



*Dirección de Estudios*  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

---

# BOLETÍN de JURISPRUDENCIA COMPARADA

---

N° 36 • Junio de 2015



# ÍNDICE

1. Consejo Constitucional de Francia .....	Pág. 5
a) No vulnera la libertad de conciencia la legislación que obliga a funcionarios públicos a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo	
2. Tribunal Constitucional de España .....	Pág. 6
a) No vulnera el principio retroactivo la norma tributaria que crea un impuesto, si el establecimiento de la nueva tasa era previsible y dio a los sujetos pasivos la oportunidad de ajustar su comportamiento económico a ésta	
b) Hay igualdad y, por ende, incompatibilidad, entre un tributo estatal y otro autonómico cuando coinciden sus elementos esenciales: el hecho imponible, la base imponible y los contribuyentes	
c) Son incompetentes las actuaciones de la Generalitat de Cataluña de preparación del proceso de participación ciudadana del 9-N, por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento del orden constitucional	
3. Corte Suprema del Reino Unido .....	Pág. 12
a) La libertad de expresión permite publicar aspectos de la vida privada aun cuando pudieran causar angustia en otra persona	
4. Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo) .....	Pág. 13
a) No existe una afectación al derecho a la vida al aplicarse la ley sobre terminación de la vida de los pacientes	
5. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo) .....	Pág. 15
a) En materia de venta y garantía de bienes de consumo se considera que las faltas de conformidad que se manifiestan en un plazo de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en el momento de la entrega	
b) El comprador debe disponer de información correcta, neutra y objetiva sobre los ingredientes que contiene un producto alimenticio, que no le induzca a error, por lo que el etiquetado no debe tener carácter engañoso	
c) El objetivo de la prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros es el de incitar a éstos a seguir una sana política presupuestaria y evitar su endeudamiento o déficit excesivo	

6. Corte Suprema de Canadá .....	Pág. 22
a] No hay un vínculo claro entre los elementos discriminatorios y el nivel educativo	
b] Corte Suprema permite usos alternativos de marihuana medicinal	
c] Juez erró en sus conclusiones, al no considerar como un todo los factores que pudieran determinar el ilícito de una relación sexual	
7. Corte Suprema de Estados Unidos .....	Pág. 26
a] No se requiere que el empleador tenga conocimiento de la necesidad de ajustes en su política interna, para que no contratar a una persona por razones religiosas pueda ser entendido como una vulneración a la ley de derechos civiles	
8. Corte Constitucional de Colombia .....	Pág. 27
a] En ausencia de norma legal que disponga un límite máximo para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, corresponde que sean los médicos tratantes quienes lo determinen en base a criterios médicos	
b] El Estado debe consultar previamente a los grupos étnicos y afrodescendientes cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente	
c] La Constitución reconoce la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar	
d] El acceso a la nacionalidad por parte de un menor de edad de padre extranjero no puede sujetarse a la exigencia de una visa de residencia	
e] En ejercicio de una facultad legal es posible restringir ciertos derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, siempre que obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad	
f] La potestad de restricción de derechos de las personas privadas de libertad debe sujetarse a los fines esenciales de la acción penitenciaria	
g] La solicitud de reajuste pensional para que se calculen nuevos factores salariales es imprescriptible	
9. Tribunal Constitucional del Perú .....	Pág. 42
a] El ingreso a la Administración Pública mediante contrato indefinido exige necesariamente un concurso público previo de méritos, en una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada	
10. Tribunal Constitucional de República Dominicana .....	Pág. 44
a] Es inconstitucional la aplicación de un arbitrio municipal que colisiona con un impuesto nacional establecido por ley	

## 1 | Consejo Constitucional de Francia

- a] No vulnera la libertad de conciencia la legislación que obliga a funcionarios públicos a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.

---

*Acción:* Cuestión Prioritaria de Constitucionalidad (QPC)

*Rol* Nº 2013-353

*Fecha:* 18 de Octubre de 2013

*Descriptor:* Objeción de conciencia – Funcionarios públicos – Matrimonio – Homosexualidad – Libertad de conciencia – Principio de neutralidad – Registro civil

---

El Consejo Constitucional francés fue requerido por el Consejo de Estado de una cuestión prioritaria de constitucionalidad, planteada por un grupo de personas que alegó que las disposiciones del Código Civil y del Código General de las Colectividades Territoriales vulneran las garantías constitucionales, al no contemplar una cláusula de objeción de conciencia, que alcaldes y oficiales del registro civil puedan invocar para evitar officiar matrimonios a parejas del mismo sexo en sus municipios.

Al contrario de lo sostenido por los requirentes, el Consejo resolvió que la libertad de conciencia no ha sido vulnerada y que las disposiciones cuestionadas son constitucionales, toda vez que no desconocían ni el principio del pluralismo de las corrientes de ideas y de opiniones, ni el principio de la libre administración de las colectividades territoriales, ni ningún otro derecho o libertad que la Constitución garantiza.

El Consejo estimó que al impedir que los oficiales del registro civil puedan valerse de un desacuerdo con las disposiciones de la ley que permite el matrimonio de personas del mismo sexo –con el objetivo de eximirse del cumplimiento de las

atribuciones que por ley le han sido encomendadas para la celebración del matrimonio–, el legislador ha pretendido asegurar la aplicación de la ley de matrimonio y garantizar el buen funcionamiento y la neutralidad del registro civil, en tanto servicio público del Estado.

## 2 | Tribunal Constitucional de España

- a] No vulnera el principio retroactivo la norma tributaria que crea un impuesto, si el establecimiento de la nueva tasa era previsible y dio a los sujetos pasivos la oportunidad de ajustar su comportamiento económico a ésta.

---

*Acción:* Recurso de inconstitucionalidad

*Rol N° 275-2015\**

*Fecha:* 26 de Mayo de 2015

*Descriptores:* Impuestos – Créditos – Irretroactividad de las normas – Seguridad jurídica – Facultades discrecionales – Interés público – Ley de Presupuestos – Estabilidad fiscal – Administración de ingresos públicos

---

El Tribunal Constitucional rechaza, por unanimidad, que el impuesto estatal sobre depósitos en entidades de crédito vulnere los principios constitucionales de seguridad jurídica e irretroactividad, por lo cual desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias contra la Ley 8/2014.

Explica el Tribunal que el precepto recurrido modifica el artículo 19 de la Ley 16/2012, en virtud de la cual se adoptaron diversas medidas tributarias, entre ellas,

---

\* *El correspondiente número que identifica a la sentencia del Tribunal Constitucional de España no corresponde a su Rol oficial, sino que al número de ingreso de la acción de amparo. Ello ya que estas sentencias no han sido publicadas aún en el Boletín Oficial del Estado (BOE), sino que son accesibles de forma transitoria en el sitio web de dicho Tribunal. Con todo, una vez que hayan sido incorporados al BOE se les asigna el correspondiente rol STC, lo cual será comunicado oportunamente por la Dirección de Estudios, una vez que ello ocurra.*

la creación de un impuesto estatal sobre los depósitos en las entidades de crédito, lo que supuso la supresión de los impuestos autonómicos equivalentes, por lo que, para paliar la disminución de los ingresos, la norma estatal prevé medidas compensatorias, aunque sólo para aquellos casos en los que el impuesto autonómico suprimido hubiera sido creado antes del 1 de diciembre de 2012.

Como primera alegación, los recurrentes denuncian que la ley impugnada vulnera la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), por no establecer medida alguna que compense al Principado de Asturias por la supresión del tributo autonómico equivalente. La sentencia reitera que el hecho de limitar las medidas de compensación a aquellos casos en los que el impuesto suprimido ha sido establecido con anterioridad al 1 de diciembre de 2012 no vulnera la LOFCA. El impuesto asturiano sobre depósitos en entidades de crédito entró en vigor el 1 de enero de 2013, por lo que es evidente, añade el Tribunal, que no cumplía la condición establecida para activar la compensación por su supresión.

Los recurrentes alegan, en segundo lugar, que la ley cuestionada vulnera el principio de irretroactividad y seguridad jurídica, contenidos en la Constitución. Respecto al primero de estos principios, el Tribunal señala que el legislador dispone de un amplio margen de discrecionalidad política para establecer normas tributarias retroactivas, pues la Constitución no lo prohíbe.

Ahora bien, advierte, cuando una norma se aplica de forma retroactiva, puede entrar en colisión con el principio de seguridad jurídica, que protege *“la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles”*. En este caso, precisa, estamos ante un supuesto de *“retroactividad de grado medio o impropia”* (se da cuando la norma incide sobre situaciones jurídicas actuales, aún no concluidas), por lo que el Tribunal analiza si la norma impugnada ha afectado a la seguridad jurídica. La sentencia concluye que no se ha producido vulneración alguna de dicho principio constitucional en la medida en que el establecimiento de la nueva tasa era previsible, y argumenta a este respecto que *“La sucesiva regulación de este impuesto, recogida en hasta tres disposiciones con rango de ley dictadas en un periodo de tiempo próximo a los dos años (Ley 16/2012; Real Decreto-Ley 8/2014; y Ley 18/2014) ha permitido conocer con antelación a la Comunidad Autónoma recurrente, el Principado de Asturias, y también a las entidades financieras, sujetos pasivos del impuesto sobre los depósitos, de la existencia, alcance y contenido de esta modalidad de tributo, habiendo tenido aquéllas la oportunidad de ajustar su propio comportamiento económico a las previsiones legislativas del referido impuesto”*.

Advierte además, que existía un interés público consistente en dotar a las Comunidades Autónomas de una fuente adicional de ingresos, no solo para compensar la previsible pérdida de recaudación cuando se eliminaran efectivamente impuestos similares, pues el tipo de gravamen estatal es inferior al autonómico, sino también para evitar diferencias entre las Haciendas territoriales.

El Tribunal concluye que, dado el grado de retroactividad de la norma impugnada, su carácter previsible atendidas las circunstancias y la finalidad de la misma, el artículo 124 de la Ley 18/2014, no vulnera el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución.

Por último, los recurrentes alegan que el precepto impugnado vulnera los principios de estabilidad presupuestaria y de lealtad institucional, porque el impuesto se aprobó a mitad del ejercicio presupuestario y supone una importante disminución de ingresos para las arcas autonómicas.

