la integridad personal y la vida, establecido en el art. 19 de la Convención Americana, en relación con los arts. 26, 4.1, 5 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de 57 víctimas. También sostuvo que era responsable por la violación del derecho a la vida, establecido en el art. 4.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de dos víctimas, y por la violación de la obligación de

desarrollo progresivo, en términos del art. 26 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 y 2 del mismo instrumento.

Por otra parte, concluyó que Perú había vulnerado su deber de garantizar el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de mayo de 2006, en violación del art. 25.2.c de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las 80 víctimas del caso. Las acciones estatales para proteger el medio ambiente y la salud habían sido insuficientes para cumplir con la sentencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, la Corte Interamericana consideró que el Estado no había brindado respuesta a las denuncias formuladas por las víctimas contra actos de hostigamiento y amenazas. En tal sentido, concluyó que, dado que estas denuncias se relacionaban con actos de hostigamiento hacia las personas defensoras del ambiente en La Oroya, el Estado había incumplido con su deber de investigar con debida diligencia los hechos denunciados. En consecuencia, estableció que el Estado era responsable por la violación de los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

La Corte Interamericana consideró como parte lesionada a las 80 víctimas y señaló que, por la naturaleza del caso, las violaciones a los derechos humanos habían tenido un alcance colectivo, lo cual fue tomado en cuenta en algunas de las medidas de reparación ordenadas. Sobre esta base, determinó la obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y sancionar a los responsables de los actos de hostigamiento contra los defensores del medio ambiente, y respecto de las faltas administrativas y delitos en contra del medio ambiente por la contaminación producida por el CMLO. También dispuso realizar un diagnóstico de línea base para determinar el estado de la contaminación del aire, agua y suelo en La Oroya, que debe incluir un plan de reparación para daños ambientales. Además, ordenó brindar atención médica gratuita a las víctimas de violaciones a sus derechos a la salud, la vida y la integridad personal.

Por otro lado, la Corte Interamericana ordenó publicar la sentencia en su integridad en los sitios web oficiales del Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Medio Ambiente. Asimismo, como garantías de no repetición, dispuso compatibilizar la normativa que define los estándares de calidad del aire de forma tal que los valores máximos permisibles en el aire para plomo, dióxido de azufre, cadmio, arsénico, material particulado y mercurio no sobrepasen los máximos necesarios para la protección del medio ambiente y salud de las personas. Además, requirió garantizar la efectividad del sistema de estados de alerta en La Oroya y desarrollar un sistema de monitoreo de la calidad de aire, suelo y agua. Del mismo modo, exigió que los habitantes de La Oroya que sufran síntomas y enfermedades relacionadas con la exposición a contaminantes contaran con una atención médica especializada a través de instituciones públicas, con acceso a personal de salud que incluya el tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico, para lo que el Estado deberá crear un fondo de asistencia. En el mismo sentido, ordenó ejecutar medidas para garantizar que las operaciones del CMLO sean acordes con los estándares ambientales internacionales e implementar un plan de recuperación integral del ecosistema altoandino de La Oroya. También dispuso el desarrollo de

un programa de capacitación permanente en materia ambiental para funcionarios judiciales y administrativos y el diseño de un sistema de información que contenga datos sobre la calidad del aire y agua en las zonas del Perú donde exista mayor actividad minero-metalúrgica.

Por último, en cuanto a indemnizaciones compensatorias, ordenó al Estado pagar la cantidad fijada en la sentencia por los conceptos relativos al daño material e inmaterial, el reintegro de costas y gastos y el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que supervisaría el cumplimiento íntegro de la sentencia y daría por concluido el caso una vez que el Estado hubiera cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Habitantes de La Oroya vs. Perú", sentencia del 27-11-2023, en https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/serie-c/sentencia/980571899

Responsabilidad internacional del Estado. **Derecho al trabajo. Derecho a la estabilidad laboral. Derecho al debido proceso. Derecho a un juicio justo y a las garantías judiciales. Derechos políticos.** (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Perú).

Antecedentes del caso: en abril de 1992, el entonces presidente de Perú disolvió temporalmente el Congreso de la República, luego de que se dictaran medidas orientadas a evaluar a los trabajadores y a seleccionar una nueva planta de empleados. Se emitieron dos resoluciones administrativas por las que se cesanteó a un grupo de 184 trabajadores del Congreso y se aprobaron normas que prohibían a los trabajadores cesanteados interponer una acción de amparo para impugnar sus desvinculaciones.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de la República de Perú por la violación de los derechos contenidos en los arts. 8.1, 23.1.c, 25.1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, consagrada en el art. 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de 184 trabajadores cesanteados del Congreso de la República en el año 1992.

En primer lugar, la corte desestimó las cinco excepciones preliminares interpuestas por el Estado sobre la solicitud de control de legalidad del procedimiento seguido ante la Comisión, la falta de agotamiento de los recursos internos, la falta

de competencia de la Corte Interamericana para actuar como cuarta instancia, la improcedencia de la denuncia por falta de objeto y, por último, la falta de competencia de la Corte Interamericana respecto de las alegadas violaciones del art. 26 de la Convención. Además, el Estado había manifestado una serie de consideraciones sobre el número de víctimas y sobre la inclusión indebida de familiares en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Al respecto, la corte determinó que el universo de víctimas del caso estaba conformado por 184 personas y que no estaba integrado por familiares de los trabajadores cesanteados.

Sobre el fondo, la corte estableció, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial, que las víctimas habían visto vulnerados sus derechos a ser oídos con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez competente, independiente e imparcial y a contar con un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes. En la sentencia se resolvió, *inter alia*, que las víctimas se habían enfrentado a un contexto generalizado de ineficacia de las instituciones judiciales, de ausencia de garantías de independencia e imparcialidad y de falta de claridad sobre la vía a la cual acudir frente a los ceses colectivos. Respecto del grupo de 20 víctimas que había interpuesto la acción de amparo pese a la prohibición, la Corte Interamericana encontró que, aunque el recurso había sido formalmente admitido, no había sido efectivo, pues los jueces a cargo no habían analizado el fondo de los alegatos. Además, observó que el proceso había superado cualquier plazo que pudiera ser considerado razonable. En consecuencia, declaró la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

En cuanto al derecho al trabajo, la Corte Interamericana recordó que el derecho a la estabilidad laboral, como componente del derecho al trabajo, no consiste en un derecho a la permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino que debe garantizárselo debidamente al trabajador, a fin de que el despido o separación del cargo ocurra bajo causas justificadas. Ello implica que el empleador acredite razones suficientes y otorgue las debidas garantías, y que el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, que deberán verificar que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho. Conforme a lo anterior, la Corte Interamericana encontró que el Estado había procedido de manera arbitraria al declarar el cese en el empleo de los extrabajadores del Congreso identificados en la sentencia, porque habían sido cesanteados sin que se hubieran acreditado razones justificadas y porque se les había prohibido acceder a la acción de amparo, lo que había constituido una violación del derecho a la estabilidad laboral. Por lo tanto, la corte declaró la violación del art. 26 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo tratado.

Respecto de los derechos políticos, la Corte Interamericana señaló que las garantías contenidas en el art. 23.1.c de la Convención son aplicables a todos quienes ejerzan funciones públicas. En ese sentido, por aplicación del principio *iura novit curia*, encontró que la desvinculación del empleo de las personas identificadas en la sentencia había afectado de forma arbitraria la permanencia en sus cargos. En consecuencia, entendió que el Estado había vulnerado los derechos políticos de los trabajadores, en particular el derecho a permanecer en el cargo en condiciones

de igualdad. Por lo tanto, declaró la violación del art. 23.1.c de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo tratado.

La Corte Interamericana reconoció y valoró los esfuerzos implementados por el Estado en materia de reparación de los trabajadores cesanteados irregularmente en la década de los noventa. Consideró que el mecanismo de reparación interno, así como los beneficios que ya habían sido otorgados a los trabajadores cesanteados, podían ser tomados en cuenta en lo que concierne a la obligación de reparar integralmente. Además, indicó que su sentencia constituye en sí misma una forma de reparación y ordenó medidas integrales; en primer lugar, publicar el resumen oficial de la sentencia en el diario oficial y en un medio de comunicación de amplia circulación nacional y el texto íntegro de la sentencia en el sitio web del Congreso de la República; en segundo lugar, proceder a la inclusión de todas las víctimas declaradas en la sentencia en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados y adoptar las acciones necesarias para que quienes no lo hubieran hecho accedan a una de las alternativas de reparación dispuestas por el Estado a fin de reivindicar sus derechos, y pagar, por último, las cantidades fijadas en la sentencia en concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como por el concepto de costas y gastos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que supervisaría el cumplimiento íntegro de la sentencia y daría por concluido el caso una vez que el Estado hubiera cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Benites Cabrera y Otros vs. Perú", sentencia del 4-10-2022, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_465_esp.pdf

Responsabilidad internacional del Estado. Derecho al trabajo. Estabilidad laboral. Derecho a las garantías judiciales. Derecho de defensa. Derecho a la protección judicial. Debido proceso. Destitución de un funcionario público. (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Ecuador).

Antecedentes del caso: Víctor Henry Mina Cuero prestó sus servicios en la Policía Nacional del Ecuador entre abril de 1993 y octubre del 2000. En septiembre de ese año, agentes del Comando Provincial Esmeraldas n.° 14 de la Policía Nacional emitieron un parte policial en el que informaban a la autoridad superior sobre un hecho violento en el que Mina Cuero estaba supuestamente involucrado. Según el parte, la policía recibió una denuncia telefónica de que Mina Cuero maltrataba física y verbalmente a su expareja. Cuando los agentes llegaron al lugar, Mina Cuero los insultó y los llamó "policías broncos".

El 17 de octubre del 2000, el comandante del Primer Distrito de la Policía Nacional dispuso la conformación de un tribunal de disciplina que examinaría los hechos imputados a Mina Cuero y resolvió que la audiencia correspondiente se llevara a cabo el 25 de octubre.

Ese mismo día, al finalizar la audiencia, el tribunal de disciplina dictó su resolución y destituyó a Mina Cuero. Consideró que había cometido una falta disciplinaria y aplicó tres circunstancias agravantes establecidas en el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional.

Ante esta decisión, Mina Cuero interpuso un recurso de amparo, una demanda de inconstitucionalidad y una acción de protección. Dado que todas estas acciones judiciales fueron desestimadas, el 11 de marzo de 2002 Mina Cuero presentó la petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por la violación de los derechos al trabajo, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de Mina Cuero. En consecuencia, resolvió que Ecuador había vulnerado los arts. 8.1, 8.2, 8.2 b, 8.2 c, 8.2 h, 23.1 c, 25.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts. 1.1 y 2, respectivamente, del mismo instrumento.

En cuanto al derecho a las garantías judiciales, la Corte Interamericana advirtió que no constaba en las actuaciones una notificación escrita que hubiera comunicado a la víctima los motivos específicos por los que se iniciaba el procedimiento administrativo en su contra ni su eventual configuración legal, es decir, las causales normativas de una posible falta disciplinaria. En consecuencia, la falta de una notificación había impedido a la víctima ejercer su derecho de defensa, en tanto desconocía los hechos específicos frente a los cuales debía formular su estrategia defensiva.

En lo que concierne al derecho a recurrir el fallo, la Corte Interamericana entendió que existía una confusión en el ordenamiento normativo vigente en la época de los hechos. Mientras el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional excluía la posibilidad de reclamar contra las sanciones impuestas por el tribunal de disciplina, la Ley de Personal de la Policía Nacional, a su vez, preveía la apelación como vía para impugnar las decisiones. Esa confusión normativa, no aclarada por el Estado, había determinado, en este caso concreto, la vulneración del art. 8.2 h de la Convención Americana, en relación con el art. 2 del mismo instrumento.

La Corte Interamericana también consideró que la resolución del tribunal de disciplina no contenía una motivación suficiente que permitiera acreditar las infracciones cometidas, pues no se habían desarrollado argumentos para encuadrar los hechos imputados dentro de los supuestos de la normativa aplicada. Sumado a ello, la resolución tampoco había justificado la aplicación de las tres circunstancias agravantes.

Además, la Corte Interamericana sostuvo que la desvinculación de Mina Cuero no había respetado las garantías del debido proceso, lo que había perjudicado de forma arbitraria sus posibilidades de permanecer en el cargo de policía. En

consecuencia, el Estado había afectado indebidamente el derecho de la víctima a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad.

Respecto del derecho a la protección judicial, la Corte Interamericana observó que la víctima había promovido en tres oportunidades acciones judiciales con el fin de impugnar la sanción de destitución. Así, la lectura de las resoluciones emitidas a partir de los recursos judiciales permitió advertir que los distintos órganos jurisdiccionales no habían realizado un examen adecuado del asunto para responder, con una motivación suficiente, la pretensión del interesado.

La Corte Interamericana concluyó que la separación arbitraria de Mina Cuero de su cargo de policía y la falta de acceso a la Justicia y a la tutela judicial efectiva habían implicado también una vulneración de su estabilidad laboral, que forma parte de su derecho al trabajo.

En cuanto a las reparaciones, la Corte Interamericana estableció que su sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación. Ordenó también que el Estado debía pagar a Mina Cuero una indemnización ante la imposibilidad de reincorporarlo al cargo del que había sido destituido. Además, dispuso que el Estado debía publicar el resumen oficial de la sentencia en el diario oficial y en un diario de amplia circulación nacional, como también la sentencia íntegra en un sitio web oficial. Por último, estableció que el Estado debía pagar las cantidades fijadas en la sentencia en concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales.

La Corte Interamericana sostuvo que supervisaría el cumplimiento íntegro de la sentencia y consideraría concluido el caso una vez que el Estado hubiera cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Mina Cuero vs. Ecuador", sentencia del 7-9-2022, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_464_esp.pdf



Responsabilidad internacional del Estado. **Desapariciones forzadas. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, de la vida, la integridad personal, la libertad personal, de pensamiento y expresión y de la libertad de asociación. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial.** Derecho a la protección de la familia. Derechos de la niñez. Derecho a conocer la verdad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos–El Salvador).

Antecedentes del caso: Patricia Emilie Cuéllar Sandoval, ciudadana estadounidense y salvadoreña, estudió sociología en la Universidad Centroamericana

José Simeón Cañas y, desde 1975, colaboró con movimientos cristianos de la Iglesia católica. Entre 1979 y 1980, se desempeñó como secretaria de la Oficina del Socorro Jurídico del Arzobispado de El Salvador. Desde sus comienzos en esa función fue objeto de persecución por parte de agentes estatales. Entre agosto y septiembre de 1978, aproximadamente 50 agentes de la Policía Nacional vestidos de civil y armados allanaron su casa, registraron las habitaciones, la interrogaron y le tomaron fotografías.

El 5 de julio de 1980, cuerpos de seguridad y las Fuerzas Armadas allanaron la Oficina del Socorro Jurídico y calificaron a los miembros de esa oficina como "subversivos". Estos hechos hicieron que Cuéllar Sandoval renunciara a su cargo. El 18 de marzo de 1981, miembros del ejército allanaron y registraron su casa. El 27 de julio de 1982, un día antes de su desaparición, Cuéllar Sandoval acudió a la Oficina del Socorro Jurídico para denunciar la persecución por agentes de seguridad vestidos de civil mientras se desplazaba en su vehículo por las calles de San Salvador.

El 28 de julio de 1982, Cuéllar Sandoval salió de su casa junto con sus tres hijos pequeños, a quienes dejó en la guardería de donde normalmente los recogía a las 17:30. Aproximadamente a las 19:30, avisaron por llamada telefónica a María Consuelo Cuéllar Cuéllar que su sobrina no había pasado a recoger a los niños por la guardería. Acto seguido, María Consuelo llamó a su hermano, Mauricio Cuéllar Cuéllar, quien recogió a sus nietos en la guardería y los llevó a casa de su hermana. A las 21:15, Cuéllar Cuéllar se retiró del lugar y se dirigió a su casa. Aproximadamente a las 23:00 del mismo día, cuando estaba vigente un toque de queda en el país, soldados armados con uniformes militares ingresaron en la casa de Cuéllar Sandoval y retiraron todos los muebles y objetos. Entre las últimas horas de ese día y la madrugada del siguiente, Mauricio Cuéllar Cuéllar y Julia Orbelina Pérez —que se desempeñaba como empleada doméstica— fueron secuestrados del domicilio del hombre. Hasta la fecha se desconoce su paradero.

El 31 de julio de 1982, Francisco Alfredo Álvarez Solís presentó una solicitud de *habeas corpus* a favor de su exesposa, Patricia Emilie Cuéllar Sandoval, así como de Mauricio Cuéllar Cuéllar y de Julia Orbelina Pérez. El juez ejecutor ordenó una serie de diligencias de exhibición personal. El 23 de noviembre del mismo año, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió archivar el expediente "en vista del resultado negativo" de las actuaciones del juez ejecutor.

El 22 de enero de 1983, Teresa Pérez de Ramos interpuso una solicitud de *habeas corpus* a favor de su hermana, Julia Orbelina Pérez. El juez ejecutor ordenó una serie de diligencias de exhibición provisional. El 14 de marzo de ese año, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la vista del resultado negativo de las diligencias, resolvió también archivar el expediente.

El 30 de julio de 1982, se inició la investigación del secuestro de Mauricio Cuéllar Cuéllar. En ese año, se realizaron diversas diligencias consistentes en interrogatorios e inspecciones. El 17 de diciembre de 1983, el Juzgado Cuarto de lo Penal archivó el caso. El 20 de febrero de 2018, esto es, 34 años después de la última actuación judicial, la fiscalía solicitó el "desarchivo" e "impulso" de la causa, como resultado de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía para la Consolidación

de la Paz. Dos días después, el Juzgado Cuarto de Instrucción ordenó que remitieran el expediente de la causa a autoridades fiscales para que condujeran las pesquisas. El 8 de octubre de 2021, el proceso penal se encontraba en fase de instrucción. El 8 de diciembre de ese mismo año, el Juzgado Cuarto de Instrucción previno a los fiscales a cargo de la causa que informaran sobre las diligencias adelantadas.

Además, en 2003, el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas presentó una denuncia ante la Fiscalía General de la República por la desaparición de las víctimas. En 2015, la causa fue archivada por la Fiscalía General y, luego, remitida a la Unidad Fiscal Especializada Antipandillas y Delito de Homicidio. Desde 2017, la causa se encuentra bajo conocimiento de la Unidad Fiscal de Delitos Cometidos en el Conflicto Armado Interno. El 13 de diciembre de 2021, la fiscalía informó al Juzgado Cuarto de Instrucción que se había solicitado un informe sobre la desaparición forzada a la Comisión de Búsqueda de Personas Adultas Desaparecidas en el Contexto del Conflicto Armado en El Salvador. La comisión informó que el caso seguía en estado de investigación.

En paralelo, el 27 de octubre de 2004, José Alberto Burgos Viale, integrante del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, presentó la petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de El Salvador por las desapariciones forzadas de Patricia Emilie Cuéllar Sandoval, Mauricio Cuéllar Cuéllar y Julia Orbelina Pérez. Declaró al Estado responsable por la violación de los derechos reconocidos en los arts. 3, 4.1, 5.1, 5.2, 7, 13.1, 16, 17 y 19 de la Convención Americana en relación con lo dispuesto en el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Cuéllar Sandoval, Cuéllar Cuéllar y Pérez.