El Tribunal rechaza tales alegaciones, en tanto que si bien es cierto que una eventual disminución de los ingresos previstos en el Presupuesto de un ente público puede provocar un aumento del déficit si a la vez no se incrementan otros ingresos o no disminuyen los gastos, ello no significa que toda eventual variación en la previsión de los ingresos implique, directamente y sin solución de continuidad, una vulneración del principio de estabilidad presupuestaria consagrado en la Constitución. Ello, en primer lugar porque, según su propia doctrina, “*los estados de ingresos en el Presupuesto tienen una función de mera previsión*”, y, en segundo lugar, porque la ley recurrida “*incide, en su caso, sobre una previsión de ingresos presupuestarios que se realiza a pesar de que la Comunidad Autónoma había establecido su impuesto con posterioridad al 1 de diciembre de 2012, cuando era esperable que quedara excluida de la compensación, en virtud del artículo 19.13 de la Ley 16/2012*”. Por las mismas razones, el Tribunal rechaza la alegación sobre la vulneración del principio de lealtad constitucional.

- b) Hay igualdad y, por ende, incompatibilidad, entre un tributo estatal y otro autonómico cuando coinciden sus elementos esenciales: el hecho imponible, la base imponible y los contribuyentes.**

*Acción:* Recurso de inconstitucionalidad

*Rol N°* 7870-2014 y 7279-2012\*

*Fecha:* 28 de Mayo de 2015

*Descriptor:* Impuestos – Superposición de impuestos – Tasas – Créditos – Depósito bancario – Decreto Ley – Ley – Hecho imponible – Contribuyente

El Tribunal Constitucional acogió, por unanimidad, dos recursos de inconstitucionalidad formulados por el Gobierno contra el Decreto-Ley de Cataluña 5/2012, y

\* *El correspondiente número que identifica a las sentencias del Tribunal Constitucional de España no corresponde a su Rol oficial, sino que al número de ingreso de la acción de amparo. Ello ya que estas sentencias no han sido publicadas aún en el Boletín Oficial del Estado (BOE), sino que son accesibles de forma transitoria en el sitio web de dicho Tribunal. Con todo, una vez que hayan sido incorporados al BOE se les asigna el correspondiente rol STC, lo cual será comunicado oportunamente por la Dirección de Estudios, una vez que ello ocurra.*



contra la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, relativos ambos al impuesto sobre los depósitos en entidades de crédito, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de ambas normas autonómicas.

La primera de las citadas sentencias resuelve el recurso del Gobierno contra el decreto-ley catalán y da la razón al recurrente, quien alegó que dicho decreto-ley rebasa los límites, tanto formales como materiales, que el Estatuto de Autonomía impone a la legislación de urgencia. Al efecto, señala el Tribunal que el Estatuto de Autonomía de Cataluña prevé de forma muy específica que los tributos propios se establecen por la Generalitat mediante ley del Parlamento, imponiendo así un inequívoco límite material al decreto-ley catalán, traducido, según expresa, *“en la imposibilidad de crear tributos propios mediante ese instrumento normativo”*. *“No cabe duda, que al establecer ex novo este impuesto propio, el Decreto-Ley 5/2012 ha infringido la exigencia estatutaria de que la Generalidad cree tributos propios mediante ley del Parlamento”*.

La segunda de las sentencias citadas resuelve el recurso del Gobierno contra la ley del Parlamento catalán que se aprobó dos años después del Decreto-Ley autonómico 5/2012 (anulado por la anterior sentencia). Alega el recurrente que el tributo creado por la ley autonómica vulnera la Constitución y la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), en la medida en que es idéntico al impuesto estatal regulado en la Ley 16/2012. Tras analizar las características de ambos tributos, el estatal y el autonómico, la sentencia concluye que el segundo coincide, en sus elementos esenciales, con el homónimo estatal, incurriendo por tanto en la incompatibilidad que establece la ley LOFCA. De hecho, añade la sentencia, *“hay coincidencia en el hecho imponible, la base imponible y los contribuyentes, refiriéndose las únicas diferencias a la cuota tributaria y a las deducciones establecidas por la Comunidad Autónoma para sucursales radicadas en su territorio”*. Consecuencia de ello es la vulneración de la Constitución, por lo que el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad de las normas catalanas recurridas.

- c] Son incompetentes las actuaciones de la Generalitat de Cataluña de preparación del proceso de participación ciudadana del 9-N, por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento del orden constitucional.

*Acción:* Recurso de inconstitucionalidad

*Rol N°* 6540-2014\*

*Fecha:* 11 de Junio de 2015

*Descriptores:* Consulta popular – Suspensión – Medidas cautelares – Incompetencia – Poder constituyente – Asamblea constituyente – Reforma constitucional

El Tribunal Constitucional, por unanimidad, declaró inconstitucionales las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relacionadas con la preparación del llamado “proceso de participación ciudadana” del 9 de noviembre de 2014. Esas actuaciones, puestas en marcha por el Gobierno autonómico tras la suspensión cautelar del decreto de convocatoria de la consulta popular fijada para la misma fecha son, afirma el Tribunal, “inconstitucionales en su totalidad, en cuanto viciadas de incompetencia, por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas que versan sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento del orden constitucional”.

El Constitucional advierte que, a diferencia del recurso contra el decreto dictado por la Generalitat de Cataluña para convocar la consulta (declarado inconstitucional en la STC 32/2015), en este caso no existe un acto formal de convocatoria sino una serie de actuaciones materiales vinculadas con la celebración del 9-N. Por tanto, el objeto de enjuiciamiento es ese conjunto de actuaciones “entendidas como un todo, como un acto imputable al Gobierno de la Generalitat de Cataluña”.

El límite a las competencias de la Generalitat para la convocatoria de consultas populares, expresa, está consignado en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que indica al efecto que las consultas convocadas por la Generalitat deben ceñirse al ámbito estricto de sus competencias. Por ende, sostiene el Tribunal, “una Comunidad Autónoma no puede convocar ni realizar actuaciones formalizadas o no jurídicamente que auspicien la convocatoria de una consulta popular, aun no referendaria, que desborde el ámbito de las competencias propias, o que incida sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos”. Cuando la consulta incide sobre esas “cuestiones fundamentales”, la única vía que cabe es la de la reforma de la Constitución en los términos en que ella misma prevé.

\* El correspondiente número que identifica a la sentencia del Tribunal Constitucional de España no corresponde a su Rol oficial, sino que al número de ingreso de la acción de amparo. Ello ya que estas sentencias no han sido publicadas aún en el Boletín Oficial del Estado (BOE), sino que son accesibles de forma transitoria en el sitio web de dicho Tribunal. Con todo, una vez que hayan sido incorporados al BOE se les asigna el correspondiente rol STC, lo cual será comunicado oportunamente por la Dirección de Estudios, una vez que ello ocurra.

Refiriéndose al contenido de las dos preguntas sometidas a consulta: (*¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado? ¿Quiere que este Estado sea independiente?*), señala que no hay duda que ambas plantean una cuestión que afecta al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional e inciden sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que son sustraídas a la decisión de los poderes constituidos, toda vez que las preguntas presuponen un reconocimiento indirecto al pueblo de Cataluña de unas atribuciones que son contrarias a la Constitución.

Además, añade la sentencia, las actuaciones impugnadas están relacionadas con el decreto de convocatoria del 9-N, que fue suspendido cautelarmente y después declarado inconstitucional y nulo, atendido lo cual debe concluirse en este caso que las preguntas sobre las que versa el llamado "*proceso de participación ciudadana?*" convocado para el 9 de noviembre de 2014, también desbordan el ámbito competencial de la Generalitat de Cataluña, proyectándose esa infracción constitucional ineludiblemente sobre el conjunto de las actuaciones de ésta, preparatorias o vinculadas con la referida consulta, en cuanto a que las mismas son inseparables del resto de elementos que integran el conjunto de actuaciones de la Generalitat impugnadas.

Por todo ello, el Tribunal declara que las citadas actuaciones de la Generalitat son inconstitucionales en su totalidad por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas que versan sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional.

### 3 | Corte Suprema del Reino Unido

- a] La libertad de expresión permite publicar aspectos de la vida privada aun cuando pudieran causar angustia en otra persona.

*Acción:* Recurso de Apelación

*Rol* N° 2015 UKSC 32

*Fecha:* 20 de Mayo de 2015

*Descriptor:* Libertad de expresión – Publicaciones obscenas – Responsabilidad civil – Dolo – Daño moral

El apelante es un pianista, autor y director de películas de televisión. Escribió un libro sobre su vida, que espera publicar. En dicho libro se incluyen unos pasajes de su vida que relatan los abusos sexuales de los cuales fue víctima durante su niñez, además de relatar sus episodios de abuso de drogas, alcohol e intentos de suicidio. El libro también hace referencia a su primer matrimonio con una escritora norteamericana con la que tuvo un hijo (demandante), al cual se le dedica el libro. En el pacto de divorcio se llegó a un acuerdo que buscaba realizar los mayores esfuerzos para proteger al hijo de cualquier información relativa al pasado de cualquiera de los padres y que tuviera algún impacto en el bienestar del menor. Un primer borrador del libro se filtró a la madre. Aun cuando se hicieron algunos cambios, tales como el uso de seudónimos, la madre demanda mayores modificaciones al libro, en particular aquellos que en consideración del siquiatra del menor (que tiene diagnosticado Asperger) puedan afectar su bienestar.

Para hacer efectivas sus pretensiones la madre interpuso un requerimiento que busca impedir la publicación del libro, lo cual fue rechazado en una primera instancia, pero acogido en la segunda por la Corte de Apelaciones. La instancia de apelación determinó admisible la acción, ya que existiría una intención dolosa de hacer daño. Ahora el apelante recurre a la Corte Suprema para garantizar la publicación del libro, en particular, fundándose en su libertad de expresión.

La Corte Suprema, de forma unánime, acoge la apelación. Precisa que para determinar si hay acción manifiesta para causar daño deben considerarse tres elementos, a saber, un elemento de conducta, un elemento mental y elemento causal. Sólo los dos primeros fueron considerados para análisis por la Corte.

El elemento de conducta requiere palabras o acciones injustificadas dirigidas hacia la demandante, teniendo ella la carga de la prueba. En este caso, considera la Corte, existe justificación para la publicación. El apelante tiene el derecho de contar su historia. La ley pone en un lugar primordial a la libertad de expresión. No existe ninguna ley que prohíba publicar hechos que puedan angustiar a una persona. En cuanto al elemento mental, se debe entender una intención de causar daño físico o

mental o angustia emocional. La desidia, sin embargo, no es suficiente. En este caso no hay evidencia suficiente que permitan comprobar que el padre quiera causarle un daño a su hijo y tampoco se prevé que exista tal intención. La intención es una cuestión de hecho, puede interferir en la evidencia, pero no puede ser imputada como una cuestión de derecho.