De manera preliminar, la corte recordó el carácter pluriofensivo de la desaparición forzada, así como su naturaleza permanente o continuada, que comienza con la privación de la libertad de la persona y la falta de información sobre su destino y se prolonga hasta tanto no se conozca su paradero o se identifiquen con certeza sus restos. Asimismo, consideró que existían fuertes indicios que apuntaban a que la desaparición de Cuéllar Sandoval había tenido relación con su actividad como defensora de los derechos humanos. En efecto, advirtió que el actuar ilícito de las autoridades estatales y los múltiples hechos de coacción perpetrados contra Cuéllar Sandoval desde que había comenzado a trabajar en la Oficina del Socorro Jurídico tenían como objetivo silenciar su labor. Concluyó que la dinámica de ataques y amenazas dirigidos contra Cuéllar Sandoval había supuesto una vulneración del derecho a la libertad de expresión amparado por el art. 13 de la Convención Americana. También sostuvo que los hechos del caso habían provocado una particular afectación a la libertad de asociación, amparada por el art. 16.1 de la Convención Americana, en tanto derecho a conformar y participar sin presiones o intromisiones en una organización como el Socorro Jurídico Cristiano.

El Estado había reconocido que durante años había existido una inactividad en los procesos de investigación sobre los hechos y la corte, por su parte, observó

que, en los primeros meses tras la desaparición de las víctimas, se había iniciado una investigación penal por secuestro en la que las únicas diligencias habían consistido en la realización de una serie de entrevistas. La corte advirtió que el caso había permanecido archivado durante 34 años hasta que, en febrero de 2018, se había reactivado tras la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía. Por otro lado, en 2003 se había iniciado una investigación penal por desaparición forzada a raíz de una denuncia interpuesta por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

La corte recordó que toda persona, incluidos los familiares de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, tiene derecho a conocer la verdad. El derecho a la verdad incluye también el derecho a ser informado de las diligencias practicadas y de los resultados obtenidos. La corte destacó que, en este caso, transcurridos más de 41 años desde la desaparición forzada de las víctimas, persistía una impunidad total y se desconocía el paradero de las víctimas o la identidad de los posibles perpetradores de esta grave violación de los derechos humanos.

La corte consideró que, en delitos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno. En este caso, estimó que los familiares habían padecido incertidumbre, sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad física y psíquica debido a la desaparición forzada de sus seres queridos. Además, observó que los sucesos habían tenido un gran impacto en la vida de los tres hijos de Patricia Emilie Cuéllar Sandoval.

En cuanto a las reparaciones, la Corte Interamericana estableció que su sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación. Además, ordenó al Estado, en los plazos fijados en la sentencia, continuar las investigaciones penales en curso por los delitos de desaparición forzada y tortura, así como las acciones de búsqueda de Cuéllar Sandoval, Cuéllar Cuéllar y Pérez; brindar tratamiento psicológico y/o psiquiátrico para Ana Gladis Pérez de Castro, hija de Julia Orbelina Pérez; publicar el resumen oficial de la sentencia en el diario oficial y en un medio de comunicación de amplia circulación nacional; publicar la sentencia en un sitio web oficial del Gobierno; realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y efectuar las modificaciones necesarias al monumento a la Memoria y la Verdad, de común acuerdo con los familiares de las víctimas. Asimismo, la corte dispuso que el Estado debía crear e implementar un plan de capacitación y sensibilización a fuerzas de seguridad y operadores judiciales para garantizar que toda investigación y eventual judicialización de casos de desaparición forzada de mujeres se realizara con perspectiva de género y un enfoque interseccional; incorporar al currículo del Sistema Educativo Nacional, en los niveles educativos medio y superior, un programa de educación permanente sobre las graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y delitos contra la humanidad cometidos por ambos bandos antes y durante el conflicto armado, y la normativa internacional en derechos humanos y la jurisprudencia de la corte al respecto. Por último, ordenó al Estado pagar las cantidades fijadas en la sentencia en concepto de rehabilitación, daño material e inmaterial, así como por el reintegro de costas y gastos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Cuéllar Sandoval y otros vs. El Salvador", sentencia del 18-3-2024, en https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/serie-c/sentencia/1034838366



Responsabilidad internacional del Estado. **Restitución internacional de niños y niñas. Derecho a la familia. Derecho a la integridad personal. Derecho a la vida privada y familiar.** Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Incumplimiento de la orden de restitución internacional. Principios de celeridad y diligencia excepcional y obligación de localización de menores trasladados ilícitamente. (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Paraguay).

Antecedentes del caso: Arnaldo Javier Córdoba, de nacionalidad argentina, y M., de nacionalidad paraguaya, habían establecido su domicilio conyugal en Argentina. El 26 de febrero de 2004, en Buenos Aires, nació D., único hijo del matrimonio. En enero de 2006, cuando el niño tenía 1 año y 11 meses, M. lo trasladó desde Buenos Aires hasta Atyrá, Paraguay, sin el consentimiento del padre.

En enero de 2006, Córdoba denunció el traslado ilícito de su hijo, con lo que inició un proceso orientado a la restitución internacional del niño. M. se opuso a la restitución y presentó distintos recursos, pero ninguno prosperó. En consecuencia, en septiembre de 2008, se convocó a una audiencia de restitución, a la que M. no compareció.

En mayo de 2015, luego del ofrecimiento de una recompensa por parte del Estado argentino, la INTERPOL localizó a D. y a su madre en Paraguay. M. fue detenida de manera preventiva y D. manifestó ante las autoridades competentes que quería permanecer en Paraguay. Posteriormente, se adelantaron diligencias orientadas a la revinculación entre padre e hijo, en las que el hijo manifestó falta de interés.

En mayo de 2019, en atención a los hechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares. En el marco del expediente de medidas cautelares, el Estado presentó varias propuestas de revinculación entre padre e hijo que no se materializaron.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable a la República de Paraguay por la violación de los derechos a la integridad personal, la vida privada y familiar, la familia y el cumplimiento de las decisiones judiciales, reconocidos en los art. 5.1, 11.2, 17 y 25.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los arts.1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Arnaldo Javier Córdoba.

La Corte Interamericana analizó las alegadas violaciones a la Convención Americana a la luz del marco normativo sobre restitución internacional de niños y niñas. Sostuvo que los procedimientos administrativos y judiciales que involucran la protección de los derechos de la niñez, particularmente aquellos relacionados con la adopción, guarda y custodia en la primera infancia, deben ser tramitados con diligencia y celeridad excepcionales, para que la situación de incertidumbre se mantenga por el menor tiempo posible y genere el menor impacto en la integridad física, psíquica y emocional del niño o la niña y de su núcleo familiar —sin perjuicio de que el proceso se extienda lo suficiente para garantizar que el niño o la niña sea adecuadamente oído y su interés superior, garantizado—. De conformidad con lo anterior, consideró que la falta de diligencia y celeridad excepcional en el cumplimiento de la orden de restitución y en la adopción de medidas orientadas a construir un vínculo entre padre e hijo había facilitado la consolidación de una situación ilícita en perjuicio de Córdoba, en violación de lo dispuesto por el art. 25.2.c de la Convención Americana, referido al cumplimiento de las decisiones judiciales.

Además, determinó que había habido una injerencia arbitraria del Estado paraguayo en la vida privada y familiar de Córdoba y una violación de su derecho a la familia, debido a que no se habían adoptado las medidas necesarias para ubicar el paradero de M. y de su hijo luego de que no hubieran asistido a la audiencia de restitución, ni tampoco para facilitar el proceso de construcción de un vínculo entre Córdoba y su hijo una vez descubierto su paradero. Al respecto, la Corte Interamericana especificó que el proceso de revinculación no había considerado los impactos del tiempo transcurrido en la relación entre padre e hijo ni incorporado las medidas necesarias para enfrentar esta situación de forma adecuada, en particular, no había establecido medidas a corto y largo plazo orientadas a favorecer un acercamiento progresivo entre Córdoba y su hijo. Asimismo, indicó que la separación injustificada de su hijo había sumido a Córdoba en un estado de angustia permanente, que supuso la violación de su derecho a la integridad personal.

Por último, consideró que, en el momento en que habían ocurrido los hechos, Paraguay no había adoptado las medidas necesarias para la adecuada implementación de los tratados relativos a la restitución internacional de niños y niñas en el orden interno en particular, en lo relacionado con los principios de celeridad y diligencia excepcional y la obligación de localización de los niños y niñas trasladados ilícitamente. Por esa razón, estimó que Paraguay no había cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

En consecuencia, declaró la violación de los arts. 5, 11.2, 17 y 25.2.c de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1 y 2 del mismo Tratado, en perjuicio de Córdoba.

La Corte Interamericana estableció que su sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación. Además, ordenó las siguientes medidas de reparación integral: 1. pagar a Arnaldo Javier Córdoba una suma para cubrir el tratamiento psicológico y/o psiquiátrico que pudiera necesitar por los daños ocasionados como consecuencia del traslado ilícito de su hijo y el incumplimiento a la orden de restitución internacional; 2. publicar el resumen oficial de la sentencia en el

diario oficial y en un medio de comunicación de amplia circulación nacional y publicar la sentencia en su integridad en los sitios web del Ministerio de la Niñez y Adolescencia de Paraguay y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, como también dar publicidad a la sentencia en las redes sociales del Ministerio de la Niñez y Adolescencia y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay; 3. adecuar su ordenamiento jurídico interno, mediante la aprobación de un proyecto de ley que incorpore lo preceptuado por tratados internacionales y los estándares establecidos en la sentencia; 4. establecer una base de datos que permita cruzar información sobre niños y niñas involucrados en procesos de restitución internacional que contenga la información de todos los sistemas públicos de registro de personas, como los sistemas de seguridad social, educación, salud y centros de acogida, entre otros; 5. crear una red de comunicación sobre niños y niñas involucrados en procesos de restitución internacional que permita procesar los registros de niños y niñas cuyo paradero se desconoce y el envío de alertas sobre la búsqueda de niños y niñas a las instituciones involucradas en su atención; 6. acreditar capacitaciones dirigidas a operadores de Justicia involucrados en los procesos de restitución internacional de niños y niñas, y a funcionarios del Ministerio de la Niñez y la Adolescencia, referidas a la sustracción internacional de niños y niñas y al relacionamiento con sus padres, así como especificar a qué funcionarios fueron dirigidas dichas capacitaciones, el número de personas que efectivamente participó y si se trata de un programa de capacitación permanente; 7. por último, pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como por costas y gastos, y el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

Los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch dieron a conocer su voto conjunto concurrente. El Juez Humberto A. Sierra Porto y las Juezas Nancy Hernández López y Patricia Pérez Goldberg dieron a conocer su voto conjunto parcialmente disidente.

La Corte Interamericana sostuvo que supervisaría el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y daría por concluido el caso una vez que el Estado hubiera dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Córdoba vs. Paraguay", sentencia del 4-9-2023, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_505_esp.pdf

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Derecho penal internacional. Derecho a la protección frente a actos de genocidio. Conflicto entre Israel y Palestina. Población civil de la Franja de Gaza. Convención sobre el Genocidio. Derecho internacional humanitario. Derecho de un Estado parte para solicitar a otro Estado parte el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Convención. Pertinencia de las medidas solicitadas en relación con los derechos reivindicados. **Distinción entre el delito de genocidio y las violaciones del derecho internacional humanitario.** (Corte Internacional de Justicia).

Antecedentes del caso: el 29 de diciembre de 2023, la República de Sudáfrica inició un proceso contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia sobre presuntas violaciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención sobre el Genocidio) por parte del Estado israelí en la Franja de Gaza. Con carácter de urgencia, y a la espera de que la corte se pronunciara sobre el fondo, Sudáfrica solicitó que se ordenara el cumplimiento de una serie de medidas provisionales en relación con el pueblo palestino en tanto grupo protegido por la Convención.

En particular, solicitó: 1. la suspensión inmediata de las operaciones militares en Gaza y contra Gaza; 2. la restricción total de cualquier promoción de operaciones militares; 3. la adopción de todas las medidas razonables al alcance para prevenir el genocidio del pueblo palestino; 4. el cese de los actos comprendidos en el art. II de la Convención sobre el Genocidio —la matanza y el daño físico y psicológico grave de los miembros del grupo, la imposición deliberada de condiciones de vida que pudieran acarrear su destrucción física y la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos entre los miembros del grupo—; 5. la promoción de medidas para impedir las expulsiones y/o desplazamientos forzosos, así como las privaciones de acceso a alimentos, agua, asistencia humanitaria, suministros y asistencia médica y la destrucción en general de la vida de los palestinos en Gaza; 6. la garantía de que toda organización o persona sujeta al control, dirección o influencia del Estado israelí se abstendrá de participar en actos de incitación, conspiración, complicidad y tentativa de genocidio y que, de lo contrario, se adoptarán las sanciones pertinentes de conformidad con los arts. I, II, III y IV de la Convención; 7. la garantía de que se conservarán las pruebas relacionadas con los actos comprendidos en el art. II de la Convención y de que no se denegará ni restringirá el acceso de las comisiones de investigación; 8. la presentación de un informe de las medidas adoptadas para dar efecto a la orden de la corte en el plazo de una semana a partir de la fecha de su emisión y, en lo sucesivo, con la regularidad que la corte ordene, hasta que se

dicte una resolución definitiva; 9. la abstención de promover cualquier acción que extienda o entorpezca la resolución de la controversia ante la corte.

Sentencia: la Corte Internacional de Justicia resolvió que el Estado de Israel, en virtud de la Convención sobre el Genocidio, y en relación con la población palestina de Gaza, debe: tomar todas las medidas a su alcance para impedir la comisión de los actos comprendidos en el art. II de la Convención; garantizar que sus militares no cometan ninguno de los actos descritos en ese artículo; tomar todas las medidas a su alcance para prevenir y castigar la incitación directa y pública al genocidio; adoptar medidas inmediatas y eficaces para permitir la prestación de los servicios básicos y la asistencia humanitaria; adoptar medidas eficaces para impedir la destrucción y garantizar la conservación de las pruebas relacionadas con las acusaciones de actos de genocidio, y presentar un informe a la corte sobre todas las medidas adoptadas para dar efecto a la orden.

En primer lugar, la corte se refirió al contexto en el que se había planteado la solicitud. Recordó que el 7 de octubre de 2023 Hamas y otros grupos armados presentes en la Franja de Gaza habían llevado a cabo un ataque en Israel en el que habían sido asesinadas unas 1200 personas, miles habían resultado heridas y otras 240, secuestradas, mientras que muchas todavía están retenidas como rehenes. Indicó que, tras el ataque, Israel había lanzado en Gaza una operación militar a gran escala, por tierra, mar y aire, con un gran número de víctimas civiles, una amplia destrucción de infraestructura civil y el desplazamiento de la inmensa mayoría de la población. La corte reconoció la magnitud de la tragedia humanitaria que representa el conflicto y manifestó su profunda preocupación por la constante pérdida de vidas y por el sufrimiento de las víctimas.

En las observaciones preliminares sobre su propia jurisdicción para entender del caso, la corte señaló que Sudáfrica pretendía fundar tal competencia en el art. 36.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y en el art. IX de la Convención sobre el Genocidio. Por lo tanto, indicó que debía determinarse si tales disposiciones le conferían *prima facie* competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto y —en caso de que se cumplieran los demás requisitos necesarios— dictar medidas provisionales.

Observó que Sudáfrica e Israel eran Estados parte en la Convención sobre el Genocidio y que ninguno había formulado reservas al art. IX ni a ninguna otra disposición de la Convención. Recordó que el art. IX de la Convención sobre el Genocidio supedita la competencia de la corte a la existencia de una controversia relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención. Dado que Sudáfrica había invocado como fundamento de la competencia de la corte la cláusula compromisoria de la Convención, la corte debió comprobar, también, si los actos y omisiones denunciados por el demandante podían estar comprendidos en el ámbito de aplicación de esa Convención *ratione materiae.*

La corte señaló que Sudáfrica había expresado públicamente en diversos contextos multilaterales y bilaterales su opinión de que, a la luz de la naturaleza, el alcance y la extensión de las operaciones militares de Israel en Gaza, las acciones

del Estado israelí suponían una vulneración de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio. Además, observó que, por su parte, Israel había rechazado toda acusación de genocidio en el contexto del conflicto en un documento publicado por el Ministerio de Asuntos Exteriores el 6 de diciembre de 2023, actualizado y reproducido en el sitio web de las Fuerzas de Defensa de Israel el 15 de diciembre de 2023 con el título "La guerra contra Hamas: Una respuesta a las preguntas más apremiantes", en el que afirmaba que "la acusación de genocidio contra Israel no solo es totalmente infundada como cuestión de hecho y de derecho, sino que es moralmente repugnante". En consideración de que las partes tenían puntos de vista opuestos en cuanto a si ciertos actos u omisiones supuestamente cometidos por Israel en Gaza equivalían a violaciones de las responsabilidades en virtud de la Convención sobre el Genocidio, la corte entendió que los elementos eran suficientes para establecer *prima facie* la existencia de una controversia entre las partes relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención sobre el Genocidio.

En cuanto a si los actos y omisiones denunciados por la demandante estaban comprendidos en las disposiciones de la Convención sobre el Genocidio, recordó que Sudáfrica había argumentado que Israel era responsable tanto de cometer genocidio en Gaza y de no prevenir ni castigar los actos genocidas, de conspiración e incitación directa y pública al genocidio como de tentativa y complicidad en actos genocidas. En opinión de la corte, al menos algunos de los actos y omisiones que Sudáfrica había alegado en contra de Israel podían estar comprendidos en las disposiciones de la Convención.

A la luz de lo anterior, la corte concluyó que, *prima facie*, tenía competencia en virtud del art. IX de la Convención sobre el Genocidio para conocer del asunto y que, en consecuencia, no podía acceder a la solicitud de Israel de que el caso fuera retirado de la lista general.

En cuanto a si la República de Sudáfrica estaba legitimada para iniciar el proceso, señaló que Israel no había impugnado su legitimación. Recordó que todos los Estados parte de la Convención tienen un interés común en asegurar la prevención, supresión y castigo del genocidio y un compromiso con el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención, razón por la cual cualquier Estado parte puede invocar la responsabilidad de otro Estado parte. Concluyó, *prima facie*, que Sudáfrica estaba legitimada.

La corte recordó que la facultad para indicar medidas provisionales que le confiere el art. 41 del Estatuto de la CIJ tiene por objeto preservar los derechos invocados por las partes en un asunto hasta que se emita un pronunciamiento sobre el fondo. Señaló que, por ese motivo, la corte debe preocuparse por preservar, mediante tales medidas, los derechos que puedan reconocerles con posterioridad a cualquiera de las partes. Por consiguiente, según indicó, solo puede ejercer esta facultad si tiene la certeza de que los derechos invocados son al menos plausibles. Además, afirmó que debe existir un vínculo entre los derechos cuya protección se solicita y las medidas provisionales solicitadas.