#### 4 | Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo)

- a) No existe una afectación al derecho a la vida al aplicarse la ley sobre terminación de la vida de los pacientes.

*Acción:* Demanda individual

*Rol* Nº 46043/14

*Fecha:* 5 de Junio de 2015

*Descriptor:* Derecho a la vida – Eutanasia – Recursos judiciales – Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva – Asistencia médica – Médicos – Tratamiento médico – Ética profesional

Los denunciantes son familiares de Vincent Lambert, quien sufrió graves lesiones en su cabeza producto de un accidente vehicular, el que lo dejó tetraplégico y en estado de absoluta dependencia. Lambert recibe nutrición e hidratación mediante un tubo gástrico. Fue declarada su condición como de conciencia mínima y, finalmente, en estado vegetativo. Dada su condición, los médicos iniciaron un procedimiento deliberativo de forma colectiva para determinar cómo proceder con su tratamiento, en consideración a la Ley de 22 de Abril de 2005 relativa a los derechos de los pacientes y la terminación de la vida.

Un artículo de la ley establece que “*los actos médicos no deben ser realizados con una obstinación irrazonable*”. La obstinación irrazonable es sinónimo de la terapia agresiva, siendo ambos términos para describir la actitud que consiste en la búsqueda de la curación, aun cuando para el paciente no se obtenga ningún beneficio. Los médicos resolvieron retirar la alimentación del paciente y reducir su hidratación.

Los denunciantes interpusieron un recurso de urgencia ante el contencioso-administrativo con el fin de revocar la decisión médica. Este tribunal resolvió acoger las peticiones de los denunciantes. Sin embargo, posteriormente se resolvió nuevamente, por la mayoría del cuerpo médico, de discontinuar la alimentación e hidratación del paciente; además, se produjo una división al interior de la familia sobre la continuidad del tratamiento. Finalmente el caso recae en el Consejo de Estado (*Conseil d'État*) el que revisó el asunto en pleno. El Consejo de Estado resolvió que el tratamiento de Lambert cae dentro de lo que la Ley denomina obstinación irrazonable, particularmente a partir de diversos antecedentes aportados por las sociedades médicas. También señaló que el médico tratante no había cometido irregularidad en el tratamiento del paciente.

Los denunciantes alegan que la resolución del Consejo de Estado atenta contra el derecho de la vida garantizado en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que fue desestimado por la Corte, arguyendo las razones siguientes. En primer lugar señala que el artículo 2 obliga no sólo negativamente, esto es abstención de intencionadamente afectar la vida, sino que además positivamente, esto es, tomar las medidas necesarias para proteger la vida de quienes viven bajo las jurisdicciones de los Estados. En cuanto a la dimensión negativa, la Corte no advierte infracciones. Destaca que la Ley francesa no permite la eutanasia o suicidio asistido, sino más bien la discontinuidad de un tratamiento si se demuestra la ocurrencia de una obstinación irrazonable. Al hacerse la distinción entre eutanasia y retiro de tratamiento, lo que fue indicado tanto por el Estado como por los denunciantes en sus alegaciones, la Corte concluye que aquí no se vieron involucradas infracciones a las obligaciones negativas. Respecto a la dimensión positiva de las obligaciones del Estado con el derecho a la vida, la Corte reitera que la cuestión no es sobre eutanasia, sino que respecto del retiro de elementos que mantienen al paciente en vida. El análisis de la cuestión a partir de este punto, requiere la observación desde varias perspectivas, a saber, la ley doméstica y la aplicación práctica dentro de los márgenes legales; asimismo, el procedimiento deliberativo para optar a una decisión y finalmente si existen suficientes mecanismos judiciales para que las decisiones sean revisadas. Respecto del primer punto, esto es, la ley doméstica, la Corte destaca que el texto legal es lo suficientemente claro para los propósitos del artículo 2 del Convenio, al regular con precisión los mecanismos de decisión que deben adoptar los médicos para estos casos. De esta forma el marco legal es adecuado. En relación al procedimiento de decisiones por el cuerpo médico, la Corte señaló que ni el artículo 2 como tampoco su jurisprudencia, pueden ser interpretadas como un mecanismo para imponer la forma de cómo deben hacerse este tipo de procesos. Con todo, observa la Corte, en este caso se han dado las garantías de un examen meticuloso por parte del cuerpo médico, con lo cual se da cumplimiento a las obligaciones positivas del Estado. Además, en lo referente a los recursos judiciales disponibles, la Corte destaca que la legislación procesal francesa entrega herramientas adecuadas para los denunciantes. Es de destacar la pronta resolución del juez administrativo-contencioso, que ordenó detener la decisión médica, pero también el examen adecuado y profundo que realizó el Consejo de Estado para resolver este asunto. Así la Corte destaca que en todo el procedimiento el paciente debe ser el centro de las decisiones y que se interpreten de la forma más exacta sus

deseos, lo cual se advierte en las diversas instancias procesales que examinaron el asunto. Finalmente la Corte destaca que la cuestión aquí es de alta complejidad ética, legal y médica, por lo que resalta que en estos casos cada Estado tiene un margen de apreciación para determinar su legislación interna y de cómo esta se adecúa de mejor forma al Convenio.

## 5 | Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo)

- a]** En materia de venta y garantía de bienes de consumo se considera que las faltas de conformidad que se manifiestan en un plazo de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en el momento de la entrega.

*Acción:* Petición de decisión prejudicial

*Rol* Nº C-497/13

*Fecha:* 4 de Junio de 2015

*Descriptor:* Compraventa – Bienes muebles – Responsabilidad contractual – Consumidor – Derechos del consumidor – Prueba – Carga de la prueba – Presunciones – Derechos y garantías – Interés público

Una ciudadana de los Países Bajos adquirió un vehículo en un garaje, el cual meses después se incendió durante un desplazamiento, quedando completamente destruido. Ante la negativa del vendedor a aceptar su responsabilidad, la afectada inició un procedimiento judicial. El Tribunal de Apelación plantea en este contexto cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia responde afirmativamente en su sentencia a la cuestión de si el juez nacional tiene la obligación de examinar de oficio si en este asunto debe considerarse que la ciudadana de que se trata tiene la condición de consumidor en el sentido de la Directiva 1999/44, aunque ella misma no haya alegado tal condición.

Del mismo modo, el Tribunal confirma que el juez nacional puede aplicar de oficio, en un recurso de apelación, la disposición de la Directiva que establece que, salvo

prueba en contrario, se considerará que las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de seis meses a partir de la entrega del bien, en principio existían en el momento de la entrega. En efecto, teniendo en cuenta la naturaleza y la importancia del interés público en el que se basa la protección garantizada a los consumidores mediante esta disposición, debe considerarse que ésta es una norma equivalente a una disposición nacional que, en el ordenamiento jurídico interno tiene rango de norma de orden público.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta también si el principio de efectividad se opone a una disposición nacional que impone al consumidor la carga de probar que ha comunicado al vendedor la falta de conformidad en tiempo oportuno<sup>1</sup>.

El Tribunal de Justicia recuerda a este respecto que la Directiva 1999/44, permite a los Estados miembros disponer que, para poder hacer valer sus derechos, el consumidor deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de ella<sup>2</sup>.

El Tribunal de Justicia explica que la obligación así impuesta al consumidor se limita a informar al vendedor de la existencia de una falta de conformidad, sin que esté obligado en esta fase a probar que ésta afecta efectivamente al bien que ha adquirido ni a indicar su causa precisa.

Finalmente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta cómo funciona el reparto de la carga de la prueba y, en particular, qué es lo que el consumidor debe probar. El Tribunal de Justicia declara que en caso de que la falta de conformidad haya aparecido en un plazo de seis meses a partir de la entrega del bien, la Directiva atenúa la carga de la prueba que incumbe al consumidor disponiendo que se considerara que ésta existía en el momento de la entrega.

---

1 En efecto, según el Derecho neerlandés, en caso de impugnación por el vendedor, incumplirá en principio al consumidor probar que informó al vendedor de la falta de conformidad del bien entregado en el plazo de dos meses desde que se percató de ella.

2 Según los trabajos preparatorios de la Directiva, esta posibilidad tiene la finalidad de reforzar la seguridad jurídica, estimulando *“la diligencia en el comprador, teniendo en cuenta los intereses del vendedor”*, *“sin establecer una obligación estricta de realizar una inspección detallada del bien”*.



- b) El comprador debe disponer de información correcta, neutra y objetiva sobre los ingredientes que contiene un producto alimenticio, que no le induzca a error, por lo que el etiquetado no debe tener carácter engañoso.**

*Acción:* Petición de decisión prejudicial

*Rol* Nº C-195/14

*Fecha:* 4 de Junio de 2015

*Descripciones:* Alimentos – Derechos del consumidor – Publicidad engañosa – Derecho de información

Una sociedad alemana comercializa una infusión de frutas, cuyo envase contiene imágenes de frambuesas y de flores de vainilla, así como las menciones “*infusión de frutas con aromas naturales*”, “*infusión de frutas con aromas naturales, sabor frambuesa-vainilla*” y “*sólo ingredientes naturales*”. Sin embargo, la infusión de frutas no contiene ingredientes naturales derivados de la vainilla o de la frambuesa, ni aroma obtenido a partir de éstas. La lista de ingredientes, que figura en uno de los lados del envase, indica: “*hibisco, manzana, hojas de mora dulce, cáscara de naranja, escaramujo, aroma natural con sabor a vainilla, cáscara de limón, aroma natural con sabor a frambuesa, mora, fresa, arándano, saúco*”.

Por su parte, una asociación alemana de protección de los consumidores reprocha a la referida sociedad el haber inducido a error al consumidor sobre la composición de la infusión mediante los elementos que figuran en el envase, el cual podría esperar, debido a esos elementos, que la infusión tuviera componentes de vainilla y de frambuesa o, cuando menos, aromas naturales de éstos. Por ello, la asociación solicita a la sociedad que los comercializa, el cese de la promoción de la infusión. El Tribunal Federal de Justicia –que conoce del asunto– pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie respecto a si el etiquetado de un producto alimenticio puede inducir a error al consumidor si suscita la impresión de que un ingrediente está presente, cuando en realidad no es así, lo cual sólo puede ser constatado por el consumidor leyendo la respectiva lista de ingredientes.