Recordó que, de conformidad con el art. I de la Convención, todos los Estados parte se comprometen a "prevenir y sancionar" el delito de genocidio, es decir, cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total

o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: dar muerte a miembros del grupo (art. II. a); causar lesiones corporales o mentales graves a los miembros del grupo (II. b); someter deliberadamente al grupo a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física o moral (II. c); imponer medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo (II. d); trasladar por la fuerza a niños del grupo a otro grupo (II. e). Además, señaló que, de conformidad con el art. III, se proscriben también los actos de conspiración para cometer genocidio (III. b), incitación directa y pública a cometer genocidio (III. c), tentativa de cometer genocidio (III. d) y complicidad en genocidio (III. e).

Observó que las disposiciones de la Convención buscan proteger a los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso de actos de genocidio o de cualquier otro acto punible de los enumerados en el art. III. Consideró que existe una correlación entre los derechos de los miembros de los grupos protegidos por la Convención, las obligaciones que les incumben a los Estados parte y el derecho de cualquier Estado parte a exigir su cumplimiento por otro Estado parte. En opinión de la corte, los palestinos parecen constituir un grupo nacional, étnico, racial o religioso distinto y, por tanto, un grupo protegido en el sentido del art. II de la Convención.

Además, observó que la operación militar llevada a cabo por Israel tras el ataque del 7 de octubre de 2023 había provocado un gran número de muertos y heridos, así como la destrucción masiva de viviendas, el desplazamiento forzoso de la gran mayoría de la población y grandes daños a la infraestructura civil. Señaló que, aunque las cifras no podían verificarse de forma independiente, informaciones recientes indicaban que 25 700 palestinos habían muerto, que se registraban más de 63 000 heridos y más de 360 000 viviendas destruidas o dañadas y que aproximadamente 1 700 000 personas habían tenido que desplazarse. También sostuvo que, de acuerdo con distintos informes, los palestinos de la Franja de Gaza no contaban con atención y suministros médicos, agua, alimentos, combustible, electricidad y otros elementos esenciales. Tomó nota, igualmente, de las denuncias relativas al aumento del discurso racista y deshumanizante dirigido a los palestinos.

En opinión de la corte, los hechos y circunstancias aludidos bastaban para concluir que al menos algunos de los derechos reclamados por Sudáfrica y para los que solicitaba protección eran plausibles. Observó que este era el caso con respecto al derecho de los palestinos de Gaza a ser protegidos de actos de genocidio y actos prohibidos conexos identificados en el art. III, y respecto del derecho de Sudáfrica a solicitar que Israel cumpla sus obligaciones en virtud de la Convención.

A continuación, examinó la condición del vínculo entre los derechos reivindicados por Sudáfrica y las medidas provisionales reclamadas. Entendió que al menos algunas de las medidas solicitadas tenían, por su propia naturaleza, el objeto de preservar los derechos plausibles invocados, a saber, el derecho de los palestinos de Gaza a ser protegidos de actos de genocidio como de otros actos prohibidos conexos contemplados en el art. III, y el derecho de Sudáfrica a exigir que Israel cumpla sus obligaciones en virtud de la Convención. Por lo tanto, entendió que existía un vínculo entre los derechos reclamados por Sudáfrica, y considerados plausibles por la corte, y algunas de las medidas provisionales solicitadas.

La corte recordó que, en virtud del art. 41 de su Estatuto, está facultada para ordenar medidas provisionales en el caso de un perjuicio irreparable a derechos que sean objeto de un procedimiento judicial o cuando la supuesta vulneración de tales derechos pudiera acarrear consecuencias irreparables. No obstante, señaló que esta facultad solo puede ejercerse en caso de urgencia, es decir, ante un riesgo real e inminente de que se cause un perjuicio irreparable a los derechos reclamados antes de que se dicte una resolución definitiva.

Consideró que, en vista de los valores fundamentales que pretende proteger la Convención sobre el Genocidio, los derechos plausibles en cuestión son de tal naturaleza que su menoscabo puede causar un daño irreparable.

La corte entendió que la población civil de la Franja de Gaza seguía en una situación de extrema vulnerabilidad. Recordó que la operación militar israelí había provocado, entre otras cosas, decenas de miles de muertos y heridos y la destrucción de viviendas, escuelas, instalaciones médicas y otras infraestructuras vitales, así como desplazamientos a escala masiva. La corte señaló que la operación seguía en curso y que el primer ministro de Israel había anunciado el 18 de enero de 2024 que la guerra duraría "otros muchos y largos meses". Constató que, en la actualidad, muchos palestinos de la Franja de Gaza no tienen acceso a los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicamentos esenciales o calefacción. Además, relevó el dato de la OMS que estima como probable que el 15 % de las mujeres que dan a luz en la Franja de Gaza sufren o sufrirán complicaciones, como así también un incremento en las tasas de mortalidad materna y neonatal debido a la falta de acceso a la atención médica. Consideró que la catastrófica situación humanitaria en la Franja de Gaza corría el riesgo de agravarse aún más antes de que se dictara una sentencia definitiva.

La corte tomó nota de la declaración de Israel acerca de que se habían adoptado ciertas medidas para abordar y aliviar las condiciones a las que se enfrenta la población en la Franja de Gaza. También observó que el procurador general de Israel había declarado recientemente que un llamado a causar daños intencionados a civiles podía constituir un delito penal, en particular el de incitación, y que las autoridades policiales israelíes estaban examinando varios casos semejantes. Según la corte, si bien deben fomentarse las medidas de este tipo, resultan insuficientes para eliminar el riesgo de que se cause un perjuicio irreparable antes de que se emita la sentencia definitiva. Por lo anterior, consideró que existía un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable para los derechos plausibles invocados por Sudáfrica.

La corte entendió que se cumplían las condiciones exigidas por el Estatuto para ordenar medidas provisionales. No obstante, tras considerar los términos del reclamo por parte de Sudáfrica y las circunstancias del caso, estimó que las medidas no tenían por qué ser idénticas a las solicitadas.

Resolvió que, con respecto a la situación de la población palestina en la Franja de Gaza, Israel debía tomar todas las medidas a su alcance para impedir la comisión de los actos comprendidos en el art. II de la Convención sobre el Genocidio, en particular el dar muerte a miembros del grupo; causar lesiones corporales o mentales graves a miembros del grupo; someter deliberadamente al

grupo a condiciones de existencia que pudieran acarrear su destrucción física, total o parcial, e imponer medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. Recordó que los actos descriptos entran en el ámbito de aplicación del art. II de la Convención cuando se cometen con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo como tal. Dispuso, también, que Israel debía garantizar con efecto inmediato que sus fuerzas militares no cometieran ninguno de los actos descritos. Asimismo, determinó que Israel debía adoptar todas las medidas a su alcance para prevenir y castigar la incitación directa y pública a cometer genocidio en relación con los miembros del grupo palestino en la Franja de Gaza. Agregó que Israel debía adoptar medidas inmediatas y eficaces para permitir la prestación de los servicios básicos y la asistencia humanitaria urgentes para hacer frente a las condiciones de vida adversas de los palestinos, como así también medidas efectivas para impedir la destrucción y garantizar la conservación de las pruebas relacionadas con las denuncias de actos comprendidos en el ámbito de aplicación de los arts. II y III de la Convención. Por último, dictaminó que Israel tenía que presentar un informe sobre todas las medidas adoptadas para dar efecto a la orden en el plazo de un mes a partir de su fecha de emisión. Indicó que, una vez presentado el informe, Sudáfrica podría presentar observaciones.

La corte consideró necesario subrayar, finalmente, que todas las partes involucradas en el conflicto están obligadas por el derecho internacional humanitario; expresó una profunda preocupación por la suerte de los rehenes secuestrados durante el ataque a Israel y retenidos desde entonces por Hamas y otros grupos armados y solicitó su liberación inmediata e incondicional.

Además del voto mayoritario y de las declaraciones adjuntas del juez Xue y los jueces Bhandari y Nolte, la jueza Sebutinde adjuntó un voto particular en disidencia y Barak, juez *ad hoc*, un voto particular parcialmente en disidencia.

En el único voto en disidencia, la jueza Sebutinde comenzó por señalar que no debía asumirse o concluirse que, por el hecho de ordenar medidas provisionales, la corte ya había determinado la vulneración por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio, como tampoco que la corte ya había determinado su propia competencia para conocer de los reclamos de Sudáfrica sobre el fondo o que ya había considerado admisibles los reclamos, sino que ambas cuestiones habrían de determinarse en una fase posterior, después de que Sudáfrica e Israel hubieran tenido la oportunidad de presentar sus alegaciones.

En cuanto a la controversia entre el Estado de Israel y el pueblo de Palestina en particular, Sebutinde argumentó que era esencial e históricamente una disputa de naturaleza política o territorial —e ideológica— que requiere una solución diplomática o negociada y la aplicación de buena fe, por parte de los interesados, de todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con miras a encontrar una solución permanente por la que los pueblos israelí y palestino puedan coexistir en paz. Según Sebutinde, no se trata de una controversia susceptible de solución judicial. Señaló que el fracaso, la reticencia o la incapacidad de los Estados para resolver conflictos políticos a través de la diplomacia o de negociaciones eficaces puede llevarlos a invocar como pretexto tratados como la

Convención sobre el Genocidio, en un intento desesperado por forzar un caso con el fin de favorecer su resolución judicial, como el consabido "zapato de cristal de Cenicienta". En su opinión, el caso entra en esta categoría.

En cuanto a la jurisdicción de la corte para entender del asunto, indicó que no se cumplían algunas de las condiciones previas para que se ordenaran medidas provisionales. Al respecto, señaló que Sudáfrica no había demostrado, ni siquiera *prima facie*, que los actos supuestamente cometidos por Israel se hubiesen llevado a cabo con la intención genocida necesaria y que, en consecuencia, pudieran recaer en el ámbito de aplicación de la Convención sobre el Genocidio. Según observó, dado que no hay indicios de que los actos supuestamente cometidos por Israel hubiesen estado acompañados de una intención genocida, los derechos reivindicados por Sudáfrica no resultan plausibles en virtud de la Convención. Puntualizó que lo que distingue el delito de genocidio de otras violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos es la existencia de la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. En consecuencia, los actos denunciados por Sudáfrica, así como los derechos correlativos a esos actos, solo pueden recaer en el ámbito de aplicación de la Convención si existe una intención genocida, ya que, de lo contrario, constituyen simplemente violaciones graves del derecho internacional humanitario, y no genocidio como tal.

En el análisis de los demás criterios exigidos para la orden de medidas provisionales, Sebutinde se refirió a otro criterio que consideró igualmente incumplido, a saber, la inexistencia de un vínculo entre los derechos invocados por Sudáfrica y las nueve medidas provisionales solicitadas, que analizó de manera pormenorizada.

Las primeras dos medidas, señaló, se refieren al cese de todas las operaciones militares de Israel, con independencia de si Hamas, una organización que no es parte en el proceso, continúa con sus ataques contra Israel o prolonga el secuestro de los rehenes israelíes. De acuerdo con Sebutinde, la exigencia de que Israel cese de manera unilateral las hostilidades es poco realista, y las dos medidas en cuestión son excesivamente amplias y no vinculadas de manera clara con los derechos reivindicados por Sudáfrica. Recordó que Israel mantenía un conflicto armado con Hamas en respuesta al ataque de Hamas contra objetivos militares y civiles israelíes, y que las operaciones militares israelíes dirigidas contra miembros de Hamas y otros grupos armados que operan en Gaza, a diferencia de la conducta destinada a causar daño a la población civil de Gaza, no parecían entrar en el ámbito de las obligaciones de Israel en virtud de la Convención sobre el Genocidio. Agregó que el rechazo de las primeras dos medidas es coherente con la jurisprudencia de la corte en casos como "Bosnia c. Serbia" y "Gambia c. Myanmar", en que se tomaron medidas provisionales sin prohibir a Serbia ni Myanmar la prosecución de las operaciones militares.

En cuanto a la tercera, que exige el cumplimiento de todas las medidas razonables para la prevención del genocidio en Gaza, la jueza sostuvo que se trataba de una medida redundante, porque repite una obligación que ya le incumbe a Israel como a cualquier otro Estado parte de la Convención sobre el Genocidio.

Sobre la cuarta medida —que solicita la abstención por parte de Israel de cometer ciertos actos específicos que, según Sudáfrica, se relacionan con la obligación de no cometer actos genocidas—, Sebutinde entendió que, al igual que en la primera y la segunda, lo que se requiere, en definitiva, es que Israel interrumpa las hostilidades de manera unilateral. Sin embargo, señaló, al igual que en los primeros dos casos, cuando se elimina el requisito de la intención genocida, la medida se reduce a la mera exigencia de que Israel cumpla con el derecho internacional humanitario, antes que con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio.

De manera análoga, la quinta medida, que exige a Israel que se abstenga de infligir deliberadamente a los palestinos de Gaza condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción total o parcial, fuera del contexto del requisito de una intención genocida, equivale a exigir a Israel que cumpla con sus obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario, y no con la Convención sobre el Genocidio. Así, aseguró que, aunque la expulsión y el desplazamiento forzoso de los palestinos de Gaza podrían equivaler a violaciones del derecho internacional humanitario, la corte ya había determinado en su jurisprudencia que esa conducta no constituía, como tal, genocidio. Recordó que en "Bosnia c. Serbia" la corte había estipulado que la deportación o el desplazamiento de los miembros de un grupo, incluso si se efectúa por la fuerza, no equivale necesariamente a la destrucción de ese grupo, ni tal destrucción es una consecuencia automática del desplazamiento. Estos desplazamientos forzados u otras formas de "limpieza étnica", señaló, pueden en efecto constituir genocidio si tienen por objeto la destrucción física del grupo. Del mismo modo, la privación de suministros humanitarios necesarios solo constituiría genocidio si se llevara a cabo con la intención especial requerida. Sebutinde no consideró que esa intención especial existiera en este caso y, por lo tanto, entendió que la medida carecía de justificación. En cuanto al tercer componente de la quinta medida, sobre la destrucción de la vida palestina en Gaza, consideró que era extremadamente vago y que parecía estar incluido, en esencia, en el requisito de que Israel se abstuviera de infligir deliberadamente condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción física de la población palestina de Gaza. En consecuencia, consideró que las medidas cuarta y quinta no parecían estar vinculadas a los derechos invocados por la demandante en virtud de la Convención.

La sexta medida, entendió, repite las prohibiciones exigidas por las dos medidas anteriores. En la séptima, se exige a Israel que tome las precauciones necesarias para preservar la evidencia. Sin embargo, de acuerdo con Sebutinde, no hay una base probatoria para concluir que Israel está involucrado en la destrucción deliberada de evidencia relativa a actos de genocidio. Con respecto al reclamo de que Israel debería dar acceso a Gaza a terceras partes, consideró que iba más allá de las obligaciones de Israel en virtud de la Convención. Recordó que, como parte de las obligaciones de Israel con la corte y con Sudáfrica, solo puede exigírsele que conserve las pruebas que están bajo su control. No obstante, agregó, la exigencia de permitir el acceso de terceros a Gaza no parece estar relacionada con los derechos reivindicados por Sudáfrica. Señaló que, en efecto, en un juicio contra la República Árabe Siria, la corte había rechazado un pedido similar de acceso para monitoreos independientes por parte de Canadá y Países Bajos.

En cuanto a las medidas octava y novena —según las cuales Israel debe presentar un informe periódico y hacer todo lo posible para no agravar o extender la disputa, respectivamente— señaló que la mayoría entendía que, en tanto tales medidas ya estaban dirigidas a prevenir cualquier acción que pudiera agravar o extender la controversia o complicar su resolución, y a proporcionar información sobre el cumplimiento de cualquier medida provisional específica, no se planteaba la cuestión de su vínculo con los derechos cuya protección solicitaba la demandante. Observó nuevamente que el caso presentaba la complicación de que, en el contexto de una guerra en curso contra Hamas, que no es parte del procedimiento, no es realista poner limitaciones a una de las partes del conflicto y no a la otra. Entendió que Israel podría afirmar justificadamente su derecho a defenderse de Hamas, lo que muy probablemente agravaría la situación en Gaza. Concluyó, por lo tanto, que las medidas provisionales solicitadas por Sudáfrica no parecían tener relación con los derechos reivindicados, y que tampoco se cumplía este criterio para la indicación de medidas provisionales.

En cuanto a las medidas efectivamente ordenadas por la corte, consideró que las primeras tres eran redundantes en virtud de las obligaciones que ya le incumben a Israel como parte de la Convención. En cuanto a la cuarta, entendió que, en virtud de la Convención, un Estado parte no tiene el deber de proporcionar o permitir la prestación de asistencia humanitaria como tal y que, en todo caso, puede existir un deber equivalente en virtud del derecho internacional humanitario. Señaló que, de hecho, se habían presentado pruebas de que Israel, junto con otras organizaciones internacionales, ya estaba prestando asistencia humanitaria, por lo que la medida parecía innecesaria. En cuanto a la quinta medida, reiteró que no parecía haber ninguna base probatoria para suponer que Israel se dedica a la destrucción deliberada de pruebas como tal, y que cualquier destrucción de infraestructura no era atribuible a los esfuerzos deliberados de Israel para destruir pruebas, sino más bien a las exigencias del conflicto en curso con Hamas. Por último, con respecto a la sexta medida, dado que las otras medidas carecían de justificación, entendió que no había razón para que se exigiera a Israel la presentación de un informe a la corte. Por todo lo anterior, no consideró justificadas las medidas provisionales ordenadas.

Por lo que respecta al voto en disidencia parcial, el juez *ad hoc* Barak aludió, en primer lugar, al rechazo por parte de la corte del reclamo principal de Sudáfrica, relativo a la suspensión de las operaciones militares en Gaza, y a la adopción de medidas destinadas a recordarle a Israel sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio. En su opinión, el voto mayoritario reafirmaba el derecho de Israel a defender a sus ciudadanos, con medidas de un alcance significativamente menor que las solicitadas por Sudáfrica, y subrayaba la importancia de proporcionar ayuda humanitaria a la población de Gaza.

Destacó que la mayoría hubiera puesto énfasis en que todas las partes en el conflicto en la Franja de Gaza están obligadas por el derecho internacional humanitario, incluido Hamas, y que pidiera la liberación inmediata e incondicional de los rehenes secuestrados el 7 de octubre.

Recordó, además, que la Convención sobre el Genocidio ocupaba un lugar muy especial en el corazón y la historia del pueblo judío, tanto dentro como fuera

del Estado de Israel. Señaló que el genocidio representa la destrucción calculada y el comportamiento humano en su peor expresión y que supone la acusación más grave que puede hacerse.

Alegó que Israel es una democracia con un sistema jurídico sólido y un sistema judicial independiente. Manifestó que, en su opinión, siempre que existe tensión entre la seguridad nacional y los derechos humanos, debe alcanzarse la primera sin comprometer la protección de los segundos. Explicó, además, que el derecho internacional es parte integrante de la conducta del Estado y el ejército israelíes, y que las sentencias del Tribunal Supremo israelí demuestran un compromiso con el Estado de derecho y la vida humana.