El Tribunal de Justicia recuerda en su sentencia, que el Derecho de la Unión<sup>3</sup> exige que el comprador disponga de una información correcta, neutra y objetiva, que no le induzca a error y que el etiquetado de un producto alimenticio no debe tener carácter engañoso. Si bien es cierto que se supone que el consumidor lee la lista de ingredientes antes de adquirir un producto, el Tribunal de Justicia no excluye que el etiquetado del producto pueda ser de tal naturaleza que induzca a error al comprador,

<sup>3</sup> Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, modificada por el Reglamento (CE) Nº 596/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009.

cuando determinados elementos del mismo son engañosos, erróneos, ambiguos, contradictorios o incomprensibles.

El Tribunal precisa que, en tal caso, la lista de ingredientes puede, incluso siendo exacta y exhaustiva, no ser idónea para corregir adecuadamente la impresión errónea o equívoca del consumidor que resulta del etiquetado del producto alimenticio. Así, en el supuesto en que el etiquetado suscita la impresión de que un ingrediente está presente, cuando en realidad no es así (infiriéndose ello únicamente de la lista de ingredientes), semejante etiquetado es de tal naturaleza que induce a error al comprador sobre las características del producto alimenticio en cuestión.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia resuelve que el tribunal nacional debe verificar, examinando los diferentes elementos que componen el etiquetado de la infusión, si un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede ser inducido a error en cuanto a la presencia de componentes de frambuesa y de flor de vainilla o de aromas obtenidos a partir de estos ingredientes. En el marco de dicho examen, el tribunal nacional deberá tener en cuenta concretamente los términos y las imágenes que se han utilizado, así como la situación, tamaño, color, tipo de letra, lengua, sintaxis y puntuación de los diversos elementos que figuran en el envase de la infusión de frutas.

- c] El objetivo de la prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros es el de incitar a éstos a seguir una sana política presupuestaria y evitar su endeudamiento o déficit excesivo.**

*Acción:* Petición de decisión prejudicial

*Rol N°* C-62/14

*Fecha:* 16 de Junio de 2015

*Descriptor:* Banco Central – Bonos externos – Acciones – Mercado de valores – Política financiera – Financiamiento – Estabilidad fiscal – Títulos de la deuda pública – Principio de proporcionalidad

En el año 2012, el Banco Central Europeo (BCE) anunció la adopción de ciertas decisiones referentes a un programa<sup>4</sup>, OMT, por el que se autorizaba al Sistema

<sup>4</sup> Programa denominado OMT (“Outright Monetary Transactions”), cuyo propósito fue el de corregir las perturbaciones del mecanismo de transmisión de la política monetaria generadas por la situación específica de los bonos soberanos emitidos por ciertos Estados miembros y salvaguardar la unicidad de la política monetaria.

Europeo de Bancos Centrales a adquirir en los mercados secundarios bonos soberanos de los Estados miembros de la zona euro, siempre que concurren ciertos requisitos. El BCE afirma que el anuncio de este programa bastó, por sí solo, para obtener el efecto deseado y restablecer el mecanismo de transmisión de la política monetaria y la unicidad de esa política. Más de dos años después de haber sido anunciado, el programa aún no se ha aplicado.

Ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania se interpusieron diversos recursos de inconstitucionalidad en relación con la colaboración prestada por el Banco Federal de Alemania a la aplicación del programa OMT. Los recurrentes alegan que el programa, por una parte, no está comprendido en el ámbito del mandato del BCE y viola la prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros de la zona euro y, por otra, viola el principio democrático consagrado en la Ley Fundamental alemana y atentando, por ende, contra la identidad constitucional alemana.

Por lo anterior, dicho órgano jurisdiccional consulta al Tribunal de Justicia si los Tratados de la Unión autorizan al Sistema Europeo de Bancos Centrales a adoptar un programa con las características del OMT. En particular, expresa sus dudas sobre si dicho programa forma parte de las atribuciones del Sistema Europeo de Bancos Centrales, tal como las definen los Tratados de la Unión, y se pregunta también si es compatible con la prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia responde que los Tratados de la Unión autorizan al Sistema Europeo de Bancos Centrales a adoptar un programa con las características del programa OMT. Recuerda a este respecto las atribuciones del Sistema Europeo de Bancos Centrales, encargado de definir y ejecutar la política monetaria (para la cual la Unión dispone de competencia exclusiva en lo que respecta a los Estados miembros de la zona euro), y pone de relieve que, conforme al principio de atribución de competencias, dicho sistema no puede adoptar ni ejecutar un programa que no esté comprendido en el ámbito que el Derecho primario atribuye a la política monetaria. Con objeto de garantizar el respeto de este principio, los actos del Sistema Europeo de Bancos Centrales se hallan sujetos, en las condiciones previstas por el Tratado, al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia hace constar que, habida cuenta de sus objetivos y de los medios previstos para alcanzarlos, el programa OMT pertenece al ámbito de la política monetaria y, por tanto, forma parte de las atribuciones del Sistema Europeo de Bancos Centrales. Así, por una parte, al tratar de salvaguardar la unicidad de la política monetaria, el programa OMT contribuye a la realización de los objetivos de la misma, en la medida en que, con arreglo a los Tratados de la Unión, ésta debe ser “única”. Por otra parte, al tratar de salvaguardar la adecuada transmisión de la política monetaria, dicho programa puede, a la vez, preservar la unicidad de dicha política y contribuir al objetivo principal de ésta, que es el mantenimiento de la estabilidad de precios.

Expresa asimismo que las características específicas del programa OMT no permiten afirmar que éste sea equiparable a una medida de política económica. En particular, por lo que respecta al hecho de que la aplicación del programa está supeditada al

pleno respeto de los programas de ajuste macroeconómico del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera o del Mecanismo Europeo de Estabilidad. Se desprende de los Tratados de la Unión que, sin perjuicio del objetivo de estabilidad de precios, el Sistema Europeo de Bancos Centrales debe prestar apoyo a las políticas económicas generales de la Unión.

Según el Tribunal de Justicia, el programa OMT no viola tampoco el principio de proporcionalidad, toda vez que dadas las condiciones económicas imperantes en el año 2012, el Sistema Europeo de Bancos Centrales podía considerar legítimamente que el programa OMT era adecuado para contribuir a los objetivos perseguidos por él y, por lo tanto, para mantener la estabilidad de precios. Tampoco el programa sobrepasa manifiestamente lo que es necesario para alcanzar esos objetivos, habida cuenta de los requisitos establecidos para la eventual aplicación de dicho programa, en particular al exigirse que esté estrictamente supeditado a los objetivos perseguidos y que quede circunscrito a ciertos tipos de bonos emitidos por Estados miembros seleccionados con arreglo a criterios específicos relacionados con tales objetivos. Además el Sistema Europeo de Bancos Centrales ponderó los diferentes intereses en juego con objeto de evitar que, al aplicar el programa OMT, pudieran producirse inconvenientes manifiestamente desproporcionados a los objetivos perseguidos por éste.

En lo que respecta a la prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros, el Tribunal de Justicia hace constar que esta prohibición no se opone a que el Sistema Europeo de Bancos Centrales adopte un programa con las características del programa OMT, ni a que lo aplique en condiciones que no le confieran a su intervención un efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos soberanos a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros.

Según el Tribunal de Justicia, aunque los Tratados de la Unión prohíben toda asistencia financiera del Sistema Europeo de Bancos Centrales a un Estado miembro, no excluyen, con carácter general, la facultad del Sistema para comprar a los acreedores de dicho Estado títulos previamente emitidos por este último. Sin embargo, la compra de bonos soberanos en los mercados secundarios no debe producir un efecto equivalente al de la adquisición directa de tales bonos en los mercados primarios. Además, tales compras no pueden utilizarse para eludir el objetivo de la prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros, que es el de incitar a los Estados miembros a seguir una sana política presupuestaria, evitando que la financiación monetaria de los déficits públicos o el acceso privilegiado de las autoridades públicas a los mercados financieros desemboquen en un endeudamiento excesivo o en déficits excesivos de los Estados miembros. Por lo tanto, cuando el BCE procede a adquirir bonos soberanos en los mercados secundarios, debe hacerlo adoptando garantías suficientes para conciliar su intervención con la prohibición de la financiación monetaria.

A este respecto, el Tribunal de Justicia pone de relieve que la intervención del Sistema Europeo de Bancos Centrales podría tener, en la práctica, un efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos soberanos si los operadores capaces de adquirir tales bonos en el mercado primario tuvieran la certeza de que el Sistema Europeo de Bancos Centrales va a proceder a la compra de esos bonos en un plazo y en unas

condiciones que permitan a tales operadores actuar, de hecho, como intermediarios del Sistema Europeo de Bancos Centrales para la adquisición directa de dichos bonos a las autoridades y organismos públicos del Estado miembro de que se trate.

Ahora bien, se deduce de los proyectos de decisión y de directrices presentados por el BCE en el procedimiento que el Consejo de Gobierno será competente para decidir sobre el alcance, la fecha de inicio, la continuación y la suspensión de las operaciones en los mercados secundarios previstas en el programa OMT. Además, el BCE ha precisado ante el Tribunal de Justicia que el Sistema Europeo de Bancos Centrales tiene la intención, por una parte, de respetar un plazo mínimo entre la emisión de un título en el mercado primario y su recompra en los mercados secundarios y, por otra, de evitar anunciar por adelantado su decisión de proceder a tales recompras de títulos o el volumen de recompras previsto.

En la medida en que estas garantías permiten evitar que las condiciones de emisión de los bonos soberanos se vean alteradas por la certeza de que el Sistema Europeo de Bancos Centrales recomprará los bonos tras su emisión, también permiten excluir que la aplicación del programa OMT produzca, en la práctica, un efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos soberanos a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros.

Según el Tribunal de Justicia, las características del programa OMT impiden igualmente que dicho programa pueda considerarse capaz de neutralizar en los Estados miembros la incitación a aplicar una sana política presupuestaria y, por tanto, capaz de eludir el objetivo que se persigue al prohibir ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros.

## 6 | Corte Suprema de Canadá

### a] No hay un vínculo claro entre los elementos discriminatorios y el nivel educativo.

*Acción:* Recurso de Apelación

*Rol* N° 2015 SCC 30

*Fecha:* 28 de Mayo de 2015

*Descriptores:* Actos discriminatorios – Discriminación indirecta – Discriminación positiva – No discriminación – Elecciones – Pueblos originarios – Educación

Un nuevo Código de Elecciones para la Kahkewistahaw First Nation establece el requisito de una educación de 12 años para ser elegido como Jefe o Consejero. El Sr. Taypotat, de 76 años, ya ha sido Jefe por al menos 30 años y tiene sólo 10 años de escolaridad. Él impugna la constitucionalidad de la norma que impone los 12 años de escolaridad, argumentando que dicha regla afecta el art. 15.1 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá<sup>5</sup> (igualdad ante la ley y prohibición de discriminación), ya que el logro educacional es un criterio similar a los de raza y edad como elemento discriminatorio.

En una primera instancia, la Corte Federal desestimó la demanda, sin embargo la Corte Federal de Apelaciones concedió la apelación, revocando la decisión anterior. La Corte Suprema acoge la apelación y ordena volver a lo fallado en la primera instancia.

La Corte Suprema destaca que los alcances del artículo 15 fueron establecidos en el caso *Quebec (Attorney General) v. A.*, sentencia que aclara que el artículo 15 de la Carta requiere una investigación flexible y contextual para determinar si una distinción tiene el efecto de perpetuar una desventaja arbitraria en el demandante debido a su pertenencia a uno de los factores de discriminación u otro análogo. Para establecer una discriminación en los términos del artículo 15.1., el demandante debe demostrar que la ley en cuestión tiene un efecto desproporcionado en su persona, basado en su pertenencia a alguno de los grupos –o su análogo– allí señalados. En una segunda

5 Art. 15. Los derechos de igualdad.

(1) La igualdad ante y en la ley y la igual protección y beneficio de la ley. Toda persona es igual ante y en la ley y tienen derecho a igual protección e igual beneficio de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación por motivos en la raza, el origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física.

(2) Programas de acción afirmativa. La subsección (1) no se opone a cualquier ley, programa o actividad que tiene por objeto la mejora de las condiciones de los individuos o grupos, incluyendo los que están en desventaja debido a su raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo en desventaja, edad o discapacidad mental o física.

etapa del análisis, la evidencia específica para determinar la ocurrencia de una discriminación, variará según el contexto de la demanda.

Mientras leyes pretendidamente neutrales pueden tener un efecto discriminatorio indirecto, en este caso se advierte una ausencia de evidencia que vincule un efecto dispar o diferenciador en la persona. No hay evidencia entre la edad, la residencia en un reserva indígena con el nivel educativo. Tampoco existe esta evidencia con miembros más ancianos de la comunidad, como es el caso del demandante. Con todo, los datos estadísticos no son siempre requeridos para determinar una discriminación indirecta de la ley, puesto que en algunos casos los efectos discriminatorios se advierten inmediatamente. La evidencia en este caso, sin embargo, no permite advertir un vínculo claro entre algunos de los factores de discriminación y el nivel educativo.

## **b] Corte Suprema permite usos alternativos de marihuana medicinal.**

*Acción:* Recurso de Apelación

*Rol* Nº 2015 SCC 34

*Fecha:* 11 de Junio de 2015

*Descriptores:* Tenencia de estupefacientes – Tráfico de estupefacientes – Derecho a la protección de la salud – Derecho a la libertad personal – Derecho a la seguridad

Una persona, acusada por el delito de tráfico y posesión de marihuana impugna la constitucionalidad de las disposiciones de la ley de control de estupefacientes que afectan su libertad personal garantizada en la Carta de Derechos y Libertades Canadienses. El acusado fabrica productos comestibles y tópicos derivados de la marihuana, extrayendo componentes activos de la planta del cánnabis. Su actividad se encuentra fuera del margen de la ley sobre marihuana medicinal, que permite poseer un determinado monto de marihuana seca.

La Corte Suprema señala que el acusado tiene legitimidad para impugnar la constitucionalidad de las normas sobre tráfico y posesión de estupefacientes. Señala, además que la prohibición de poseer marihuana en otras presentaciones a la seca, infringe su libertad personal en dos maneras. En primer lugar, la prohibición priva al acusado, pero también a los usuarios de marihuana medicinal, de su libertad al imponer una amenaza de prisión. En segundo lugar, limita la libertad de los usuarios de marihuana medicinal al excluir opciones médicas razonables a través de la

persecución criminal. De la misma forma la seguridad personal se ve afectada al obligar a las personas a elegir entre un tratamiento legal pero inadecuado y un tratamiento ilegal pero más efectivo.

Estas limitaciones son arbitrarias y los efectos prohibitivos contradicen los objetivos de proteger la salud y la seguridad. No existe conexión alguna entre la prohibición de productos no secados de la marihuana y el compromiso a la seguridad y salud de los pacientes que buscan el acceso a la marihuana medicinal.

**c] Juez erró en sus conclusiones, al no considerar como un todo los factores que pudieran determinar el ilícito de una relación sexual.**

*Acción:* Recurso de Apelación

*Rol* Nº 2015 SCC 29

*Fecha:* 19 de Junio de 2015

*Descriptor:* Abuso sexual – Pornografía infantil – Corrupción de menores – Precedente – Imputabilidad – Delitos sexuales – Autodeterminación sexual – Prueba indiciaria – Interpretación de la ley

Dos niñas de 14 años de edad, fugadas de un centro de menores, se hospedaron en la casa del acusado B., de 60 años de edad, lugar en el cual el otro acusado, R., de 41 años, era visitante regular. Las menores mantuvieron relaciones sexuales entre ellas y con R., las que quedaron registradas en fotografías y videos. Al momento de que ese material fotográfico fue hecho, se permitía que menores de 14 años pudieran tener relaciones sexuales consentidas con adultos.

Ambos adultos fueron acusados por el delito de producción de pornografía infantil; por su parte, B. fue acusado de posesión de pornografía infantil. Ambos acusados fueron enjuiciados de forma conjunta. Si bien el juez penal determinó la culpabilidad de ambos, la defensa alegó la “excepción de uso privado”, desarrollada en el precedente *R. v. Sharpe*. De esta forma el juez concluyó que la Fiscalía falló en refutar la excepción más allá de toda duda razonable.

La Corte de Apelaciones acogió las apelaciones de la Fiscalía, revocó la sentencia absolutoria y ordenó un nuevo juicio. Contra esta resolución la Corte Suprema canadiense resolvió acoger las apelaciones de los acusados y ordenó un nuevo juicio, refiriéndose a qué sucede cuando adolescentes participan en actividades sexuales en las que pudiera existir explotación y que son registradas fotográficamente. Examinan también cómo debe ser aplicada la excepción de uso privado.



La Corte Suprema señala que la excepción de uso privado sirve como defensa ante la acusación del delito de realizar o poseer pornografía infantil. Esta excepción requiere:

- a) una determinación que la actividad sexual registrada en el material fotográfico es lícita;
- b) que la actividad sexual es consensuada, y
- c) que los registros son sólo para el uso privado.

En el precedente *Sharpe*, sin embargo, no se agrega el requisito de indagar sobre la concurrencia de explotación, por lo que aquí la Corte debe determinar cómo encaja dicho elemento en el análisis del caso. El Código Penal establece la criminalidad de la explotación sexual de un menor; de esta forma, cuando la Fiscalía argumenta con la explotación de un menor para determinar la ilegalidad del material pornográfico, el juez penal debe evaluar si las actividades sexuales allí representadas se dieron en un contexto de una explotación, ya que así se puede concluir que la actividad sexual es ilícita y la excepción del uso privado no es aplicable. De esta forma, cuando se invocan las normas penales, no puede establecerse que el consentimiento de una menor transforme la actividad sexual en lícita. Así, cuando la defensa invoca la excepción del uso privado y la Fiscalía busca impugnar la licitud de una actividad sexual, basándose en el criterio de la explotación, el juez penal debe evaluar más allá de si hubo o no consentimiento y examinar holísticamente la naturaleza y circunstancias de la relación entre el menor y el acusado. El mismo Código Penal establece una serie de indicios que permiten inferir que una relación tiene el carácter de explotación sexual. En este caso el juez no consideró si la relación sexual era una explotación en los términos del Código Penal y determinó los elementos de forma aislada. En suma el análisis del juez en este caso se enfocó primariamente en la voluntariedad de la relación sexual en vez de la naturaleza de la relación entre las partes. Pues mientras la voluntariedad de la actividad sexual es un factor importante para determinar la licitud de la relación sexual, ello no acaba, sin embargo, la indagación a realizar por el juez. El juez debió haber evaluado holísticamente los hechos, esto es, la naturaleza y las circunstancias envueltas en la relación y de esta forma determinar si existe o no una relación ilícita.

## 7 | Corte Suprema de Estados Unidos

- a] No se requiere que el empleador tenga conocimiento de la necesidad de ajustes en su política interna, para que no contratar a una persona por razones religiosas pueda ser entendido como una vulneración a la ley de derechos civiles.

*Acción:* Writ of certiorari

*Rol* N° 14-86

*Fecha:* 1 de Junio de 2015

*Descriptor:* Discriminación indirecta – No discriminación – Religión – Libertad religiosa – Derecho al trabajo – Atentado a la libertad de trabajo – Igualdad – Actos discriminatorios – Reglamento interno

Una musulmana practicante, Samantha Elauf, solicitó empleo en la empresa de ropa Abercrombie, pero su contratación fue rechazada debido a que el uso de un pañuelo islámico contraviene política de vestimenta de la empresa. La Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC), en representación de Elauf, denunció a la empresa por infracción al título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act*) que, entre otros aspectos, prohíbe a un empleador potencial rechazar la contratación de una persona cuando el ajuste de la empresa a las condiciones del potencial empleado pueden ser realizadas sin dificultad excesiva. Si bien la EEOC logró un fallo favorable en la primera instancia, dicha decisión fue revertida en segunda, argumentándose por parte de la Corte del Distrito que la acreditación a una responsabilidad empresarial respecto del malogrado ajuste de la empresa debe estar necesariamente vinculado al conocimiento que tenga la empresa respecto de las necesidades del solicitante de empleo, lo que en este caso no habría ocurrido.

La Corte Suprema revierte la última resolución, señalando que para acoger una demanda por trato discriminatorio basta que el denunciante demuestre que la necesidad de ajuste empresarial fue el motivo de la decisión del empleador, pero no requiere demostrar que el empleador haya tenido conocimiento de la necesidad de ajuste.