Con respecto a la competencia *prima facie* de la corte, el juez puso en duda que Sudáfrica hubiera presentado la controversia de buena fe. Señaló que, después de que Sudáfrica hubiera enviado una nota a Israel el 21 de diciembre de 2023 relativa a la situación en Gaza, Israel había respondido con una oferta para entablar consultas a la mayor brevedad posible y que Sudáfrica, en lugar de aceptar la oferta, que podría haber conducido a conversaciones diplomáticas fructíferas, decidió iniciar un procedimiento contra Israel ante la corte.

Al igual que Subutinde, destacó que el caso entrañaba una dificultad adicional porque la otra parte en el conflicto armado, Hamas, no era parte en el proceso. Indicó que, si bien esta circunstancia no impedía que la corte ejerciera su jurisdicción, es una cuestión esencial a la hora de determinar las medidas o recursos apropiados.

Consideró, además, que la corte no había dado cuenta de manera exhaustiva acerca del contexto inmediato en el que se le había presentado el caso. Recordó que el 7 de octubre de 2023 más de 3000 terroristas de Hamás habían invadido el territorio israelí por tierra, mar y aire. Recordó, además, que más de 1200 civiles inocentes, incluidos niños y ancianos, habían sido asesinados. Explicó que Hamás había ubicado su aparato militar dentro y debajo de la infraestructura civil, con la intención de poner en peligro a su propia población. Además, se refirió a la suerte de los rehenes, una agonía que dura ya más de 100 días, y a las muertes y la destrucción que tienen lugar en Gaza.

Para Barak, en contra de lo resuelto por la corte, el marco jurídico adecuado para analizar la situación en Gaza es el derecho internacional humanitario y no la Convención sobre el Genocidio. Argumentó que el elemento central del delito de genocidio, la intención, no está presente, ni siquiera bajo el estándar de plausibilidad requerido para la indicación de medidas provisionales. Se refirió, además, a la aplicación de la Convención en el caso "Gambia c. Myanmar" y sostuvo que las pruebas presentadas por Sudáfrica no eran comparables a las que había tenido a disposición la corte en ese caso. Recordó, al respecto, que Israel había adoptado varias medidas para minimizar el impacto de las hostilidades sobre los civiles. Señaló con sorpresa que la corte hubiera tomado nota de las declaraciones de Israel para explicar las medidas adoptadas a fin de aliviar las condiciones de vida de la población en Gaza, pero que luego se abstuviera por completo de extraer conclusiones de estas declaraciones al examinar la existencia de intencionalidad. Más aún, que la corte no hubiera considerado estas medidas y declaraciones suficientes para descartar la existencia de una intención de genocidio.

En cuanto a las medidas concretas indicadas por la corte, explicó que había votado en contra de la primera y la segunda por no considerar suficientes los argumentos de Sudáfrica sobre la plausibilidad de los derechos, y porque las medidas se limitaban a reafirmar obligaciones que Israel ya tiene en virtud de los arts. I y II de la Convención sobre el Genocidio. En cuanto a la tercera medida, concerniente a los actos de incitación pública, votó a favor, con la esperanza de que la medida contribuyera a disminuir las tensiones y a desalentar una retórica perjudicial, además de que tomó nota de las preocupantes declaraciones de algunas autoridades israelíes. En cuanto a la cuarta medida, votó a favor, con fundamento en profundas convicciones humanitarias y con la esperanza de que se aliviasen las consecuencias del conflicto armado para los más vulnerables, como también que se le recordaran a Israel sus obligaciones en virtud del derecho humanitario. Al mismo tiempo, consideró lamentable que la corte no adoptara medidas para proteger los derechos de los rehenes y facilitar su liberación. Señaló que el destino de los rehenes es parte integrante de la operación militar y que, con medidas para facilitar su liberación, Sudáfrica podría desempeñar un papel positivo para poner fin al conflicto. Por último, en relación con la quinta medida provisional, votó en contra, dado que Sudáfrica no había demostrado que Israel hubiera destruido u ocultado pruebas.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "South Africa v. Israel", sentencia del 26-1-2024, en https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Derecho de la Unión Europea. Corte Suprema. Noción de órgano jurisdiccional independiente e imparcial (art. 267 del TFUE). (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Polonia).

Antecedentes del caso: L. G., un juez del tribunal regional de K., Polonia, presentó ante el Consejo de la Magistratura una solicitud de autorización para continuar en funciones después de haber alcanzado la edad jubilatoria. El Consejo de la Magistratura desestimó la solicitud tras comprobar que el pedido había sido presentado una vez expirado el plazo establecido en el art. 69.1 de la ley sobre la organización de los tribunales ordinarios.

L. G. interpuso un recurso de apelación contra esa decisión ante la Sala de Control Extraordinario y Asuntos Públicos de la Corte Suprema de Polonia, que decidió suspender el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales. Consultó: 1. si el art. 19.1, segundo párr., del Tratado de la Unión Europea (TUE) se oponía a una disposición de derecho interno como la establecida en el art. 69.1.b. de la Ley sobre la Organización de los Tribunales Ordinarios, que supedita la eficacia de la declaración de voluntad de un juez de continuar ejerciendo sus funciones tras alcanzar la edad jubilatoria a la autorización de otra autoridad, y 2. si el mismo artículo se oponía a que una disposición interna fuese interpretada en el sentido de que la declaración tardía de un juez de su voluntad de continuar en sus funciones tras alcanzar la edad jubilatoria no produce ningún efecto, independientemente de las circunstancias del incumplimiento del plazo y de la importancia de ese incumplimiento para el procedimiento relativo a la concesión de la autorización para que el juez continúe ejerciendo sus funciones.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la petición de decisión prejudicial interpuesta por la Sala de Control Extraordinario y Asuntos Públicos de la Corte Suprema de Polonia era inadmisible.

El Tribunal de Justicia manifestó sus dudas acerca de la condición de "órgano jurisdiccional" —en el sentido del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)— de la Sala de Control, e invitó a todas las partes interesadas a debatir esta cuestión en la audiencia.

El tribunal se refirió concretamente a que el nombramiento, en octubre de 2018, por parte del presidente de Polonia, de los tres integrantes de la Sala de Control había tenido lugar sobre la base de las propuestas contenidas en la Resolución n.º 331/2018 del Consejo de la Magistratura, órgano cuya independencia había sido cuestionada en numerosas ocasiones, incluso en sentencias recientes del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, en el momento de los nombramientos, la resolución había sido objeto de un recurso ante el Tribunal

Supremo en lo Contencioso Administrativo de Polonia, que la había anulado en su sentencia del 21 de septiembre de 2021. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recordó que, en su sentencia "W. Ż., EU:C:2021:798", había declarado que el art. 19.1 del Tratado de la Unión Europea debía interpretarse en el sentido de que la Sala de Control no podía considerarse un órgano jurisdiccional independiente e imparcial previamente establecido por la ley, ya que, de las condiciones y circunstancias en las que se había desarrollado el proceso de designación, surgía que se habían vulnerado normas fundamentales que formaban parte necesaria del establecimiento y funcionamiento del sistema judicial.

A este respecto, el tribunal señaló que, en la sentencia del 8 de noviembre de 2021 de la Corte Europea de Derechos Humanos "Dolińska-Ficek y Ozimek contra Polonia", se había declarado la infracción del requisito de "órgano jurisdiccional establecido por la ley", dispuesto por el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, con motivo del proceso que, sobre la base de la Resolución n.º 331/2018, había conducido al nombramiento de los miembros de la Sala de Control. En efecto, la noción de tribunal "establecido por la ley" en el sentido del art. 6.1 —cuya finalidad es proteger al Poder Judicial de cualquier influencia externa indebida, procedente, en particular, del Poder Ejecutivo, pero también del Poder Legislativo o del propio Poder Judicial— incluye el respeto de las normas nacionales que regulan el nombramiento de los jueces y que deben estar redactadas en términos inequívocos. Este concepto se encuentra estrechamente vinculado con las garantías de "independencia" e "imparcialidad" en el sentido del art. 6.1. Estas exigencias tienen en común el hecho de que pretenden garantizar el respeto de los principios fundamentales del Estado de derecho y de la separación de poderes. La Corte Europea de Derechos Humanos había señalado que los nombramientos de los miembros que componían la Sala de Control se habían realizado en clara infracción de las normas nacionales fundamentales que rigen el procedimiento de nombramiento de los jueces. Su apreciación se había fundado en diversas decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Polonia. Los nombramientos efectuados en tales circunstancias reflejaban, por parte del Ejecutivo, una profunda negación de la autoridad, la independencia y el rol del Poder Judicial y estaban deliberadamente dirigidos a impedir el curso efectivo de la Justicia, por lo que debían considerarse constitutivos de una violación flagrante del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Asimismo, el Tribunal de Justicia señaló que, según su jurisprudencia consolidada, para determinar si un órgano remitente tiene el carácter de "órgano jurisdiccional" en el sentido del art. 267 del TFUE y comprobar la admisibilidad de la solicitud de decisión prejudicial, deben tenerse en cuenta varios factores, en particular, el origen jurídico de ese órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su competencia, la aplicación de las normas de derecho y su independencia.

Finalmente, el Tribunal de Justicia sostuvo que su propia jurisprudencia relativa a la interpretación del art. 19.1, segundo párr., del TUE, así como las constataciones y apreciaciones realizadas por la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia "Dolińska-Ficek y Ozimek v. Polonia" y por el Tribunal Supremo en

lo Contencioso-Administrativo de Polonia en su sentencia del 21 de septiembre de 2021, permitían concluir que la Sala de Control —debido a la forma en que habían sido designados sus miembros— no revestía la condición de tribunal independiente e imparcial previamente establecido por la ley, es decir, que no constituía un "órgano jurisdiccional" en el sentido del art. 267 del TFUE.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala), C718/21, "L. G. contre Krajowa Rada Sądownictwa", sentencia del 21-12-2023, en https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=DOC&pageIndex=0&docid=280769&part=1&doclang=FR&text=&dir=&occ=first&cid=9825545



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la protección de los datos personales. Seguridad digital. Tratamiento de datos personales. Bases de datos personales de organismos estatales. Daños y perjuicios. Responsabilidad. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Bulgaria).

Antecedentes del caso: la Agencia Nacional de Recaudación (NAP) de Bulgaria depende del Ministerio de Hacienda y se encarga, en particular, de identificar, garantizar y recuperar las deudas públicas. En este marco, es responsable del tratamiento de datos personales. El 15 de julio de 2019, los medios de comunicación informaron que se había producido un acceso no autorizado al sistema informático de la NAP y que, a raíz del ciberataque, se habían publicado en internet los datos personales de millones de personas. Un gran número de afectados interpusieron acciones contra la NAP y reclamaron una indemnización por los daños y perjuicios morales que afirmaron haber sufrido ante el temor a un potencial uso indebido de sus datos personales.

El Tribunal Supremo en lo Contencioso Administrativo de Bulgaria planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales en relación con la interpretación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). El tribunal búlgaro solicitó que se especificaran cuáles eran los requisitos para la indemnización de los daños y perjuicios inmateriales que alegaba una persona cuyos datos personales, en manos de una agencia pública, habían sido publicados en internet a raíz de un ciberataque.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que los jueces no podían deducir del mero hecho de que se hubiera producido una comunicación no autorizada de datos personales o un acceso no autorizado a esos datos que las medidas de protección adoptadas por el responsable del tratamiento no eran adecuadas.

El Tribunal de Justicia sostuvo que los jueces debían examinar el carácter apropiado de estas medidas en cada caso concreto. Señaló que correspondía al responsable del tratamiento demostrar que las medidas de protección adoptadas eran adecuadas.

Asimismo, consideró que, en el supuesto de que la comunicación no autorizada de datos personales o el acceso no autorizado a esos datos hubiera sido cometido por terceros, podía obligarse al responsable del tratamiento a indemnizar a las personas que hubieran sufrido un daño, a menos que el responsable lograra probar que el hecho que había provocado el daño no le era imputable en modo alguno.

El Tribunal de Justicia entendió que el temor que experimenta un interesado a un potencial uso indebido de sus datos personales por parte de terceros a raíz de una infracción del RGPD podía constituir, por sí solo, un daño o perjuicio inmaterial.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-340/21, "Natsionalna agentsia za prihodite", sentencia del 14-12-23, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=280623&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=-first&part=1&cid=1885300

Derecho de la Unión Europea. **Derecho a la libertad religiosa. Derecho del trabajo.** Derecho a prohibir el uso de signos religiosos a los empleados de la Administración pública. **Uso de símbolos religiosos en el lugar de trabajo. Discriminación.** (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Bélgica).

Antecedentes del caso: a una empleada del Ayuntamiento de Ans, Bélgica, que ejerce sus funciones de jefa de oficina principalmente sin contacto con los usuarios del servicio público, se le prohibió llevar un pañuelo islámico en su lugar de trabajo. A raíz de esta decisión, el municipio modificó su reglamento de trabajo y exigió a sus empleados observar una estricta neutralidad religiosa: se prohibió cualquier forma de proselitismo y el uso de signos ostensibles que pudieran revelar las convicciones ideológicas o religiosas de los trabajadores, incluso para quienes no están en contacto con el público.

La empleada alegó que se había vulnerado su derecho a la libertad religiosa y que era víctima de discriminación. La demanda llegó al Tribunal en lo Laboral de Lieja, que consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la estricta norma de neutralidad impuesta por el Ayuntamiento de Ans daba lugar a una discriminación contraria al derecho de la Unión.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondió que la política de estricta neutralidad religiosa que una Administración pública podía imponer a sus empleados con vistas a instaurar un entorno administrativo completamente neutro estaba justificada de manera objetiva por una finalidad legítima. Agregó que igualmente estaba justificada la elección de otra Administración pública que abogara por una política que autorizase, de forma general e indiferenciada, el uso de signos visibles de convicciones filosóficas o religiosas también en los contactos con el público, o por una prohibición del uso de tales signos limitada a las situaciones que implicaran esos contactos.

En efecto, sostuvo que cada Estado miembro y cualquier entidad infraestatal en el ámbito de sus competencias disponían de un margen de apreciación en cuanto al concepto de neutralidad del servicio público que buscaban promover en el lugar de trabajo, en función de cada contexto particular. No obstante, remarcó que este objetivo debía perseguirse de forma congruente y sistemática y que las medidas adoptadas para alcanzarlo tenían que limitarse a lo estrictamente necesario. El Tribunal de Justicia concluyó que correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar que se respetaran esas exigencias.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, C-148/23, "OP c. Commune d'Ans", sentencia del 28-11-2023, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=75548C5A1FC206AC707CC1D5D6D290EB?text=&docid=280183&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4338922

Derecho de la Unión Europea. **Derecho a la protección de los datos personales. Identificación del titular de un vehículo.** (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Alemania).

Antecedentes del caso: el derecho de la Unión Europea obliga a los fabricantes de automóviles a poner a disposición de los agentes independientes —entre los que se cuentan los talleres de reparación, los distribuidores de piezas de recambio y las editoriales de información técnica— la información necesaria para la reparación y el mantenimiento de los vehículos que fabrican.

Una asociación profesional de comerciantes independientes de Alemania de piezas de automóvil consideró que ni la forma ni el contenido de la información facilitada a sus miembros por el fabricante de camiones Scania cumplían con esta obligación. Para remediar esta situación, la asociación presentó una demanda ante un tribunal local. El tribunal alemán, al no tener claro el alcance de las obligaciones que incumbían a Scania, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el

número de identificación de los vehículos debía considerarse un dato personal que los fabricantes estaban obligados a comunicar.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que los fabricantes de automóviles estaban obligados a proporcionar acceso a toda la información sobre la reparación y el mantenimiento de los vehículos.

El tribunal sostuvo que esta información no debía facilitarse necesariamente a través de una interfaz de base de datos que permitiera realizar consultas de manera automatizada con descarga de resultados. De todas formas, su formato tiene que permitir la utilización directa. De este modo, deben poder obtenerse los datos pertinentes y almacenarse inmediatamente tras su acopio. El Tribunal de Justicia declaró, además, que los fabricantes de automóviles estaban obligados a crear una base de datos que incluyera la información sobre las piezas que podían ser sustituidas por piezas de recambio. La búsqueda de información en esta base de datos debe poder realizarse a partir de los números de identificación de los vehículos y de otros criterios, como la potencia del motor o el tipo de acabado del vehículo.

El tribunal consideró que los números de identificación de los vehículos debían figurar en la base de datos. Señaló que este número, en sí mismo, carece de carácter personal. Sin embargo, se convierte en un dato personal cuando alguien que tiene acceso a él dispone de medios que le permiten identificar al titular del vehículo, siempre que se trate de una persona física. Al respecto, el tribunal indicó que el titular, al igual que el número de identificación, se indicaba en el permiso de circulación. Incluso en aquellos casos en los que los números de identificación de los vehículos deban calificarse de datos personales, el Reglamento General de Protección de Datos no se opone a que los fabricantes de automóviles estén obligados a ponerlos a disposición de los agentes independientes.

El tribunal concluyó que, aun cuando este número permitiera identificar al titular de un vehículo y, por lo tanto, constituyera un dato personal, esa obligación es compatible con el Reglamento General de Protección de Datos.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, C-319/22, "Acceso a la información sobre los vehículos", sentencia del 9-11-2023, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=7DD80C59CE5C5231304EC655149914C6?text=&docid=279492&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid

Derecho de la Unión Europea. **Derecho a la protección de los datos personales.** Protección de la vida privada. **Registros de impresiones dactilares.** (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Alemania).

Antecedentes del caso: un ciudadano alemán reclamó contra la ciudad de Wiesbaden, que tomó la decisión administrativa de no expedirle un documento de identidad por su negativa a almacenar una imagen de sus impresiones dactilares en un chip.

El órgano jurisdiccional alemán consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la validez del art. 3.5 del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (UE) 2019/1157, que establece la obligatoriedad de incluir, en un medio de almacenamiento de alta seguridad, una imagen de las impresiones dactilares del titular en todo documento de identidad nuevo que expidan los Estados miembros. El tribunal alemán solicitó que se determinara, en primer lugar, si el art. 21, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) constituía una base jurídica apropiada para la adopción del Reglamento 2019/1157. En segundo lugar, si el art. 3, apartado 5, del reglamento era compatible con los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con su art. 52, apartado 1. En tercer lugar, si el reglamento era acorde con la obligación de realizar una evaluación de impacto relativa a la protección de los datos personales con arreglo al art. 35, apartado 10, del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la obligación de integrar dos impresiones dactilares completas al almacenamiento de los documentos de identidad constituía una limitación de los derechos fundamentales con respecto a la vida privada y a la protección de los datos personales, garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, el tribunal señaló que esa integración estaba justificada por los objetivos de interés general de luchar contra la producción de documentos de identidad falsos y la suplantación de identidad, así como de garantizar la interoperabilidad de los sistemas de verificación. En efecto, entendió que la medida era idónea y necesaria para alcanzar esos objetivos y no resultaba desproporcionada con respecto a ellos.

En particular, el tribunal consideró que, en la medida en que permite luchar contra la producción de documentos de identidad falsos y la suplantación de identidad, la integración de dos impresiones dactilares puede contribuir tanto a la protección de la vida privada de los interesados como, a un nivel más general, a la lucha contra la delincuencia y el terrorismo. Además, entendió que, al permitir a los ciudadanos de la Unión identificarse de manera fiable, facilita el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación y residencia en la Unión Europea. Por lo tanto, los objetivos perseguidos mediante esa integración tienen especial importancia no solo para la Unión y los Estados miembros, sino también para los ciudadanos de la Unión.