Tal como precisa el juez ponente de la presente causa (Scalia), la cuestión aquí es si la prohibición de no contratar a una persona fundándose en la necesidad de ajuste empresarial requiere o no que haya existido conocimiento del empleador de tal necesidad. En opinión de la Corte, el denunciante sólo debe demostrar que la necesidad de ajuste fue un motivo de la decisión del empleador. En efecto, la Corte argumenta que a partir del texto de la ley de derechos civiles –la que establece la prohibición del empleador de negar la contratación “debido a” su condición religiosa– se establece un factor de motivación. Así, la cuestión es relativa a la motivación más que al conocimiento que haya tenido o no el empleador sobre las condiciones del

solicitante de empleo. Señala la Corte que el motivo y el conocimiento son conceptos distintos. Así, un empleador que tiene conocimiento de la necesidad de un ajuste no infringe la ley al rechazar la contratación de un solicitante de empleo, si evitar ese ajuste no es su motivo. Mientras tanto a la inversa, un empleador que actúa con el motivo de evitar tal ajuste puede violar la ley si no tiene más que una sospecha sin fundamento que un ajuste será requerido. Por lo que si un solicitante de empleo realmente requiere un ajuste para garantizar la práctica religiosa en la empresa y el motivo del empleador es su deseo de evitar el eventual ajuste, entonces se vulnera la ley de derechos civiles.

## 8 | Corte Constitucional de Colombia

- a] En ausencia de norma legal que disponga un límite máximo para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, corresponde que sean los médicos tratantes quienes lo determinen en base a criterios médicos.

*Acción:* Acción de tutela

*Rol* Nº T-532/14

*Fecha:* 18 de Julio de 2014\*

*Descriptor:* Aborto – *Nasciturus* – Derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras – Embarazo – Derechos fundamentales – Derecho a la vida – Vida del que está por nacer – Derechos reproductivos – Derecho a la salud – Principio de integralidad en salud – Dignidad humana – Igualdad ante la ley – Razonabilidad – Plazo

Una ciudadana colombiana acciona contra una Entidad Prestadora de Salud (EPS), una Institución Prestadora de Salud (IPS) y una Clínica por considerar que

\* Nota del editor: la fecha señalada en la individualización de este extracto corresponde a la de su decisión, siendo su publicación el día 25 de mayo del 2015.

vulneraron su derecho fundamental a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la salud, en tanto no se le practicó el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) que solicitaba. Señala que, de acuerdo a los criterios y causales sentadas por la sentencia C-355/06 de esta Corte, dicha solicitud debió realizarse, por cuanto se encontraba dentro de las causales de despenalización del aborto; en concreto, aquella referida a que esté en riesgo la vida o salud de la madre que, en este caso, opera desde la perspectiva de la salud mental. Sin embargo, agrega, pese a que la EPS autorizó el procedimiento, éste no se llevó a cabo debido a que los distintos médicos que atendieron el caso se negaron a practicar el aborto debido a lo avanzado del estado de gestación, por tratarse de un embarazo que a esa fecha ya contaba con 22 semanas, por lo que requería efectuarse un “feticidio previo” al procedimiento de IVE, el cual no se realizaba en el Hospital donde acudió la accionante. Por todo lo anterior es que solicita que a la EPS se le ordene encontrar un prestador de servicio de IVE para la edad gestacional que presenta su caso, que le otorgue todo el acompañamiento que ella requiera, y que se haga responsable de los gastos en que ha tenido que incurrir en este caso.

La Corte, para tomar su decisión, se remite a lo siguiente:

- 1) Despenalización de la IVE en tres causales específicas. Esta Corte, en sentencia C-355/06, sostuvo que resultaba excesivo exigir a la mujer continuar con un embarazo que implicaba un riesgo de vida o salud de la madre embarazada, o que fuera producto de acceso carnal no consentido, o aquel en que el feto tenía malformaciones, ya que esto supondría la total anulación de sus derechos fundamentales. La penalización del aborto en toda circunstancia implicaba la *“completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”*. Agrega que, en caso que las mujeres embarazadas que se encuentren en estas tres causales específicas y soliciten el servicio de IVE, es deber de las autoridades públicas y particulares que actúan en esa calidad –EPS e IPS– remover las barreras que impidan a ellas acceder a este procedimiento en condiciones oportunas, de calidad y seguridad.
- 2) La regulación legal y reglamentaria en materia de IVE. Si bien se han presentado diversos proyectos de ley para regular este tema, a la fecha no existe norma legal al respecto. Sin perjuicio de que no resultaba necesaria la existencia de una regulación de las hipótesis determinadas como no constitutivas del delito de aborto para la aplicación inmediata de la decisión referida en el punto anterior. Y si bien el Ejecutivo sí ha expedido reglamentaciones en torno a este tema, la mayoría no se encuentra actualmente vigente.
- 3) La Corte considera referirse a dos cuestiones respecto del caso concreto:
  - i. Solicitud de IVE ante la EPS. La Corte señala que este tipo de solicitudes deben resolverse con la mayor prontitud y celeridad posible, atendida la naturaleza y complejidad que implican estos asuntos, incluso cuando exista controversia respecto a su procedencia. En relación al caso, resulta un hecho cierto que, si bien la accionante solicitó el procedimiento de

IVE en un estado de gestación bastante avanzado y sin acompañar el correspondiente certificado médico en torno a su afectación de salud, entre que la accionante se acerca a la IPS y se autoriza por parte de la EPS el procedimiento, transcurren 26 días. En este sentido, la EPS debió adelantar las gestiones correspondientes para que la solicitud fuere resuelta con la mayor prontitud y urgencia. Sin embargo, y considerando que la EPS autoriza la práctica del procedimiento luego de determinar que la solicitante se encontraba dentro de una de las causales que permite la procedencia de la IVE, no es posible concluir que su conducta vulneró los derechos fundamentales de la accionante.

- ii. Oportunidad para la práctica del procedimiento de IVE. En el caso en cuestión, los médicos tratantes se negaron a practicar el IVE porque, al momento en que se presentaba la solicitud, dicho procedimiento implicaba dar muerte previa al feto para luego extraerlo del vientre de la mujer. De lo contrario, el resultado de una cesárea significaba la extracción de un feto vivo, con posibilidades de sobrevivir de manera autónoma y separada de la madre. De ahí la importancia de contar con un límite temporal para estos efectos, cuestión que no abordó la sentencia C-355/06, y respecto de la cual el legislador tampoco ha expedido la regulación correspondiente. Ante lo anterior, esta Corte resuelve que, en ausencia de norma legal o reglamentaria que disponga un límite máximo para la práctica del aborto, resulta razonable que en casos como éstos, sean los médicos quienes lo establezcan en base a criterios médicos y científicos, como puede ser lo avanzado del embarazo y la posibilidad de que ya no se esté frente a un feto por completo dependiente de la mujer gestante.

Por todo lo anterior, la Corte rechaza la solicitud de tutela por considerar que no se vulneraron los derechos fundamentales de la accionante en el hecho de que los profesionales de la salud que conocieron su caso se negaren a practicar el IVE, ya que ello obedeció a criterios médicos que fueron debidamente expuestos, en los cuales todos ellos coincidieron, sin que fuera una decisión arbitraria, desproporcionada o irrazonable. Seguidamente, la Corte insta al Congreso de la República a expedir la regulación referida al establecimiento de un término máximo para el trámite de estudio y aprobación de solicitudes de IVE, junto con definir si hay lugar a prever la existencia de un límite temporal para su práctica.

- b]** El Estado debe consultar previamente a los grupos étnicos y afrodescendientes cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente.

*Acción:* Acción de tutela

*Rol* N° T-800/14

*Fecha:* 31 de Octubre de 2014\*

*Descripciones:* Derecho a la consulta – Convenio 169 de la OIT – Pueblos originarios – Autodeterminación – Principio democrático – Afectación de los derechos en su esencia – Protección de personas – Participación ciudadana – Debido proceso – Principio de la confianza legítima – Daño ambiental – Interpretación de la ley – Derecho de petición – Suspensión – Bloque de constitucionalidad

Una ciudadana colombiana solicita la protección del derecho fundamental a la consulta previa y la integridad cultural de los miembros de la comunidad raizal que habita en la isla de Providencia, y a la cual ella pertenece. Alega que la entidad demandada ha comenzado la construcción del proyecto turístico Spa Providencia, afectando el territorio y los usos y costumbres del pueblo nativo de esta localidad.

La Corte, para resolver, considera lo siguiente:

- 1) Derecho fundamental a la consulta previa. Como lo ha señalado esta Corte, la obligación estatal de consultar previamente a los grupos étnicos y afrodescendientes cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del derecho a la libre determinación de estos pueblos que, como grupo diferenciado, deben poder decidir sobre las prioridades que influyen en sus procesos de desarrollo, de acuerdo a lo prescrito por el Convenio 169 de la OIT y las normas de la Constitución que forman parte del bloque de constitucionalidad. En este sentido, existe una estrecha relación con el principio de participación democrática, pues se concreta la forma en que los pueblos indígenas toman decisiones sobre cuestiones que los afectan.

Resulta obligatoria esta consulta previa si las medidas legislativas o administrativas pueden afectar directamente a la comunidad étnica o tribal; criterio que hace referencia a un posible impacto sobre su autonomía, diversidad e idiosincrasia, o como ha señalado esta Corte: *“medidas que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos”*.

- 2) Afectación directa sobre las comunidades indígenas o afrodescendientes respecto de medidas legislativas o administrativas que les conciernan. Por

\* Nota del editor: la fecha señalada en la individualización de este extracto corresponde a la de su decisión, siendo su publicación el día 3 de junio del 2015.

afectación se entiende a toda medida que “*altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios*”. La especificidad de esta medida puede derivar del hecho que regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT, o bien, porque tiene una repercusión directa sobre los pueblos indígenas.

- 3) La protección de los derechos fundamentales de los grupos tribales, afrocolombianos y raizales. Estos grupos, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, son titulares de derechos fundamentales y gozan de un “status especial de protección” cuyo objetivo es compensarlas por “*las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esta materia*”.

En el caso de la comunidad raizal de Providencia, junto con la de San Andrés y la de Santa Catalina, han sido definidas como “*la etnia anglo africana tradicionalmente asentada en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con lengua, cultura, historia y ancestros propios*”. Y es así reconocida por esta Corte<sup>6</sup>, quien le ha otorgado el carácter singular de “grupo étnico raizal” y ha delineado su especial protección por parte del Estado.