El tribunal agregó que integrar únicamente una imagen facial constituiría un medio de identificación menos eficaz que integrar, además de esa imagen, dos impresiones dactilares, ya que el envejecimiento, el modo de vida, la enfermedad o una cirugía pueden alterar las características anatómicas del rostro.

Sin embargo, por otro lado, señaló que este reglamento se había promovido sobre una base jurídica errónea. En efecto, el Parlamento Europeo y el Consejo lo habían adoptado sobre la base del art. 21, apartado 2, del TFUE, relativo al derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. De acuerdo con el tribunal, la base jurídica correcta era la disposición más específica del art. 77, apartado 3, del TFUE, que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia y, más concretamente, a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración. Esta última disposición establece un procedimiento legislativo especial y, en particular, la unanimidad en el Consejo Europeo. Por consiguiente, el tribunal declaró la invalidez del Reglamento 2019/1157.

No obstante, señaló que la declaración de invalidez del reglamento con efectos inmediatos podía tener consecuencias negativas graves para un considerable número de ciudadanos de la Unión y para su seguridad. Por este motivo, decidió mantener los efectos del reglamento hasta la entrada en vigor, en un plazo razonable y, en última instancia, hasta el 31 de diciembre de 2026, de un nuevo reglamento apoyado en la base jurídica correcta.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, C-61/22, "Landeshauptstadt Wiesbaden", sentencia del 21-3-2024, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=51127E5A5D9DB0AE570F90B30C67B496?text=&docid=284083&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9354305

Derecho de la Unión Europea. **Derecho a la protección de los datos personales**. Registros públicos. Agencias privadas de información comercial. **Plazo de conservación de información.** (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Alemania).

Antecedentes del caso: varios ciudadanos impugnaron ante el Tribunal en lo Contencioso Administrativo de Wiesbaden, Alemania, la negativa del delegado de protección de datos y de libertad de información a tomar medidas contra determinadas actividades de SCHUFA Holding, una agencia privada de información comercial cuyos clientes son principalmente bancos. Concretamente, los demandantes se oponían al scoring y a la conservación de información relativa a la concesión de una exoneración del pasivo insatisfecho tomada de registros públicos.

El *scoring* es un método estadístico matemático que permite establecer un pronóstico sobre la probabilidad de un comportamiento futuro, como el reembolso de un préstamo. La información relativa a la concesión de una exoneración del pasivo insatisfecho se conserva en el registro público de insolvencia alemán durante seis meses, mientras que el código de conducta de las agencias de información comercial de Alemania establece un período de conservación de tres años en sus propias bases de datos. El Tribunal en lo Contencioso Administrativo de Wiesbaden solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que aclarase cuál es el alcance de la protección de datos personales estipulado en el Reglamento General de Protección de Datos.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el Reglamento General de Protección de Datos se oponía a dos prácticas de tratamiento de datos por parte de agencias de información comercial. Sostuvo que, mientras que el *scoring* solo estaba autorizado en determinadas circunstancias, la conservación prolongada de información relativa a la concesión de una exoneración del pasivo insatisfecho era contraria al Reglamento General de Protección de Datos.

En lo que se refiere al *scoring*, el tribunal declaró que, si bien en principio estaba prohibido por el Reglamento General de Protección de Datos, debía admitirse como una "decisión individual automatizada" siempre que los clientes de SCHUFA, así como los bancos, le atribuyeran un papel determinante en la concesión de créditos. Según el Tribunal en lo Contencioso Administrativo de Wiesbaden, es lo que ocurría en este caso. El Tribunal de Justicia señaló que correspondía a ese tribunal local evaluar si la ley federal alemana de protección de datos contemplaba, de conformidad con el Reglamento General de Protección de Datos, una excepción válida a esta prohibición. Sostuvo que, si así fuera, el tribunal local tendrá que comprobar el cumplimiento de los requisitos generales para el tratamiento de datos establecidos en el Reglamento General de Protección de Datos.

En cuanto a la información relativa a la concesión de una exoneración del pasivo insatisfecho, el tribunal consideró contrario al Reglamento General de Protección de Datos que las agencias privadas conservaran esos datos durante más tiempo que el registro público de insolvencia. En efecto, la exoneración del pasivo insatisfecho permite al beneficiario volver a participar en la vida económica y, por lo tanto, reviste una importancia vital para esa persona. Ahora bien, esta información siempre constituye un factor negativo a la hora de evaluar la solvencia de la persona. En este asunto, el legislador alemán estableció un plazo de conservación de datos de seis meses. Por lo tanto, el tribunal aseguró que, una vez transcurridos seis meses, los derechos y los intereses del involucrado prevalecerán sobre los intereses del público a disponer de esa información.

Puesto que la conservación de datos es ilícita, como sucede cuando han transcurrido más de seis meses, el interesado tiene derecho a que se supriman los datos y la agencia está obligada a hacerlo sin dilación.

En lo relativo a la conservación paralela de esa información por SCHUFA durante seis meses, afirmó que correspondía al Tribunal en lo Contencioso Administrativo

ponderar los intereses en juego con el fin de apreciar su licitud. Entendió que, si ese tribunal sostiene que es lícita la conservación paralela durante seis meses, el interesado seguirá teniendo derecho a oponerse al tratamiento de sus datos y a que se supriman, a menos que SCHUFA acredite que existen motivos legítimos imperiosos.

Por último, subrayó que los órganos jurisdiccionales nacionales debían poder ejercer un control pleno sobre cualquier decisión jurídicamente vinculante de una autoridad de control.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, C-634/21, "SCHUFA Holding (*scoring*) s/ exoneración del pasivo insatisfecho", sentencia del 7-12-2023, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=A24027BF295E79B99BC0D2D53CC36D1D?text=&docid=280426&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=883397;
https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=280428&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=883704

Derecho de la Unión Europea. **Derecho a un juicio justo. Utilización de pruebas que infringen el derecho de la Unión. Uso probatorio de datos cifrados extranjeros.** Procedimiento prejudicial. Cooperación judicial en materia penal. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea– Alemania).

Antecedentes del caso: en el marco de una investigación llevada a cabo por las autoridades francesas, se descubrió que los investigados utilizaban teléfonos móviles encriptados gracias al servicio EncroChat para cometer delitos relacionados, fundamentalmente, con el tráfico de estupefacientes. Este servicio permitía establecer, por medio de un servidor instalado en Francia, una comunicación cifrada que no podía intervenirse con métodos de investigación tradicionales.

En 2020, con la autorización de un tribunal francés, un equipo de investigación instaló un software especial con un virus troyano en el servidor y en los teléfonos móviles de usuarios de EncroChat en 122 países, entre los que estaba incluido Alemania.

En una conferencia organizada por Eurojust (European Union Agency for Criminal Justice Cooperation) en marzo de 2020, los representantes franceses y neerlandeses informaron a las autoridades de otros Estados miembros de la medida de intervención que tenían prevista, y que incluía datos procedentes de teléfonos móviles que se encontraban fuera del territorio francés. Los representantes de dos instituciones alemanas, la Policía Judicial Federal y la Fiscalía General de Fráncfort del Meno, manifestaron su interés por los datos de los usuarios nacionales

Entre junio de 2020 y julio de 2021, en el marco de un procedimiento penal incoado contra X, la Fiscalía General de Fráncfort del Meno emitió una serie de órdenes europeas de investigación con el objeto de solicitar a las autoridades francesas autorización para utilizar sin restricciones, en procedimientos penales, los datos recogidos por estas. Justificó su solicitud sobre la base de que Europol había informado que en Alemania personas no identificadas habían planificado y cometido delitos graves mediante teléfonos móviles equipados con el servicio EncroChat. Un tribunal francés autorizó la transmisión y la utilización con fines judiciales de los datos intervenidos de los usuarios alemanes.

Después de recibir los datos, la Policía Judicial Federal pudo iniciar más de 2250 casos y arrestar a más de 750 personas que habían utilizado EncroChat. Posteriormente, la Fiscalía General de Fráncfort del Meno reasignó las investigaciones a fiscalías locales. En uno de los procedimientos penales iniciados, relacionado con el tráfico de estupefacientes, el Tribunal Regional de Berlín formuló una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y le consultó si podía utilizar como prueba los datos obtenidos por las autoridades francesas al infectar con un virus el servidor de la aplicación encriptada. También preguntó si los fiscales podían reclamar las comunicaciones encriptadas sin que las pidiera el juez.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que, en principio, correspondía exclusivamente al derecho nacional determinar las normas relativas a la admisibilidad y a la apreciación, en el marco de un procedimiento penal, de información y pruebas obtenidas de forma contraria al derecho de la Unión.

El art. 14.7 de la Directiva 2014/41 obliga a los Estados miembros a velar, sin perjuicio de la aplicación de las normas procesales nacionales, para que, en los procesos penales en el Estado de emisión, se respeten los derechos de defensa y la equidad del proceso al evaluarse las pruebas obtenidas mediante la orden europea de investigación. El tribunal observó que, por consiguiente, cuando lo considere necesario, el órgano jurisdiccional puede declarar que existe una violación del derecho a un juicio justo y excluir un elemento de prueba obtenido de este modo.

En primer lugar, el tribunal recordó que el concepto de autoridad de emisión, en el sentido de la Directiva 2014/41, no se limitaba a los jueces. En efecto, el fiscal está incluido, en el art. 2.c.i de esa directiva, entre los funcionarios considerados autoridad de emisión, con la única condición de que sean competentes en el asunto de que se trate. Así, en virtud del derecho del Estado de emisión, siempre que un fiscal sea competente para ordenar una medida de investigación dirigida a la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades nacionales competentes, está comprendido en el concepto de autoridad de emisión a efectos del dictado de una orden europea de investigación dirigida a la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes.

En segundo lugar, señaló que, de acuerdo con el art. 6.1 de la Directiva 2014/41, una orden europea de investigación que tenga por objeto la transmisión de pruebas como las controvertidas en el litigio principal, que ya obren en poder de las

autoridades competentes del Estado de ejecución, debe cumplir todos los requisitos establecidos por el derecho del Estado de emisión.

En cambio, observó que, si bien el art. 6.1.b de la Directiva 2014/41 pretende evitar que se eludan las normas y garantías establecidas en el derecho del Estado de emisión, esa disposición no exige (ni siquiera en una situación como la del procedimiento principal, en la que los datos en cuestión fueron recogidos por las autoridades competentes del Estado de ejecución en el territorio del Estado de emisión y en interés de este) que la emisión de una orden europea de investigación para la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución se supedite a los mismos requisitos de fondo aplicados, en el Estado de emisión, para la recogida de esas pruebas.

Por otra parte, añadió que, a la luz del principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en el que se basa la cooperación judicial en materia penal, la autoridad de emisión no está autorizada a controlar la regularidad del procedimiento mediante el cual el Estado miembro de ejecución hubiera recogido las pruebas que ya obran en poder de este último y cuya transmisión solicita la autoridad de emisión.

Además, el tribunal puntualizó que el art. 6.1.a de la Directiva 2014/41 no exigía que la emisión de la orden europea de investigación se supeditara necesariamente a la existencia de una presunción de delito grave basada en hechos concretos contra cada uno de los afectados, cuando tal exigencia no se desprendiera del derecho del Estado de emisión para la transmisión de pruebas entre fiscalías nacionales. Por otra parte, esta disposición tampoco se opone a la emisión de una orden europea de investigación cuando la integridad de los datos intervenidos no pueda verificarse en esta fase debido a la confidencialidad de los elementos técnicos de la intervención, siempre que se garantice el derecho a un juicio justo en el procedimiento penal posterior. En efecto, la integridad de las pruebas transmitidas solo puede apreciarse, en principio, en el momento en que las autoridades competentes dispongan efectivamente de las pruebas en cuestión.

En tercer lugar, señaló que la infiltración en aparatos terminales con objeto de extraer datos de tráfico, de localización y de comunicación de un servicio de comunicación por internet constituía una intervención en las telecomunicaciones, en el sentido del art. 31.1 de la Directiva 2014/41, que debía ser notificada a la autoridad designada a tal efecto por el Estado miembro en cuyo territorio se encontrara la persona. En el supuesto de que el Estado miembro que realiza la intervención no estuviera en condiciones de identificar a la autoridad competente del Estado miembro notificado, esta notificación podrá dirigirse a cualquier autoridad de ese país que el Estado miembro considere idónea.

Entonces, en virtud del art. 31.3 de la Directiva 2014/41, la autoridad competente del Estado miembro notificado tiene la facultad, en el supuesto de que la intervención no fuera autorizada en un procedimiento nacional similar, de indicar que la intervención no podrá efectuarse o que se le pondrá fin, o incluso que los datos intervenidos no podrán utilizarse o solo podrán utilizarse en condiciones específicas. Así pues, el art. 31 de la Directiva 2014/41 busca no solo garantizar el respeto de la

soberanía del Estado miembro notificado, sino también proteger los derechos de las personas afectadas por tal medida de intervención de telecomunicaciones.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, C-670/22, "M. N. (Encro-Chat)", sentencia del 30-4-2024, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=285365&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9406290



Derecho de la Unión Europea. **Derecho del trabajo. Derecho a la salud. Derecho del trabajador a gozar de vacaciones y a disponer de tiempo de ocio y esparcimiento.** Pandemia de COVID-19. Aislamiento. **Incapacidad sobreviniente.** (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Alemania).

Antecedentes del caso: un trabajador alemán acordó con su empleador, la Caja de Ahorros de Südpfalz, gozar de un período de vacaciones anuales compensatorias desde el 3 hasta el 11 de diciembre de 2020. Debido a que el trabajador había mantenido un contacto con una persona que había dado positivo por COVID-19, la autoridad competente de Alemania lo puso en cuarentena durante esos mismos días.

El empleado solicitó entonces a la Caja de Ahorros la posibilidad de aplazar esos días de vacaciones. Frente al rechazo del empleador, el trabajador interpuso una demanda ante la Justicia laboral y argumentó que esa negativa era contraria al derecho de la Unión Europea, en concreto a la Directiva de Tiempo de Trabajo.

Según el tribunal laboral, el derecho nacional obligaba al empleador a aplazar los días de vacaciones otorgados solamente cuando el trabajador podía demostrar una incapacidad laboral sobreviniente durante el período de vacaciones. Ahora bien, los órganos jurisdiccionales alemanes declararon que la mera puesta en cuarentena no equivalía a una incapacidad laboral sobreviniente. Por eso, el tribunal laboral consultó al Tribunal de Justicia si el derecho de la Unión requería que los días de vacaciones que coincidieran con la cuarentena debían aplazarse.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que el derecho de la Unión no exigía aplazar los días de vacaciones anuales retribuidas durante los cuales el trabajador no había estado enfermo, sino que había sido puesto en cuarentena por haber entrado en contacto con una persona infectada de COVID-19.

El tribunal sostuvo que la finalidad de las vacaciones anuales compensatorias es permitir que el trabajador descanse de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo y que disponga de un período de ocio y esparcimiento. A

diferencia de una enfermedad, un período de cuarentena no impide, en sí mismo, la consecución de estos fines.

Por consiguiente, el empleador no está obligado a compensar las desventajas derivadas de un acontecimiento imprevisible, como la puesta en cuarentena, que podría impedir a su trabajador disfrutar plenamente y del modo que desee del derecho a gozar de vacaciones anuales compensatorias.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-206/22, "Sparkasse Südpfalz", sentencia del 14-12-23, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=280629&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2850469

Derecho de la Unión Europea. **Derecho del trabajo. Discriminación laboral por razón de edad. Derechos de las personas con discapacidad.** (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Alemania).

Antecedentes del caso: AP Assistenzprofis es una sociedad alemana especializada en proveer asistencia y asesoramiento a personas con discapacidad. En el año 2018, la sociedad inició una búsqueda de asistentes personales para una estudiante de 28 años con discapacidad. En el anuncio publicado se indicaba que era preferible que el asistente tuviera entre 18 y 30 años. Una candidata no comprendida en esa franja etaria y cuya postulación había sido rechazada consideró que la habían discriminado con motivo de su edad.

El Tribunal Supremo de lo Laboral alemán consultó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en qué medida la protección contra la discriminación por razón de la edad, por una parte, y la protección contra la discriminación por razón de la discapacidad, por otra, pueden conciliarse en esa situación.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la diferencia de trato por razón de la edad resultante puede estar justificada por la naturaleza de los servicios de asistencia personal prestados.

En su sentencia, subrayó que la preferencia por los asistentes personales de un determinado rango etario expresada por la persona con discapacidad puede promover el respeto del derecho a su autodeterminación.

En este caso, señaló que la legislación alemana exige expresamente que se satisfagan los deseos individuales de las personas con discapacidad en el marco de la prestación de los servicios de asistencia personal. Por consiguiente, los interesados deben poder elegir cómo, dónde y con quién viven.

El tribunal entendió que, en este contexto, parecía razonable esperar que una asistente personal comprendida en la misma franja etaria que la persona con discapacidad se integrara más fácilmente en el entorno personal, social y universitario de esta. Por lo tanto, entendió que la imposición de un requisito de edad podía ser necesaria y estar justificada a la luz de la protección del derecho a la autodeterminación de la persona con discapacidad.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-518/22, "AP Assistenzprofis", sentencia del 7-12-23, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=7F5F1A3809E29B0992E5609E169F6567?text=&docid=280433&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4740420

Derecho de la Unión Europea. **Derecho del trabajo. Principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial.** Pilotos. Retribución por tiempo extraordinario de actividad de vuelo. Trato diferencial. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Alemania).

Antecedentes del caso: un piloto alemán con un trabajo a tiempo parcial para CLH percibía un salario básico que dependía del tiempo de actividad de vuelo, equivalente a un 90 % del tiempo de trabajo de un piloto con contrato a tiempo completo. Su salario base se redujo en un 10 % y se le concedieron 37 días adicionales de vacaciones al año. No obstante, los días en trabajaba no había reducción de sus horas de actividad de vuelo.

De conformidad con los convenios colectivos aplicables, el tiempo de actividad de vuelo es un elemento constitutivo del tiempo de trabajo remunerado con el salario base. Los trabajadores perciben una retribución por horas extraordinarias de vuelo con carácter adicional a ese salario base (una retribución complementaria) si han realizado un determinado número de horas de vuelo al mes, rebasando o "activando" así los umbrales de la retribución complementaria.

Sin embargo, los convenios colectivos aplicables no prevén una reducción de esos umbrales de activación para los trabajadores a tiempo parcial en función del porcentaje de su jornada laboral a tiempo parcial, por lo que dichos umbrales de activación son idénticos para los pilotos que trabajan a tiempo completo y para los que trabajan a tiempo parcial.

El piloto consideraba que tenía derecho a la retribución complementaria, ya que los umbrales de activación iban a superarse si se los reducía en función del porcentaje de su jornada a tiempo parcial. Por tanto, reclamó a CLH la diferencia entre la retribución ya abonada y la retribución incrementada sobre la base de los umbrales de activación reducidos en atención al tiempo de actividad de vuelo

extraordinario realizado. Concretamente, solicitó el pago de la diferencia retributiva correspondiente a los meses de diciembre de 2014 a noviembre de 2018. A este respecto, alegó que recibía un trato menos favorable que un trabajador a tiempo completo, que no se tenía en cuenta el principio de *pro rata temporis* y que ninguna razón objetiva justificaba esta diferencia de trato. Además, al establecer la retribución complementaria, los interlocutores sociales no tenían, en su opinión, el objetivo de compensar una carga de trabajo particular, sino únicamente proteger el tiempo libre de los trabajadores.