- 4) Caso concreto. De los antecedentes probatorios allegados a este proceso de tutela, es claro que el grupo raizal de Providencia corresponde a una comunidad que requiere de un tratamiento preferencial, en los términos que la Constitución reconoce a favor de los grupos marginados. Y en este sentido, es evidente que la consulta previa procedía en este caso, sobre la consideración de los siguientes argumentos:
- i. La presencia de comunidades raizales en la Isla de Providencia es fácilmente verificable, y específicamente en la zona donde se pretende desarrollar el proyecto.
  - ii. El Ministerio del Interior presentó conceptos contradictorios sobre la necesidad de la consulta, respondiendo a la solicitud planteada por el grupo raizal que, en tanto se registraban estas comunidades dentro del rango de influencia del proyecto, era menester avalar la necesidad de solicitarles por escrito la consulta. Lo cual no se llevó a cabo, vulnerando el debido proceso y el principio de confianza legítima depositada por los raizales en el criterio del Ministerio.
  - iii. La realización de una “reunión de resocialización” del proyecto por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sólo tiene la apariencia de una “consulta”, pero no fue una consulta previo *stricto sensu*. En efecto, a ella asistieron personas interesadas en el proyecto, pero no precisamente integrantes de la comunidad raizal. Por lo demás la construcción ya se había iniciado y tenía sus cimientos casi terminados.

6 Sentencias C-530/93, C-086/94, C-454/99 y C-053/99.

- iv. El lote en que se inició la construcción del proyecto afecta parte del territorio en el que los raizales han residido ancestralmente y, por ende, incide en su identidad cultural.
- v. La relación entre los raizales con la isla y el territorio es tanto económica como cultural y ambiental. La intervención de personas externas a este grupo con fines económicos, amenaza no solo la existencia de la comunidad raizal, sino que también:
  - a. Su integridad cultural, como consecuencia de la incursión de nuevas formas de entender la economía y la cultura que se ha desarrollado por el turismo en el país.
  - b. La actividad hotelera, en la modalidad de posadas nativas, que constituye la base de su economía en la zona.
  - c. Un daño ambiental futuro a raíz de la instalación permanente de construcciones que sirven de alojamiento a turistas.

Las decisiones de instancia también son refutadas por esta Corte, señalando que:

Primero, hacen una errónea interpretación del art. 7° del Convenio 169 de la OIT, al sostener la improcedencia de la consulta previa para la ejecución de proyectos que puedan afectar también positivamente el desarrollo económico de la comunidad étnica, porque este mecanismo no se establece sólo como defensa, sino también como uno de participación.

Segundo, no es posible condicionar la realización de la consulta a un previo derecho de petición como carga adicional para la comunidad afectada, porque ello resulta totalmente ajeno a la esencia misma de la consulta, donde las obligaciones establecidas para el goce efectivo del derecho se radican en las entidades públicas correspondientes.

Por todo lo anterior es que esta Corte concede la tutela en cuestión, revocando las sentencias de instancia, y ordenando la suspensión inmediata de las obras que se adelantan en ejecución del proyecto y la simultánea realización de un proceso de consulta.



**c] La Constitución reconoce la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar.**

*Acción:* Acción de tutela

*Rol* Nº T-070/15

*Fecha:* 18 de Febrero de 2015

*Descriptor:* Menores de edad – Protección de menores – Filiación – Familia – Protección integral de la familia – Derecho a la educación – Igualdad ante la ley – Convenciones colectivas de trabajo – Uniones de hecho – No discriminación – Interés general – Parentesco

La empresa accionada de tutela niega lugar a la petición de un padre de aprobar e incluir a su hijo de crianza dentro del derecho a auxilio de guardería y primaria, ya que este derecho contemplado en la convención colectiva que se tiene con la empresa se establece exclusivamente en favor de los hijos biológicos, adoptados y/o en custodia. El padre accionante señala que dicha decisión vulnera el derecho del menor a la igualdad y educación, ya que si bien es solo hijo biológico de la madre, ha ejercido a su respecto, por más de cinco años, actos de protección y cuidado –siendo ejemplo de ello el incluirlo como beneficiario suyo en el régimen de salud–, conformando ellos tres una familia.

La Corte acoge la tutela sobre la base de las siguientes consideraciones:

- 1) Tipos de familia. La institución de la familia se encuentra sujeta al principio de igualdad del núcleo familiar, el cual exige que se trate con el mismo respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo toda discriminación. Señala el art. 42 de la Constitución que “*los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*”, de tal forma que, y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte<sup>7</sup>, es posible comprender que existen varios tipos de familia, que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes, y que los derechos de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma, como de la sociedad entera –familia como núcleo básico de la sociedad–.

Además, de una interpretación de la Constitución y de instrumentos internacionales referentes a la familia, esta Corte elevó a principio constitucional la unidad de la familia, debiendo el Estado asistir y proteger a los niños garantizando su desarrollo armónico integral, y el ejercicio de sus derechos fundamentales, los cuales son prevalentes.

- 2) La crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco. La jurisprudencia constitucional ha definido a las familias conformadas por padres e hijos

<sup>7</sup> Sentencia T-523/92.

de crianza como aquellas “*que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos*”, a las cuales también alcanza la protección constitucional.

- 3) Derecho a la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar. El principio de igualdad del núcleo familiar establecido en el art. 42 de la Constitución garantiza no sólo la igualdad entre los tipos de familia, sino que también la igualdad entre los integrantes de un mismo núcleo familiar, porque, según permite afirmar este precepto, es deber del Estado proteger a los menores en su vínculo primario: la familia.
- 4) Derecho de educación. La educación es un servicio público con una función social, el cual adquiere el carácter de derecho fundamental ante la ocurrencia de dos eventos: cuando se amenace otro derecho fundamental, y cuando el titular del derecho es un sujeto de especial protección, como es el caso de los menores de edad.
- 5) Decisión del caso. La interpretación realizada por la Empresa demandada respecto de la disposición del convenio colectivo, impidiendo el acceso al auxilio educativo del menor en cuya representación se demanda, es contraria a los derechos a la igualdad del menor, y lesiona la protección integral de la familia, puesto que los hijos de crianza y los hijos aportados se encuentran en igualdad de condiciones respecto de los hijos biológicos y adoptivos. En este orden de ideas, la actitud de la accionada genera discriminación hacia este menor de edad, ya que al señalar que éste carece de filiación con su padre, no haría parte del núcleo familiar, desconociendo el tiempo de convivencia y el rol de padre que ha asumido el solicitante. Igualmente se ha vulnerado el derecho a la educación, ya que la igualdad que se predica entre los hijos se hace extensiva a todos los aspectos de la vida de los menores, entre ellos la educación, porque la correcta protección y promoción de este derecho garantiza un adecuado nivel de vida.

**d] El acceso a la nacionalidad por parte de un menor de edad de padre extranjero no puede sujetarse a la exigencia de una visa de residencia.**

*Acción:* Acción de tutela

*Rol* Nº T-075/15

*Fecha:* 20 de Febrero de 2015

*Descripciones:* Menores de edad – Domicilio – Nacionalidad – Extranjeros – Derecho a la identidad – Pasaporte – Interpretación de la ley – Residencia – Excepción de inconstitucionalidad

Un ciudadano chino residente en Colombia acciona de tutela en contra de una Gobernación, en procura de obtener el amparo al derecho a la nacionalidad de su hijo, el cual sería afectado por esta entidad al negar la expedición del pasaporte colombiano del menor, nacido en Colombia. Señala que la respuesta de la demandada se fundó en que la oficina de pasaportes se rige bajo las normas expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que en su Decreto 1514 dispone que los menores hijos de padre y madre extranjeros, nacidos en Colombia, deberán acreditar la condición de nacionales colombianos mediante la presentación de la respectiva visa RE (residente) de los padres, vigente al momento del nacimiento del menor, cuestión que no habría cumplido el solicitante.

La Corte concede la tutela por considerar que:

- 1) Nacionalidad por nacimiento de los menores hijos de extranjeros. La Constitución reconoce el derecho de los niños al nombre y nacionalidad (entre otros), y el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, el cual se constituye por el nombre y la nacionalidad, elementos a los cuales igualmente tienen derecho.

Respecto de la nacionalidad, esta se adquiere por nacimiento o por adopción. Y en el primer caso, y referido a los hijos de extranjeros, requiere que alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República al momento del nacimiento (Art. 96 de la Constitución). Ahora bien, el concepto de domicilio que ha de entenderse en este sentido es el establecido por el Código Civil: residencia en el país acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional.

El requisito de exigencia del domicilio no reviste contradicción constitucional, la interrogante surge respecto de los medios de prueba establecidos para demostrarlo, tales como los visados de negocios, residentes o temporales.

- 2) Excepción de inconstitucionalidad de la norma sobre expedición de pasaportes para hijos extranjeros. El Decreto 1514 de 2012 del Ministerio de Relaciones Exteriores reglamentó la expedición de estos documentos para menores de edad, estableciendo como requisito para aquellos hijos de padre y madre extranjeros nacidos en Colombia, acreditar la condición de nacionales colombianos

mediante la presentación de una Visa RE (Residente) de los padres, vigente al momento del nacimiento del menor.

Es parecer de esta Corte que, si bien probar la nacionalidad colombiana del menor es requisito *sine qua non* para la expedición del pasaporte, la exigencia establecida en la normativa referida contraviene expresamente lo dispuesto en el Art. 96 de la Constitución, que consagra que la nacionalidad por nacimiento se adquiere, siendo hijo de extranjeros, cuando se ha nacido en Colombia y al menos uno de los padres se domicilia en Colombia al momento del nacimiento.

Aunque la Gobernación aplicó la norma legal vigente, dicha interpretación literal contraviene el derecho fundamental del menor de edad a la identidad y a la nacionalidad, por cuanto el demandante demostró encontrarse domiciliado en el país y ser titular de una visa de trabajo temporal vigente a la fecha del nacimiento de su hijo.

Por todo lo anterior, esta Corte considera que, en este caso concreto, debe inaplicarse el precepto invocado por la demandada<sup>8</sup>, por excepción de inconstitucionalidad. Esto, con el fin de evitar que su aplicación produzca efectos discriminatorios.