El Tribunal Supremo de lo Laboral alemán, que entendía en el litigio, planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Consultó si las normas nacionales que exigían que un trabajador a tiempo parcial realizara el mismo número de horas de trabajo que un trabajador a tiempo completo para obtener una retribución complementaria constituían una discriminación prohibida por el derecho de la Unión.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que un trabajador a tiempo parcial no podía verse discriminado a la hora de obtener una retribución complementaria por superar un cierto número de horas de trabajo.

En primer lugar, el tribunal señaló que los trabajadores a tiempo parcial, cuando prestaban servicios, ejercían las mismas funciones que los trabajadores contratados por la misma empresa a tiempo completo y que ocupaban un puesto similar. Por lo tanto, consideró que las situaciones de estas dos categorías de trabajadores eran comparables. Aclaró, no obstante, que el órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar este punto.

Además, el tribunal hizo constar que la existencia de umbrales idénticos de activación de la retribución complementaria representaba, para los pilotos a tiempo parcial, un tiempo de actividad de vuelo superior al de los pilotos a tiempo completo en relación con su tiempo de trabajo total. Por lo tanto, los pilotos a tiempo parcial tienen una carga de trabajo mucho mayor y cumplen con mucha menor frecuencia los requisitos para tener derecho a una retribución complementaria que sus compañeros que trabajan a tiempo completo.

En consecuencia, el tribunal declaró que las normas nacionales generaban un trato menos favorable para los pilotos a tiempo parcial, lo que resultaba contrario al derecho de la Unión, a menos que ese trato diferencial estuviera justificado por una razón objetiva, posibilidad que, según resolvió, debía comprobar el órgano jurisdiccional nacional.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-660/20, caso "Lufthansa Cityline", sentencia del 19-10-23, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=274A47B8FED9E79627AC52FF323BDE5E?text=&docid=278791&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3775074

Derecho de la Unión Europea. **Derechos de difusión. Organización y explotación comercial de competiciones deportivas.** Federación deportiva internacional. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-España).

Antecedentes del caso: la Federación Internacional de Futbol Asociación (FIFA) y la Unión Europea de Asociaciones de Futbol (UEFA) son asociaciones de derecho privado. Sus principales objetivos son promover y controlar la actividad vinculada al fútbol a nivel mundial y en el ámbito europeo. Estas asociaciones dictaron normas por las cuales se otorgaron a sí mismas la facultad de autorizar la celebración de las competiciones internacionales de fútbol de clubes y la explotación de los diferentes derechos de difusión de esas competiciones.

A través de la sociedad española European Superleague Company, doce clubes de fútbol europeos buscaron poner en marcha el proyecto de una nueva competición, llamada Superliga. La FIFA y la UEFA se opusieron a ese proyecto y amenazaron con sancionar a los clubes y a los jugadores que decidieran participar en él.

Posteriormente, la European Superleague Company interpuso una demanda contra la FIFA y la UEFA ante el Juzgado en lo Mercantil n.º 17 de Madrid. Argumentó que sus normas sobre la autorización previa de las competiciones y la explotación de los derechos de difusión eran contrarias al derecho de la Unión. El juzgado español —a fin de no dejar dudas al respecto y dado que la FIFA y la UEFA ostentan una posición monopólica en el mercado— consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que las normas de la FIFA y la UEFA que supeditaban a su autorización previa todo proyecto de una nueva competición de fútbol de clubes —como la Superliga— y que prohibían a los clubes y a los jugadores participar en ellas, bajo pena de sanciones, eran ilegales. Sostuvo que las facultades de la FIFA y de la UEFA no estaban sujetas a ningún criterio que garantizara su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado. Asimismo, que las normas que atribuyen a la FIFA y a la UEFA un control exclusivo sobre la explotación comercial de los derechos derivados de las competiciones podían restringir la competencia, sobre todo si se toma en consideración la importancia de los torneos para los medios de comunicación, los consumidores y los televidentes.

El tribunal consideró que la organización de competiciones entre clubes de fútbol y la explotación de los derechos de difusión eran, claramente, actividades económicas. Por lo tanto, esas actividades deben respetar las normas en materia de competencia y las libertades de circulación, a pesar de que el deporte, como actividad económica, presente ciertas características específicas, como la existencia de asociaciones dotadas de facultades normativas, sancionatorias y de control. El Tribunal de Justicia señaló que, además de disponer de estas facultades, la FIFA y la UEFA organizaban ellas mismas competiciones de fútbol.

El tribunal resolvió que, cuando una empresa en posición dominante tiene la facultad de determinar en qué condiciones pueden entrar en el mercado empresas potencialmente competidoras, esa facultad —debido al riesgo de conflicto de intereses que genera— debe ir acompañada de criterios que permitan garantizar su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado. Sin embargo, señaló que las facultades de la FIFA y de la UEFA no estaban sujetas a ningún criterio de esta naturaleza. En consecuencia, concluyó que la FIFA y la UEFA abusaban de su posición dominante. Del mismo modo, consideró que sus normas de autorización, sancionatorias y de control, dado su carácter arbitrario, debían ser calificadas como restricciones no justificadas a la libre prestación de servicios.

De todas formas, el tribunal advirtió que una competición como la del proyecto de la Superliga no debía autorizarse necesariamente. Debido a que se habían planteado cuestiones de carácter general acerca de las normas de la FIFA y de la UEFA, no se pronunció sobre ese proyecto específico.

Al mismo tiempo, resaltó que las normas de la FIFA y de la UEFA relativas a la explotación de los derechos de difusión podían perjudicar a los clubes europeos de fútbol, al conjunto de las empresas que operan en los mercados de los medios de difusión y, finalmente, a los consumidores y a los televidentes, pues les impedían beneficiarse o disfrutar de nuevas competiciones potencialmente innovadoras o interesantes.

Por ello, el tribunal entendió que correspondía al Juzgado en lo Mercantil n.º 17 de Madrid verificar si las normas de la FIFA y la UEFA podían, no obstante, beneficiar a los diferentes grupos de interés del fútbol, por ejemplo, a través de una redistribución solidaria de los ingresos generados por los derechos de difusión.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-333/21, "European Superleague Company", sentencia del 21-12-23, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=280765&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=2056713



Derecho de la Unión Europea. **Organización y explotación comercial de competiciones deportivas**. Federación deportiva internacional. Patinaje sobre hielo. Entidad de derecho privado. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en el ámbito del patinaje sobre hielo, la International Skating Union (ISU) es la única asociación internacional reconocida por el Comité Olímpico Internacional y tiene por objeto regular, gestionar y promover ese deporte a nivel mundial. Al mismo tiempo, ejerce una actividad

económica que consiste en la organización de competiciones internacionales y en la explotación de los derechos derivados de ellas.

Según las normas de la ISU, la organización de las competiciones internacionales está sujeta a su autorización previa y los deportistas que participen en una competición no autorizada por la ISU corren el riesgo de ser excluidos de toda competición durante un período determinado o de por vida. La denegación de una autorización o las sanciones solo pueden impugnarse ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo, establecido en Lausana, Suiza.

En 2017, la Comisión Europea consideró que las normas sobre la autorización de las competiciones y la participación de los deportistas vulneraban el derecho de la Unión. En efecto, permitían a la ISU vetar la organización de competiciones e impedir que los patinadores profesionales participaran en ellas. Además, según la Comisión, las normas de arbitraje privaban a los deportistas del acceso efectivo a un juez, ya que solo se les permitía apelar ante un tribunal arbitral.

En 2020, el Tribunal General de la Unión Europea desestimó el recurso interpuesto por la ISU contra la decisión de la Comisión en lo referente a las normas de autorización y de participación y confirmó su ilegalidad. No obstante, consideró que la Comisión había incurrido en un error al censurar las normas de arbitraje.

Luego, la ISU interpuso un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para impugnar la decisión de la Comisión en cuanto a las normas de autorización y de participación en competencias deportivas.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desestimó el recurso y resolvió que las normas de la ISU sobre el requisito de autorización previa para la realización de competiciones de patinaje sobre hielo vulneraban el derecho de la Unión. Sostuvo que tenían por objeto restringir la competencia y perjudicaban especialmente a los deportistas, los consumidores y los telespectadores.

El Tribunal de Justicia confirmó que las normas de la ISU, que le habían permitido someter a su aprobación las competiciones internacionales de patinaje sobre hielo e imponer severas sanciones a los deportistas que participaran en competiciones no autorizadas previamente, eran ilegales debido a que no estaban sujetas a ninguna garantía que salvaguardara su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado. Sostuvo que tales normas otorgaban a la ISU una ventaja evidente sobre sus competidores y tenían efectos perjudiciales tanto para los deportistas como para los consumidores y los telespectadores. A diferencia del Tribunal General de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la Comisión Europea tenía razón al censurar las normas de arbitraje, ya que privaban a los deportistas del acceso efectivo a un juez.

El tribunal señaló que la organización de competiciones deportivas constituía claramente una actividad económica. De acuerdo con el tribunal, esa actividad debe respetar las normas de competencia, aunque el ejercicio económico del deporte se caracterice por ciertos rasgos específicos, como la existencia de asociaciones que tienen potestad reglamentaria, de contralor y sancionatoria.

Asimismo, subrayó que una asociación deportiva como la ISU podía adoptar medidas relativas a la organización y al desarrollo de las competiciones y velar por su cumplimiento mediante la imposición de sanciones. Sin embargo, esas normas deben estar sujetas a una regulación que garantice su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado.

En efecto, sin esa regulación, las normas pueden permitir que se excluya del mercado a todas las empresas competidoras y se limite la celebración de nuevas competiciones. Además, pueden impedir a los deportistas participar en esas competiciones y privar al público de la posibilidad de asistir a ellas.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-124/21 P, "International Skating Union/Comisión", sentencia del 21-12-23, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=34D0CB232EC8D5A83017829FD1CC7261?text=&docid=280763&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2092927



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la protección de los datos personales. Derecho de acceso del afectado a información sobre los destinatarios de los datos personales. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Austria).

Antecedentes del caso: una persona solicitó a Österreichische Post, el principal operador de servicios postales y logísticos de Austria, que le facilitara el acceso a los datos personales que le concernían y que el operador conservaba o había conservado en el pasado, así como, en caso de que los datos se hubieran comunicado a terceros, la identidad de estos destinatarios.

Para realizar este pedido, se basó en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. Ese reglamento establece que el afectado tiene derecho a obtener información del responsable del tratamiento de datos sobre los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que hubieran sido o fueran a ser comunicados sus datos personales.

En respuesta a este pedido, Österreichische Post señaló que utilizaba los datos dentro de los límites legales, en el ejercicio de su actividad como editorial de guías telefónicas, y que ofrecía estos datos personales a clientes comerciales con fines de marketing. Entonces, el afectado demandó a Österreichische Post ante los tribunales austríacos.

Durante el proceso judicial, Österreichische Post informó, además, que los datos personales del afectado habían sido transmitidos a clientes, entre los que se encontraban anunciantes del sector de la venta por correspondencia y del comercio

físico, empresas informáticas, editores de directorios, asociaciones caritativas, organizaciones no gubernamentales y partidos políticos.

El Tribunal Supremo en lo Civil y Penal de Austria, que entendía en la cuestión en última instancia, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el reglamento concedía al responsable del tratamiento la libertad de elegir si comunicaba la identidad concreta de los destinatarios o solo las categorías de destinatarios, o bien si ofrecía al afectado el derecho a conocer su identidad concreta.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que el responsable del tratamiento de datos podrá limitarse a indicar las categorías de destinatarios si no resultara posible identificarlos o si la solicitud fuera manifiestamente infundada o excesiva.

En su sentencia, el tribunal consideró que, en el supuesto de que esos datos hubieran sido o fueran a ser comunicados a destinatarios, el responsable del tratamiento estaba obligado a facilitar al afectado, cuando lo solicitara, la identidad de esos destinatarios. Solo cuando aún no fuese posible identificar a esos destinatarios es que puede aquel limitarse a indicar únicamente las categorías de destinatarios de que se trate. Lo mismo sucede cuando el responsable demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada o excesiva.

El tribunal subrayó que este derecho de acceso del afectado era necesario para permitirle ejercer otros derechos reconocidos por el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, que son el derecho de rectificación, el derecho al olvido, el derecho a la limitación del tratamiento, el derecho de oposición al tratamiento y el derecho a reclamar por los daños sufridos.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-154/21, "Österreichische Post (información relativa a los destinatarios de datos personales)", sentencia del 12-1-2023, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=269146&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=94447

Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho contencioso administrativo. **Ayudas de Estado**. Ayuda de *minimis*. **Demanda de indemnización**. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Letonia).

Antecedentes del caso: el 5 de mayo de 2005, Letonia aprobó una ley —que estuvo vigente entre el 8 de junio de 2005 y el 31 de diciembre de 2014— cuya finalidad era modificar el procedimiento aplicable para la venta, por los productores de electricidad, de excedentes de producción a una tarifa incrementada. Esa ley

establecía que los productores de electricidad a partir de fuentes de energía renovables que ya hubieran iniciado su actividad conservaban el beneficio de las condiciones anteriores, que eran más favorables en cuanto a los precios aplicados para la venta a una tarifa incrementada.

Dobeles Hes Sia y Gm Sia son dos empresas letonas que explotan centrales hidroeléctricas y producen electricidad a partir de fuentes de energía renovables. A raíz de la entrada en vigor de la ley, la autoridad reguladora letona, un órgano con la capacidad de determinar la tarifa media de la electricidad, interpretó la ley en el sentido de que tenía por efecto congelar, para esos productores, la tarifa media de venta de electricidad en su valor vigente al 7 de junio de 2005. En consecuencia, la autoridad reguladora dejó de actualizar la tarifa.

Por esta razón, las dos empresas reclamaron ante la autoridad reguladora el pago de una indemnización por daños y perjuicios como compensación por las pérdidas sufridas debido al congelamiento de la tarifa. La autoridad reguladora desestimó los reclamos, pero el órgano jurisdiccional en lo contencioso administrativo letón admitió parcialmente los recursos de Dobeles Hes Sia y Gm Sia.

El Tribunal Supremo de Letonia, que conocía de un recurso de casación al respecto, solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpretara los arts. 107 TFUE, apartado 1, y 108 TFUE, apartado 3, del reglamento sobre ayudas de *minimis* (ayudas de Estado de escasa cuantía que no deben ser notificadas a la Comisión Europea) y el reglamento que establece normas detalladas para aplicar el art. 108 TFUE.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que existen dos criterios alternativos que permiten identificar los "fondos estatales", cuya movilización es precisa para que exista una "ayuda de Estado" en el sentido del art. 107 TFUE, apartado 1: pueden ser fondos que se nutren de un impuesto u otras exacciones obligatorias en virtud de la legislación nacional, y que son gestionados y distribuidos conforme a esa legislación, o pueden ser cantidades que permanecen constantemente bajo control público.

El tribunal señaló que la fecha de la liberalización completa del mercado de la electricidad en Letonia no permitía apreciar si la ventaja que suponía la compra de electricidad a una tarifa incrementada debía calificarse de "ayuda de Estado". En efecto, la calificación de "ayuda de Estado" no está sujeta al requisito de que el mercado hubiera sido previamente liberalizado de forma completa.

El tribunal subrayó que las ayudas públicas (que son medidas de las autoridades que favorecen a determinadas empresas o producciones) poseían una naturaleza jurídica fundamentalmente diferente de las indemnizaciones que las autoridades nacionales pudieran, eventualmente, ser condenadas a pagar a los particulares como reparación de un perjuicio. Así pues, los daños y perjuicios no constituyen "ayudas de Estado" en el sentido del derecho de la Unión. En cambio, para determinar si ciertas cantidades constituyen "ayudas de Estado", es indiferente que los recursos para concretar su pago se califiquen como "demandas de reparación" o "demandas de indemnización" con arreglo al derecho nacional. Además, cuando una normativa

nacional ha establecido una "ayuda de Estado", el pago de una cantidad reclamada judicialmente con arreglo a la normativa también conforma tal ayuda.

En respuesta a los alegatos de la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia sostuvo que la instauración como tal de una "ayuda de Estado" no podía proceder de una resolución judicial. En efecto, esa instauración se inscribe en el marco de una apreciación de oportunidad que es ajena a las competencias del juez.

En lo que concierne a la aplicabilidad del derecho de la Unión en materia de ayudas de *minimis*, el tribunal observó que el carácter de *minimis* de las ayudas, si se tratara de "ayudas de Estado", debía apreciarse a la luz del importe total de las cantidades ya percibidas y de las demás cantidades reclamadas por las demandantes durante el período de referencia.

Por último, entendió que si el juez nacional tuviera que pronunciarse sobre una demanda que busca obtener el pago de una ayuda ilegal —es decir, una ayuda que, a pesar de no ser una ayuda de *minimis*, no hubiera sido notificada a la Comisión Europea—, debería desestimar la demanda. No obstante, el juez nacional puede admitir una demanda que tenga por objeto el pago de una cantidad correspondiente a una nueva ayuda no notificada a la Comisión Europea, con la condición de que esa ayuda hubiera sido previamente notificada por las autoridades nacionales a la Comisión Europea y de que esta preste su conformidad.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-702/20, "Dobeles Hes", y C-17/21, "Gm", sentencia del 12-1-2023, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=98DF2F8B0F9DD9AA40273C8EF471AC21?text=&docid=269142&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3343295

Derecho de la Unión Europea. **Seguro obligatorio de automóviles. Bicicleta con pedaleo asistido.** (Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Bélgica).

Antecedentes del caso: un ciclista que circulaba en una bicicleta eléctrica por la vía pública en las inmediaciones de la ciudad de Brujas, en Bélgica, fue atropellado por un automóvil que estaba asegurado. Resultó gravemente herido y murió unos meses después. El accidente ocurrió in itinere, mientras la víctima circulaba en el trayecto de su casa al trabajo.

La aseguradora del empleador se hizo cargo de la indemnización. Abonó la indemnización y se subrogó en los derechos de la víctima y en los de sus causahabientes. Durante el procedimiento judicial para establecer un posible derecho a indemnización, surgió una controversia sobre la calificación jurídica de la bicicleta eléctrica en relación a si debía considerársela un "vehículo" o si, en cambio, la víctima

podía reclamar una indemnización automática como "usuario vulnerable de la vía pública". El motor de la bicicleta, en este caso, únicamente proporcionaba asistencia al pedaleo, incluso en la función "turbo". Por otra parte, la función solo se activaba mediante la fuerza muscular.

Dado que en la legislación belga el concepto de vehículo se corresponde con el que figura en la Directiva 2009/103 sobre la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, el Tribunal de Casación belga decidió plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación de este concepto.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la bicicleta eléctrica no es un "vehículo" en los términos de la Directiva 2009/103 y que la víctima podía reclamar una indemnización como "usuario vulnerable de la vía pública".

El tribunal observó, en primer lugar, que la directiva no contiene ninguna indicación para determinar si la fuerza mecánica debe desempeñar un papel exclusivo en el accionamiento de un vehículo.

No obstante, señaló que la directiva se refiere al "seguro de vehículos automóviles", es decir, al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos como motocicletas, automóviles y camiones, que se desplazan exclusivamente por medio de una fuerza mecánica, a excepción de los vehículos que se desplazan sobre rieles.

El tribunal recordó, además, que el objetivo de la directiva era proteger a las víctimas de accidentes de tráfico causados por vehículos automóviles. Tal objetivo no exige que las bicicletas eléctricas estén comprendidas en el concepto de "vehículo".

El fabricante de la bicicleta eléctrica declaró que el motor solo prestaba asistencia al pedaleo, incluso en la función "turbo", y que esa función solo podía activarse mediante la fuerza muscular, con el pedaleo, caminando con la bicicleta o empujándola. El tribunal entendió que de ello se desprendía que la víctima no era conductora de un vehículo automóvil y que podía reclamar una indemnización como "usuario vulnerable de la vía pública", al igual que la aseguradora en materia de accidentes laborales, subrogada en los derechos de la víctima. En efecto, declaró que las máquinas que no se accionan exclusivamente mediante la fuerza mecánica, como una bicicleta eléctrica que puede acelerar sin pedalear hasta los 20 km/h, no parecen causar daños corporales o materiales comparables a los que pueden causar las motocicletas, los automóviles, los camiones u otros vehículos accionados exclusivamente mediante fuerza mecánica que circulan sensiblemente más rápido.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, C-286/22, "KBC Verzekeringen vs P&V Verzekeringen CVBA", sentencia del 12-10-2023, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=278515&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=231299

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Derecho de la Unión Europea. **Derecho a la propiedad. Derecho a la libre circulación.** Guerra en Ucrania. **Inmovilización de fondos de un ciudadano ruso.** (Tribunal General de la Unión Europea-Rusia).

Antecedentes del caso: Dmitry Arkadievich Mazepin es un hombre de negocios de nacionalidad rusa. Es el propietario y director ejecutivo de Uralchem, un fabricante ruso de gran variedad de productos químicos. Según la propia empresa, Uralchem es el mayor productor de nitrato de amonio y el segundo mayor productor de abonos a base de amoníaco y de nitrógeno de Rusia.

En febrero de 2022, tras las fases iniciales de la agresión rusa contra Ucrania, Mazepin y otros 36 hombres de negocios se reunieron con el presidente Putin y otros miembros del Gobierno ruso para debatir sobre la línea de acción que debían adoptar a raíz de las sanciones occidentales contra Rusia.

El Consejo de la Unión Europea consideró que el hecho de que Mazepin fuera invitado a esa reunión, así como los demás elementos de prueba del expediente, demostraban que formaba parte del círculo más cercano al presidente Putin, que era un hombre de negocios influyente y que apoyaba o llevaba a cabo políticas bélicas contra Ucrania. Por eso, el Consejo decidió imponerle sanciones: todos sus fondos y recursos económicos en el seno de la Unión Europea fueron inmovilizados y se le prohibió entrar o transitar por el territorio de los Estados miembros.

Mazepin presentó un recurso de anulación ante el Tribunal General de la Unión Europea contra la decisión del Consejo.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión Europea desestimó el recurso presentado por Mazepin.

El tribunal sostuvo que el Consejo de la Unión Europea había motivado debidamente su decisión. Afirmó que Mazepin había tenido acceso a los elementos de prueba de su expediente, de modo que había podido comprender con facilidad lo que se le reprochaba y defenderse.

El tribunal señaló que el Consejo había aportado un conjunto de indicios suficientemente concretos, precisos y coherentes que demostraban que Mazepin era un hombre de negocios influyente de un sector productivo que proporcionaba una fuente sustancial de ingresos al Gobierno ruso. Por consiguiente, las sanciones impuestas a Mazepin incrementaban el costo de las acciones de Rusia en Ucrania. El tribunal concluyó que, de este modo, se cumplía la voluntad del Consejo de ejercer presión sobre las autoridades rusas para poner fin a sus acciones y a sus políticas desestabilizadoras contra Ucrania.

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNION EUROPEA, C-282/22, caso "Mazepin c. Consejo", sentencia del 8-11-2023, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=279463&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1771022

Derecho de la Unión Europea. Derecho a la propiedad. **Propiedad intelectual e industrial.** Anulación de un diseño comunitario registrado. Divulgación anticipada de un diseño. (Tribunal General de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la artista Robyn Rihanna Fenty, más conocida como Rihanna, subió a su perfil de Instagram en diciembre de 2014 unas imágenes en las que posaba con zapatillas de deporte blancas con suela negra que fueron reproducidas en varios artículos de prensa. Mediante la publicación se daba a conocer el nombramiento de Rihanna como nueva directora artística de Puma.

Las imágenes se hicieron públicas doce meses antes de la presentación de la solicitud de registro del diseño de las zapatillas, por lo que la Oficina Europea de Propiedad Intelectual (EUIPO) consideró que esto justificaba la anulación del modelo registrado.

La empresa neerlandesa Handelsmaatschappij J. Van Hilst logró que, mediante resolución de la EUIPO del 11 de agosto de 2022, se declarase la nulidad del diseño o modelo comunitario de zapatillas deportivas que había sido registrado a nombre de la empresa alemana Puma en agosto de 2016. Para fundamentar su resolución, la EUIPO señaló que, doce meses antes de la presentación de la solicitud de registro, Rihanna había posado con zapatos que mostraban un diseño o modelo anterior de las mismas características que el diseño o modelo registrado. En estas circunstancias, la EUIPO consideró que el diseño o modelo anterior se había hecho público, lo que justificaba la anulación del registro.

En apoyo de su solicitud, Handelsmaatschappij J. Van Hilst había aportado, en particular, imágenes extraídas de la cuenta de Instagram "badgalriri", fechadas a mediados de diciembre de 2014, en las que se daba a conocer el nombramiento de Rihanna como nueva directora artística de Puma mediante la publicación de las zapatillas de deporte blancas con una suela negra gruesa. Las imágenes se difundieron en varios periódicos en línea.

Puma recurrió la decisión ante la Justicia europea.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión Europea confirmó la resolución de la EUIPO. Denegó el registro en la Unión Europea del diseño de zapatillas marca

Puma porque la artista Rihanna ya había posado con ellas un tiempo antes en su perfil de Instagram y, por tanto, el modelo ya se había hecho público.

El tribunal confirmó la apreciación de la EUIPO según la cual las imágenes en las redes bastaban para demostrar que el diseño o modelo anterior había sido divulgado y que los círculos especializados del sector de que se trata habían podido tener conocimiento de esa divulgación.

Explicó que las imágenes subidas por Rihanna a su perfil de Instagram permitían identificar a simple vista o mediante una ampliación todas las características esenciales del diseño o modelo anterior. Por esa razón, rechazó las alegaciones de Puma acerca de que nadie se había interesado en el calzado de Rihanna en diciembre de 2014 y, por tanto, nadie se había percatado del diseño o modelo anterior.

El tribunal sostuvo que en diciembre de 2014 Rihanna era una estrella del pop mundialmente conocida, lo que implicaba que entre sus fans y los círculos especializados en el ámbito de la moda se había despertado, en esa fecha, un interés particular por los zapatos que llevaba el día de la firma del contrato en virtud del cual se había convertido en la directora artística de Puma.

Habida cuenta de estos elementos, de acuerdo con el tribunal, la EUIPO había podido considerar fundadamente que el diseño o modelo anterior había sido divulgado en diciembre de 2014, lo que había permitido anular el diseño o modelo registrado.

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA, C-647/22, "Puma/EUIPO Handelsmaatschappij J.Van Hilst (zapatos)", sentencia del 6-3-2024, en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=283501&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6733751

TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR

Derecho ambiental. Derecho del mar. Cambio climático. Gases de efecto invernadero. Contaminación del medio marino. (Tribunal Internacional de Derecho del Mar).

Antecedentes del caso: la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre el Cambio Climático y el Derecho del Mar (Comisión) está integrada por Antigua y Barbuda, Tuvalu, la República de Palau, Niue, la República de Vanuatu, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, San Cristóbal y Nieves y la Mancomunidad de las Bahamas, todos ellos Estados parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Dada la relación directa entre el medio marino y los efectos adversos del cambio climático en los pequeños Estados insulares, la Comisión solicitó una opinión consultiva al Tribunal Internacional de Derecho del Mar acerca de cualquier cuestión jurídica comprendida en el ámbito de aplicación de la Convención, de conformidad con el art. 21 del Estatuto del tribunal y el art. 138 de su Reglamento.

La Comisión consultó sobre cuáles son las obligaciones particulares de los Estados parte en la Convención, en particular en virtud de su Parte XII, en cuanto a, por un lado, prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino —habida cuenta de los efectos adversos que tiene o puede tener el cambio climático, en particular como consecuencia del calentamiento y acidificación de los océanos y de la subida del nivel del mar provocados por las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero (GEI) a la atmósfera—; por el otro, en cuanto a proteger y preservar el medio marino de los impactos del cambio climático, en particular el calentamiento y la acidificación de los océanos y la subida del nivel del mar.

Sentencia: el Tribunal Internacional de Derecho del Mar estableció que los Estados están obligados a reducir sus emisiones de GEI para preservar el medio marino.

En primer lugar, el tribunal determinó que tenía competencia para emitir su opinión consultiva y, por lo tanto, respondió a la solicitud de la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre el Cambio Climático y el Derecho del Mar.

En cuanto a la primera cuestión planteada, el tribunal sostuvo que las emisiones antrópicas de gases de efecto invernadero en la atmósfera constituyen una contaminación del medio marino en el sentido del art. 1.1.4 de la Convención y que, en virtud de su art. 194.1, los Estados parte tienen la obligación particular de tomar todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina resultante de esas emisiones y de procurar alinear sus políticas en este ámbito. Observó que las medidas deberán ser determinadas objetivamente, teniendo en cuenta, entre otras cosas, los mejores conocimientos científicos disponibles y las reglas y normas internacionales pertinentes establecidas

en los tratados sobre cambio climático, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Acuerdo de París. El alcance y el contenido de las medidas necesarias —que incluyen las destinadas a reducir las emisiones de GEI— pueden variar en función de los medios de que dispongan los Estados parte y de sus capacidades. El tribunal afirmó que la obligación derivada del art. 194.1 de la Convención es una obligación de diligencia debida de nivel elevado dados los riesgos de daños graves e irreversibles para el medio marino que plantean las emisiones de GEI.

Añadió que los Estados parte tienen la obligación especial de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las emisiones antropógenas de GEI bajo su jurisdicción o control no causen daños por contaminación a otros Estados y a su medio ambiente, y que la contaminación causada por esas emisiones no se extienda más allá de las zonas en que ejercen derechos soberanos. Esta obligación se aplica en el contexto de la contaminación transfronteriza, es una obligación específica que se añade a la establecida en el art. 194.1 y también es una obligación de diligencia debida. El nivel de diligencia debida exigido puede ser muy alto debido a la naturaleza de la contaminación transfronteriza. En lo que respecta a las fuentes específicas de contaminación, la contaminación marina resultante de las emisiones antropogénicas de GEI puede clasificarse en: contaminación procedente de fuentes terrestres, contaminación procedente de buques o contaminación procedente de fuentes atmosféricas o transatmosféricas.

El tribunal señaló que los Estados parte tienen la obligación especial de adoptar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina resultante de las emisiones de GEI procedentes de fuentes terrestres y de fuentes atmosféricas o transatmosféricas, respectivamente. Para ello, estableció que deben considerar las reglas y normas acordadas internacionalmente, así como las prácticas y procedimientos recomendados establecidos, entre otros, en los tratados sobre cambio climático, como la CMNUCC y el Acuerdo de París. A tal fin, los Estados parte tienen la obligación particular de tomar las medidas necesarias y, a través de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática, adoptar reglas y normas mundiales y regionales, así como prácticas y procedimientos recomendados. Asimismo, los Estados parte tienen la obligación especial de adoptar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina resultante de las emisiones de GEI de los buques que enarbolen su pabellón o estén matriculados por ellos, que no serán menos eficaces que las reglas y normas internacionales establecidas por intermedio de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general.

Según el tribunal, los Estados parte tienen la obligación especial de velar por que los buques que enarbolen su pabellón o estén matriculados por ellos cumplan las reglas y normas internacionales aplicables, establecidas por intermedio de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general, así como sus leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina resultante de las emisiones de GEI de los buques. Para ello, deben adoptar leyes y reglamentos y tomar las medidas necesarias para hacerlos efectivos.

El tribunal señaló que los Estados parte tienen la obligación específica de cooperar en la promoción de estudios, la realización de programas de investigación científica y el fomento del intercambio de información y datos sobre la contaminación marina resultante de las emisiones antropogénicas de GEI, sus vías, riesgos y posibles soluciones, incluidas las medidas de mitigación y adaptación. Por otra parte, tienen la obligación particular de establecer criterios científicos apropiados a partir de los cuales formular y desarrollar reglas y normas, así como prácticas y procedimientos recomendados, para combatir la contaminación marina. Deben prestar la asistencia adecuada, directamente o a través de las organizaciones internacionales competentes, en materia de desarrollo de capacidades, conocimientos científicos, transferencia de tecnología y otros ámbitos.

El tribunal indicó que los Estados parte tienen la obligación de apoyar a los Estados en desarrollo, en particular a los vulnerables, en sus esfuerzos por combatir la contaminación marina resultante de las emisiones antropogénicas de los GEI y concederles un trato preferente en materia de financiación, asistencia técnica y servicios especializados pertinentes de las organizaciones internacionales.

El tribunal observó, además, que los Estados parte también deben llevar a cabo una vigilancia continua, publicar los informes correspondientes y realizar evaluaciones de impacto ambiental como medio de combatir la contaminación del medio marino resultante de las emisiones antropógenas de GEI. Los Estados parte tienen la obligación particular de esforzarse por observar, medir, evaluar y analizar los riesgos o efectos de la contaminación del medio marino. Deben ejecutar un examen permanente de los efectos de las actividades que hayan autorizado o estén realizando, a fin de determinar si esas actividades pueden causar contaminación del medio marino por emisiones antropógenas de GEI. Tienen la obligación especial o bien de publicar los resultados de la vigilancia continua de los riesgos y efectos de la contaminación causada por esas emisiones, o bien de ponerlos a disposición de las organizaciones internacionales competentes para su difusión.

Los Estados parte tienen la obligación específica de realizar evaluaciones de impacto ambiental. Toda actividad propuesta, ya sea pública o privada, que pueda causar una contaminación sustancial o cambios significativos y perjudiciales en el medio marino por emisiones antropógenas de GEI, incluso por efectos acumulativos, debe someterse a una evaluación del impacto ambiental. La responsabilidad del Estado parte bajo cuya jurisdicción o control se realice la actividad propuesta es la de llevar a cabo la evaluación y publicar su resultado.

En respuesta a la segunda cuestión planteada, el tribunal señaló que los Estados parte tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino. Cuando este se haya degradado, esta obligación puede requerir medidas para restaurar los hábitats y ecosistemas marinos. Los Estados parte deben prever los riesgos asociados a los efectos del cambio climático y la acidificación de los océanos, según corresponda a sus circunstancias. Además, tienen la obligación especial de proteger y preservar los ecosistemas raros o sensibles, así como el hábitat de las especies en disminución, amenazadas o en peligro y de otros organismos marinos, de los efectos del cambio climático y la acidificación de los océanos. Tienen la obligación específica de adoptar

las medidas necesarias para conservar los recursos marinos vivos amenazados por los efectos del cambio climático y la acidificación de los océanos. Para ello, deben aplicar un criterio de prevención y un enfoque ecosistémico.

Además, entendió que los Estados parte, entre otras cosas, deben consultarse de buena fe con miras a adoptar las medidas eficaces necesarias para coordinar y asegurar la conservación y el desarrollo de las poblaciones compartidas de peces. Las medidas necesarias deben considerar los impactos del cambio climático y de la acidificación de los océanos sobre los recursos marinos vivos. También tienen la obligación especial de cooperar en la adopción de las medidas necesarias para la conservación de los recursos marinos vivos en alta mar amenazados por los efectos del cambio climático y la acidificación de los océanos. Asimismo, tienen la obligación especial de adoptar medidas apropiadas para prevenir, reducir y controlar la contaminación resultante de la introducción de especies no autóctonas debido a los efectos del cambio climático y la acidificación de los océanos que puedan causar cambios significativos y perjudiciales en el medio marino.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, Rôle des affaires n.° 31, sentencia del 21-5-2024, en https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory_Opinion/A31_avis_cons_21.05.2024_orig.pdf

Índices

investigaciones

POR PAÍSES

ALEMANIA: 11, 13, 14, 16, 17, 18.

AUSTRALIA: 21.

BÉLGICA: 25.

BRASIL: 27, 30, 31, 33, 36, 38, 40, 44, 46, 50, 53.

CANADÁ: 56, 59, 61, 63, 65.

CHILE: 68.

COLOMBIA: 70, 72, 73, 75, 77, 79, 80, 82, 86, 87.

COREA DEL SUR: 90.

COSTA RICA: 94.

ECUADOR: 97.

ESPAÑA: 100, 102, 104, 106, 108, 110.

ESTADOS UNIDOS: 114, 116, 118, 121, 123, 126.

FRANCIA: 132, 133.

ITALIA: 137, 140, 143, 147, 152, 155, 161, 165, 170.

NUEVA ZELANDA: 174.

PERÚ: 177, 178.

REINO UNIDO: 181, 183, 186, 191, 194, 197, 200.

SUECIA: 206.

SUIZA: 208.

POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 211, 216, 219, 221, 226, 229, 232, 236, 239, 246, 248, 249, 252.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: 256, 259, 264, 266, 268, 271, 276, 283, 285, 287, 291.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: 294.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 305, 307, 308, 309, 311, 312, 314, 317, 318, 319, 321, 322, 324, 325, 327.

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA: 329, 330.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR: 332.

TEMÁTICO

ABUSO SEXUAL INFANTIL: 21.

Derecho de una víctima secundaria de abuso sexual institucional a iniciar una demanda por daños y perjuicios contra la institución: 21

Víctimas primarias y secundarias en casos de abuso sexual institucional: 21

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA: 53, 70, 87, 165, 170.

Derecho a la unidad familiar: 70.

Recluso que padece una enfermedad terminal y solicita traslado: 70.

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 27, 50.

Derecho a la igualdad: 27, 50.

Dignidad de la persona: 27.

Instituciones educativas: 27, 50.

Principio de laicidad del Estado: 27.

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO: 90.

Deber del Estado de garantizar la estabilidad de la vida familiar: 90.

Rectificación de género de personas transexuales con hijos menores de edad: 90.

DERECHO A LA IGUALDAD: 30, 31, 36, 53, 65, 80, 94, 97, 137, 170.

Derecho a la autodeterminación: 137.

Derecho a la identidad social de la persona: 137.

Derecho a la no discriminación: 94, 137.

Discriminación: 30, 65.

Discriminación contra las mujeres: 31.

Principio de universalidad del acceso a cargos públicos: 31.

Proporcionalidad: 36.

Reducción de las desigualdades regionales y sociales: 36.

Separación de poderes: 36.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 33, 40, 56, 97, 100.

Contenidos informáticos en cuentas de internet: 33.

Datos personales: 33.

Registro de información privada en el ámbito laboral: 56.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 11, 46, 114, 132, 147.

Comunicación oficial y personal: 114.

Conflicto israelí-palestino: 132.

Facebook: 114.

Funcionario público: 114.

Libertad de manifestación: 132.

Redes sociales: 114.

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA: 72.

Exhibición de una estatua de la Virgen del Carmen en una entidad pública: 72.

Principio de laicidad del Estado: 72.

DERECHO A LA MUERTE: 13, 170.
Deber de proteger la vida humana: 170.
Derecho a la autodeterminación terapéutica: 170.
Derechos de los enfermos graves: 13.
Suicidio asistido: 13, 170.
Uso de estupefacientes: 13.

DERECHO A LA NACIONALIDAD: 80.

DERECHO A LA PRIVACIDAD: 11, 33.
Cuentas oficiales y cuentas privadas: 11.
Derecho de acceso a un perfil en una red social: 11.
Funcionarios públicos y ámbito privado: 11.
Redes sociales: 11.

DERECHO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 181.
Patentamiento de invenciones creadas por inteligencia artificial: 181.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: 100.
Consulta sobre solvencia patrimonial: 100.
Derecho al honor: 100.
Privacidad: 100.

DERECHO A LA SALUD: 13, 14, 18, 53, 73, 97, 137, 183, 206.
Contaminación del agua potable: 206.
Derecho a la vida digna: 73.
Derecho de la víctima secundaria a una indemnización por daños psiquiátricos: 183.
Entrega de preparaciones magistrales a base de cannabis medicinal: 73.
Extracción de sangre por practicantes de medicina alternativa: 14.
Medicina no tradicional: 14.
Negligencia médica: 183.
Niveles elevados de PFAS en sangre: 206.
Prestaciones oportunas, profesionales, idóneas y responsables: 14.
Protección al paciente: 14, 18.
Resarcimiento: 206.
Salud pública: 13, 14, 53.

DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL: 75, 77.

DERECHO A LA VIDA: 75, 77, 87.

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA: 75, 77.
Desastres naturales 75, 77.
Reubicación de familias: 75.
Reubicación y refacción de vivienda: 77.

DERECHO A UN JUICIO JUSTO: 186.
Abuso procesal: 186.
Derecho al honor y a la buena reputación: 186.
Derecho de defensa en juicio: 186.
Difamación: 186.
Error de derecho: 186.

DERECHO ADMINISTRATIVO: 56, 132.
Competencias de los tribunales administrativos: 56.
Estándar de corrección de la revisión judicial: 56.
Naturaleza gubernamental de una entidad: 56.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: 79, 82, 97.
Derecho a la buena fe: 82.
Derecho a la presunción de inocencia: 82.

DERECHO AL NOMBRE: 80, 94.

DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 165, 170, 191.
Derecho a la salud psicológica y física: 165.

DERECHO AMBIENTAL: 59, 174, 206, 332.
Cambio climático: 174, 332.
Contaminación del medio marino: 332.
Daño ambiental: 174.
Derecho del mar: 332.
Emisión de gases de efecto invernadero: 174, 332.
Impacto ambiental: 59.
Medio ambiente: 206.

DERECHO CIVIL: 94, 102.
Abandono de menor: 102.
Abandono paterno: 102.
Causa de desheredación: 102.
Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 94.
Derecho de sucesiones: 102.
Herencia: 102.
Maltrato psicológico: 102.
Orden de los apellidos del padre y de la madre en el nombre: 94.
Principio de razonabilidad y proporcionalidad: 94.

DERECHO COMERCIAL: 36, 68.
Principio de libre empresa: 36.
Protección de los consumidores 36.

DERECHO CONSTITUCIONAL: 59.
Control de constitucionalidad: 59.

División de poderes: 59.
Principio *ultra vires*: 59.

DERECHO DE FAMILIA: 82, 140.
Demanda de custodia: 82.
Divorcio: 140.
Pensión de divorcio: cómputo del período de convivencia prematrimonial: 140.
Suspensión de régimen de visitas: 82.

DERECHO DEL CONSUMIDOR: 68, 104.
Cláusulas abusivas en contratos: 104.
Derecho a recibir la factura en formato papel: 104.
Ley del Consumidor: 68.
Refinanciamiento de deuda: 68.
Tarjeta de crédito: 68.

DERECHO DEL TRABAJO: 30, 38, 86, 87, 97, 106, 116, 118, 143, 197.
Acceso al teletrabajo por parte de un funcionario público: 87.
Accidente laboral: 106.
Carga probatoria: 118.
Contrato de prestación de servicios: 86.
Contrato de trabajo: 116.
Cupos para personas de raza negra en concursos públicos federales: 30.
Derecho a la estabilidad laboral reforzada: 86, 87.
Derecho a la protección especial de las personas en estado de debilidad manifiesta: 87.
Derecho al trabajo digno: 87.
Derecho de contratación: 97.
Descenso de categoría: 143.
Despido: 118
Despido de trabajadora embarazada del Congreso: 86.
Discriminación en el empleo: 118.
Examen toxicológico: 38.
Indemnización: 143.
Libertad de asociación: 197.
Libertad sindical: 197.
Muerte de trabajador en dependencias de la empresa antes del inicio de la jornada laboral: 106.
Negociación colectiva obligatoria: 197.
Principio de igualdad: 38
Principio de la dignidad humana: 38
Prohibición de discriminación: 86, 97.
Protección legal contra el despido del trabajador que denuncia hechos delictivos en el ámbito laboral: 118.
Servicios de mensajería rápida: 197.
Sistema de arbitraje: 116.
Solución alternativa de controversias: 116.

Tiempo de espera, jornada y descanso de conductores profesionales: 38.

DERECHO ELECTORAL: 16, 17.

Edad mínima legal para ejercer el derecho al voto de miembros del Parlamento Europeo: 16.

Propaganda de organizaciones inconstitucionales y terroristas: 17.

Sanción a político de extrema derecha por utilizar lema nazi: 17.

DERECHO PENAL: 18, 40, 44, 46, 61, 108, 121, 147, 152, 155, 161, 165, 200, 208.

Aborto: 208.

Abuso sexual: 61.

Acción penal: 208.

Agentes de seguridad socioeducativa: 44.

Apología del fascismo: 147.

Atenuación de la pena: 161.

Atenuantes genéricas: 155.

Caso fortuito: 108.

Competencia del estado federal: 44.

Conducta de menor gravedad: 161.

Consentimiento: 61.

Consentimiento subjetivo: 61.

Deber de cuidado: 108.

Delito penal 40.

Delitos y penas: 152.

Derecho a la libertad individual: 40.

Derecho a la libertad personal: 165.

Derecho a la libre expresión de la afectividad incluso en su componente sexual: 165.

Derecho de defensa en juicio: 121.

Detenidos: 165.

Efecto acumulativo de la prueba: 61.

Emergencia pandémica: 155.

Femicidio: 155.

Garantías constitucionales: 121.

Homicidio por imprudencia profesional grave: 108.

Incidencia, en cuanto al perfil subjetivo, de patologías o trastornos significativos de la personalidad que disminuyen la reprochabilidad de la conducta: 152.

Incumplimiento de órdenes judiciales: 46.

Irrecurribilidad del veredicto de absolución: 121.

Juicio por jurados: 121.

Justicia militar: 61.

Legitimación: 208.

Lesiones culposas seguidas de muerte: 18.

Marihuana: 40.

Muerte por asfixia durante un proceso de detención: 108.

Non bis in idem: 121.

Principio de personalidad de la responsabilidad penal: 152.

Principio de proporcionalidad de la pena: 152.

Principios de razonabilidad, de personalidad de la responsabilidad penal y de finalidad rehabilitadora de la pena: 161.

Pornografía infantil: 161.

Posesión de armas de fuego: 44.

Posesión de drogas para consumo personal: 40.

Prohibición constitucional de difusión de discursos de odio e incitación a cometer actos antidemocráticos: 46.

Proporción necesaria de la pena en relación con el valor objetivo y subjetivo del delito: 152.

Proporcionalidad de la pena: 161.

Saludo romano en una manifestación pública: 147.

Suspensión del funcionamiento de una red social en el territorio nacional: 46.

Titular del bien jurídico protegido: 208.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL: 294.

Conflicto entre Israel y Palestina: 294.

Convención sobre el Genocidio: 294.

Derecho a la protección frente a actos de genocidio: 294.

Derecho de un Estado parte para solicitar a otro Estado parte el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Convención: 294.

Derecho internacional humanitario: 294.

Distinción entre el delito de genocidio y las violaciones del derecho internacional humanitario: 294.

Pertinencia de las medidas solicitadas en relación con los derechos reivindicados: 294.

Población civil de la Franja de Gaza: 294.

DERECHO PROCESAL: 33, 63.

Derecho a la igualdad de acceso a los tribunales: 63.

Derecho del imputado a un juicio en el idioma oficial de su preferencia: 63.

Derecho procesal penal: 63.

Derechos lingüísticos: 63.

Discriminación lingüística: 63.

Obtención de pruebas sin autorización judicial previa: 33.

DERECHOS DE AUTOR: 25.

Derechos de autor de obras artísticas: 25.

Derechos de autor del *software*: 25.

Régimen fiscal especial: 25.

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES: 123, 133, 191.

Anulación total o parcial de artículos y reserva de interpretación 133.

Declaración de conformidad con la Constitución de artículos entre los cuales uno sobre el compromiso del inmigrante a respetar los principios de la República: 133.

Deportación: 191.

Derecho a la protección judicial en los procesos migratorios: 123.

Derecho a las garantías del debido proceso: 123.

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: 191.

Expulsión de las personas no ciudadanas de los Estados Unidos: 123.
Inmigración ilegal: 191.
Ley de inmigración: 133.
Poder discrecional de los jueces de inmigración: 123.

DERECHOS DEL NIÑO: 80, 82, 90, 200.
Bienestar del menor: 90.
Derecho a tener una familia y no ser separado de ella: 82.
Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 82.
Maltrato infantil: 200.
Nacionalidad de una niña nacida mediante un procedimiento de gestación subrogada: 80.
Principio del interés superior del niño: 80, 90.
Violencia doméstica: 200.

DERECHOS HUMANOS: 90, 123, 194, 200.
Deber de veracidad: 194.
Derechos de las mujeres: 200.
Esclavitud moderna: 194.
Mutilación genital femenina: 200.
Prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos y degradantes: 200.
Solicitud de asilo: 194.

DERECHOS POLÍTICOS: 79, 126.
Derecho a elegir y ser elegido: 79.
Inhabilitación para ocupar un cargo federal o estatal: 126.
Insurrección o rebelión de un funcionario público contra el Estado: 126.
Remoción de un candidato a presidente en la boleta electoral: 126.
Sanción disciplinaria a un parlamentario por parte de su partido político: 79.

DERECHOS SOCIALES: 38.

DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: 82.
Perspectiva de género: 82.
Síndrome de alienación parental: 82.

DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO Y DE ORIENTACIÓN SEXUAL: 27, 50, 53, 90, 137.
Género no binario: 137.
Rectificación de atribución de sexo: 137.

LEY DE AMNISTÍA: 110.
Delito de desobediencia: 110.
Delito de malversación de fondos públicos: 110.
Delito de sedición: 110.
Proceso soberanista de Cataluña: 110.

PUEBLOS ORIGINARIOS: 65, 174, 177, 178.

Concesión de explotación minera en tierras de comunidades indígenas: 177.

Concesión de obras de infraestructura en territorios indígenas: 178.

Derecho a la consulta previa, libre e informada: 177, 178.

Derecho a la identidad cultural: 178.

Derecho a la libre determinación: 178.

Derecho a la participación de los pueblos indígenas: 178.

Derecho a la propiedad comunal y al territorio: 177, 178.

Derecho a los recursos naturales: 178.

Derechos colectivos: 65.

Derechos individuales: 65.

Derechos públicos: 174.

Paz social: 178.

Requisito de residencia para personas que optan a cargos de autoridad en un territorio indígena: 65.

Responsabilidad civil extracontractual: 174.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: 256, 259, 264, 266, 268, 271, 276, 283, 285, 287, 291.

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: 291.

Derecho a acceder a un cargo público en condiciones generales de igualdad: 271.

Derecho a conocer la verdad: 287.

Derecho a la estabilidad laboral: 283, 285.

Derecho a la familia: 291.

Derecho a la igualdad ante la ley: 256, 268.

Derecho a la integridad física: 259, 276, 291.

Derecho a la propiedad colectiva: 259.

Derecho a la protección de la familia: 287.

Derecho a la salud: 276.

Derecho a la vida: 259, 276.

Derecho a la vida privada y familiar: 291.

Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial: 256, 264, 266, 268, 271, 283, 285, 287.

Derecho a un juicio justo: 283.

Derecho a un recurso eficaz: 266.

Derecho al acceso a la información: 276

Derecho al debido proceso: 271, 283, 285.

Derecho al medio ambiente sano: 276.

Derecho al plazo razonable: 268.

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, de la vida, la integridad personal, la libertad personal, de pensamiento y expresión y de la libertad de asociación: 287.

Derecho al trabajo: 256, 283, 285.

Derecho de acceso a la información: 259.

Derecho de defensa: 285

Derechos del niño: 287.

Derechos políticos: 259, 264, 283.

Desapariciones forzadas: 287

Destitución de magistrados: 264, 271.

Destitución de un funcionario público: 285.

Incumplimiento de la orden de restitución internacional: 291.

Principio de legalidad y de retroactividad: 264.

Principios de celeridad y diligencia excepcional y obligación de localización de menores trasladados ilícitamente: 291.

Principios de legalidad e independencia judicial: 271.

Prohibición de discriminación de las personas con discapacidad: 256.

Protección a la estabilidad laboral y judicial: 271.

Restitución internacional de niños y niñas: 291.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

CAMBIO CLIMÁTICO: 211.

Derecho a un proceso equitativo: 211.

Derecho de acceso a un tribunal: 211.

Derecho de las personas a una protección eficaz por parte de las autoridades del Estado frente a los graves efectos adversos del cambio climático sobre su vida, su salud, su bienestar y su calidad de vida: 211.

Obligaciones positivas: 211.

CORTE SUPREMA: 305.

Noción de órgano jurisdiccional independiente e imparcial: 305.

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 219.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 216, 219, 246.

Calumnias e injurias contra un funcionario público: 216.

Enaltecimiento y justificación del terrorismo: 216.

Incitación a la violencia: 216.

Libertad ideológica: 216.

DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN: 219, 308.

Uso del velo islámico en establecimientos educativos públicos: 219.

DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO: 221, 232.

Acogimiento de menores: 232.

Despido discriminatorio por razones de orientación sexual: 221.

Injerencia desproporcionada en la vida privada: 221.

Interés superior del niño: 232.

DERECHO A LA PROPIEDAD: 329, 330.

Anulación de un diseño comunitario registrado: 330.

Derecho a la libre circulación: 329.

Divulgación anticipada de un diseño: 330.

Guerra en Ucrania: 329.

Inmovilización de fondos de un ciudadano ruso: 329.
Propiedad intelectual e industrial: 330.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: 307, 309, 311, 312, 324.
Agencias privadas de información comercial: 312.
Bases de datos personales de organismos estatales: 307.
Daños y perjuicios: 307.
Derecho de acceso del afectado a información sobre los destinatarios de los datos personales: 324.
Identificación del titular de un vehículo: 309.
Plazo de conservación de información: 312.
Protección de la vida privada: 311.
Registros de impresiones dactilares: 311.
Registros públicos: 312.
Responsabilidad: 307.
Seguridad digital: 307.
Tratamiento de datos personales: 307.

DERECHO A LA SALUD: 226, 229, 317.
Contaminación por residuos: 229.
Control de enfermedades de transmisión sexual: 226.
Derecho a un medio ambiente sano: 226.
Difusión de datos personales de trabajadoras sexuales seropositivas: 226.
Extracción de sangre sin consentimiento previo: 226.
Salud pública: 229.

DERECHO A UN JUICIO JUSTO: 314.
Cooperación judicial en materia penal: 314.
Procedimiento prejudicial: 314.
Uso probatorio de datos cifrados extranjeros: 314.
Utilización de pruebas que infringen el derecho de la Unión: 314.

DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 211, 219, 226, 229, 232.
Derechos individuales de las personas trans: 232.

DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: 325.
Ayuda de *minimis*: 325.
Ayudas de Estado: 325.
Demanda de indemnización: 325.
Procedimiento prejudicial: 325.

DERECHO DEL TRABAJO: 308, 317, 318, 319.
Aislamiento: 317.
Derecho a prohibir el uso de signos religiosos a los empleados de la Administración pública: 308.
Derecho del trabajador a gozar de vacaciones y a disponer de tiempo de ocio y esparcimiento: 317.
Derechos de las personas con discapacidad: 318.
Discriminación: 308.

Discriminación laboral por razón de edad: 318.
Incapacidad sobreviniente: 317.
Pandemia de COVID-19: 317.
Pilotos: 319.
Principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial: 319.
Retribución por tiempo extraordinario de actividad de vuelo: 319.
Trato diferencial: 319.
Uso de símbolos religiosos en el lugar de trabajo: 308.

DERECHO PREVISIONAL: 236.
Cese anticipado de las funciones de un juez por decisión de un representante del Ejecutivo: 236.
Derecho a ser oído por un tribunal en un proceso equitativo: 236.
Independencia judicial: 236.
Reducción de la edad jubilatoria para jueces y juezas: 236.

DERECHOS HUMANOS: 239.
Aplicación retroactiva de la ley penal más benigna: 239.
Derecho a la libertad y a la seguridad: 239.
Derecho a una reparación: 239.
Ilegalidad de una internación en un centro psiquiátrico: 239.

INMIGRANTES: 248.
Centro fronterizo de identificación de inmigrantes: 248.
Condiciones de recepción deficientes para menores: 248.
Condiciones insalubres de alojamiento e higiene: 248.
Derecho a la libertad y a la seguridad: 248.
Derechos del niño: 248.
Privación arbitraria de la libertad: 248.
Prohibición de tratos inhumanos y degradantes: 248.

ORGANIZACIÓN Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE COMPETICIONES DEPORTIVAS: 321, 322.
Derechos de difusión: 321.
Entidad de derecho privado: 322.
Federación deportiva internacional: 321, 322.
Patinaje sobre hielo: 322.

PATRIMONIO CULTURAL: 252.
Derecho al disfrute pacífico de los bienes: 252.
Exportación ilícita: 252.
Orden de confiscación: 252.
Protección de los bienes culturales pertenecientes a un estado: 252.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: 219, 236.

PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL Y DEL ORDEN PÚBLICO: 246, 249.
Libertad de reunión, expresión y asociación: 249.
Organizaciones "indeseables": 249.
Prohibición de entrada a un Estado de la Unión: 246.
Propaganda rusa en un Estado de la Unión: 246.

SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMÓVILES: 327.
Bicicleta con pedaleo asistido: 327.