- e] En ejercicio de una facultad legal es posible restringir ciertos derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, siempre que obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.**

*Acción:* Acción de tutela

*Rol* N° T-077/15

*Fecha:* 22 de Febrero de 2015

*Descripciones:* Cárceles – Restricción de derechos y libertades – Razonabilidad – Principio de proporcionalidad – Libertad de conciencia – Libertad religiosa – Religión – Resocialización – Seguridad pública – Autoridad administrativa – Derechos fundamentales – Reglamento interno – Facultad reglamentaria

Reclusos de un recinto carcelario accionan de tutela en contra de éste y de los tribunales administrativos de instancia, por considerar que han vulnerado su derecho fundamental a la libertad de culto. Señalan que pertenecen a una doctrina evangélica denominada “Los Nazarenos”, la cual exige conservar sus barbas y pelos, por lo que era necesario un cambio en su presentación personal; elevan entonces petición

<sup>8</sup> Parágrafo 2° del artículo 13 del Decreto 1514 de 2012.

de autorización para ello, junto con solicitar el ingreso de túnicas para ciertos días religiosos de celebración –cuyo uso sólo lo limitarían a sus reuniones en un rincón del pasillo–. Sin embargo, la solicitud fue rechazada porque, a decir de las autoridades, los derechos fundamentales de los reclusos pueden ser limitados cuando su goce afecte la finalidad de los establecimientos carcelarios, así como las libertades de los demás internos. Una excepción como ésta, señalaban los demandados, desconocería las normas sobre salubridad, seguridad y disciplina prescritas por el Código Penitenciario y el Reglamento Interno del Establecimiento.

La Corte resuelve acoger la solicitud, concediendo la protección del derecho alegado, en base a las siguientes consideraciones:

- 1) Personas privadas de libertad y la relación de especial sujeción con el Estado. Por medio de ésta, se determina el alcance de los derechos y deberes recíprocos existentes entre los reclusos y el Estado. De una parte, el interno se somete a determinadas condiciones mientras permanece en un recinto penitenciario; de otra, el Estado asume una actitud garante, protegiendo y cuidando al recluso mientras se encuentre en dichos establecimientos, en procura de alcanzar la resocialización de los responsables penales. Y es bajo este marco de potestades reconocidas en favor del Estado que es posible limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales, pero siempre que obedezca criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La jurisprudencia de esta Corte ha señalado qué derechos pueden suspenderse, cuáles restringirse, y aquéllos que se mantienen intactos pese a la privación de libertad, como es el caso de la libertad religiosa y de conciencia.

- 2) Derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de culto de las personas privadas de libertad. De conformidad a la Constitución, la libertad de conciencia implica que *“nadie será molestado en razón de sus convicciones o creencias, ni será obligado a actuar contra su conciencia”*. En tanto la libertad religiosa y de culto se entiende como aquellas prerrogativas de la persona *“a profesar y divulgar libremente su fe o religión, de manera individual o colectiva, siendo todas las iglesias y confesiones igualmente libres ante la ley”*. Ambas abarcan una doble significación: por una parte, implica la autonomía del individuo, y por otra, la inmunidad frente a presiones en torno al ejercicio de dicha autodeterminación. Entonces, por mandato constitucional se protege *“tanto la posibilidad de profesar de manera privada y silenciosa el credo de la preferencia, como la difusión y realización de actos públicos asociados con las convicciones espirituales”*; además de permitir que el practicante se niegue a realizar conductas que van contra su conciencia.

Si bien la dimensión espiritual de la libertad religiosa –dimensión interna– no puede ser restringida en el marco de la relación de especial sujeción –por tratarse de una garantía intangible–, no estamos en presencia de una garantía que sea absoluta. En efecto, las acciones y omisiones derivadas de la convicción religiosa –dimensión externa– se limitan en razón de las libertades públicas y derechos fundamentales de los demás, junto con el resguardo de *“la seguridad, salud y moralidad pública”*. Así, a juicio de esta Corte, era deber de

las autoridades penitenciarias adoptar las medidas necesarias para proteger el derechos de los internos a recibir asistencia religiosa de su propia confesión, sin perjuicio de la seguridad y orden de cada institución.

En este orden de ideas, la presentación personal y la dieta pueden constituir aspectos de la manifestación externa de la libertad de culto. Garantía posible de limitar siempre que consulte criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, aunque los reglamentos de los centros penitenciarios exijan el cumplimiento de ciertas condiciones en la presentación personal del recluso en razón de la higiene y seguridad, las autoridades no pueden aplicar estos preceptos irreflexivamente, sino que deben considerar si las convicciones o creencias definen y condicionan la actuación de las personas, además de ser profundas, fijas y sinceras<sup>9</sup>.

De acuerdo al caso concreto, las autoridades administrativas no demostraron que la medida aplicada fuera la menos restrictiva para alcanzar los fines propuestos: controlar el contrabando y lograr la identificación de los internos.

- 3) Caso concreto. Las personas que invocan la protección de esta Corte no están usando sus creencias como pretexto, de forma estratégica y coyuntural, para evadir sus deberes dentro de la cárcel porque, como queda demostrado en el proceso, las manifestaciones externas de la religión a la cual adscriben reflejan coherencia entre sus actividades y vivencias con lo que exigen sus convicciones; cuestión que siguen ya hace varios años. Por lo demás, de manera congruente han reclamado la posibilidad de ejercer libremente su culto durante su permanencia en la cárcel. Todo lo cual evidencia que se trata de creencias que son profundas, serias y honestas.

Por otra parte, cada centro penitenciario tiene la facultad legal para determinar su reglamento interno, como es el caso de las condiciones de higiene y presentación. Sin embargo, la restricción de la cual son objeto los accionantes no resulta necesaria para la conservación de la seguridad e higiene por dos razones. Primero, porque, en efecto, el reglamento de la institución demandada consagra una excepción para las personas cuya identidad de género exija no cortar su cabello (situación a la que no dieron respuesta). Segundo, los fines penitenciarios se pueden alcanzar a través de otras medidas menos gravosas, que no supongan afectar gravemente el derecho a la libertad de cultos, como por ejemplo, la exigencia de un largo específico de la barba y cabello, fijar condiciones de higiene a través del suministro de elementos de aseo, registro fotográfico del interno antes y después de la modificación de su apariencia, y establecer que el uso de la túnica se dé en determinados espacios y tiempos.

Por lo anterior es que la limitación realizada por la entidad carcelaria contraviene los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, porque mediante el ejercicio de una

---

9 Esto es: "(i) no pueden ser superficiales sino que deben afectar de manera integral su vida y forma de ser, así como la totalidad de sus decisiones y apreciaciones; (ii) no pueden ser móviles ni modificadas fácilmente; y (iii) deben ser honestas y [no] falsas, acomodaticias o estratégicas".

facultad legal afecta gravemente la exteriorización de la religión de personas privadas de libertad, en miras a obtener un beneficio relativamente menor que puede ser alcanzado por otras vías.

**f] La potestad de restricción de derechos de las personas privadas de libertad debe sujetarse a los fines esenciales de la acción penitenciaria.**

*Acción:* Acción de tutela

*Rol* Nº T-111/15

*Fecha:* 25 de Marzo de 2015

*Descriptor:* Cárceles – Restricción de derechos y libertades – Régimen de visitas – Menores de edad – Parentesco – Resocialización – Razonabilidad – Principio de proporcionalidad – Derechos fundamentales – Interpretación de la ley – Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Derecho a la protección integral de la familia – Excepción de inconstitucionalidad

Un recluso de un Establecimiento Penitenciario acciona de tutela en contra de éste, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la unidad familiar. Las directivas del centro carcelario optaron por no permitir las visitas de los hijos biológicos –menores de edad– de su cónyuge, en razón de que no son hijos propios del accionante, como lo exige el art. 74 de la Ley 1709 de 2014, en virtud del cual “*las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de éstas en el primer grado de consanguinidad o primero civil (...)*”.

La Corte resuelve acoger la tutela interpuesta considerando que:

- 1) Relación de especial sujeción entre el Estado y las personas que se encuentran privadas de libertad. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el contexto de subordinación del recluso frente al Estado se enmarca dentro de la conocida “*relación de sujeción especial*”, según la cual el Estado es garante de los derechos que no son restringidos por la privación de libertad, y el recluso se sujeta a ciertas obligaciones legales y reglamentarias.

Esta Corte, por su parte, ha indicado que esta especial relación de sujeción supone que las autoridades penitenciarias y carcelarias pueden limitar y restringir ciertos derechos de los internos, pero no a todo evento. Dicha potestad debe sujetarse a concretizar los “*fines esenciales de la relación penitenciaria*”, es decir, la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina

y la convivencia dentro de las prisiones. Ello implica que las medidas que se ejecuten en tal dirección obedezcan a criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad.

En este sentido, se han clasificado los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en las siguientes categorías:

- i. Derechos que pueden ser suspendidos, como consecuencia de la pena impuesta.
  - ii. Derechos que son restringidos, en razón del vínculo de sujeción del recluso con el Estado, como el derecho a la unidad familiar, entre otros.
  - iii. Derechos que no pueden ser ni suspendidos ni restringidos. Hablamos de aquellos que son inherentes a la naturaleza humana, como la vida, salud, dignidad, etc.
- 2) Protección de la unidad familiar en las personas privadas de libertad. La protección constitucional de la familia no se limita exclusivamente a aquellas conformadas por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que también alcanza a las que surgen de facto o las llamadas “familias de crianza”, entendidas como aquellas *“que surgen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, similares a las que se predicen de cualquier familia formalmente constituida”*.

Ahora bien, como ya hemos señalado, el derecho a la unidad e integridad del núcleo familiar –protegido en variados pronunciamientos de esta Corte– puede sujetarse a restricciones en el caso de las personas privadas de libertad, debido, precisamente, al aislamiento penitenciario al que se someten. Sin embargo, ello resulta procedente siempre que dicha restricción sea acorde con el carácter resocializador de la pena, proceso que considera la participación de la familia y el contacto permanente con ella, a fin de continuar con los vínculos familiares. En este sentido se señala que, *“la posibilidad de mantener comunicación oral y escrita con las personas fuera del penal, conllevaría una reincorporación menos traumática, lo que se encuentra asociado además con otras garantías fundamentales como la dignidad humana, la libertad y la intimidad personal”*.

- 3) Régimen de visitas en los establecimientos penitenciarios. El Código Penitenciario y Carcelario vigente contempla la comunicación periódica de los reclusos con su núcleo familiar por distintos medios, entre ellos, las visitas. En el caso de los menores de edad, el legislador adicionó una norma por medio de la cual limita dichas visitas sólo a aquellos menores que sean familiares de los reclusos en primer grado de consanguinidad o primero civil.
- 4) Caso concreto. La disposición aplicada en este caso por parte de las autoridades del recinto afecta a cierto grupo poblacional que, pese a no conformar el vínculo exigido por esa normativa, sí ha conformado un lazo o unión familiar. Y es que en el caso en cuestión ha quedado demostrado, y a juicio de esta Corte, una relación afectiva entre los menores de edad y el accionante que constituye un verdadero lazo familiar que debe ser protegido por las autoridades competentes.



Por lo tanto, la interpretación literal realizada de dicho precepto contraviene el derecho fundamental a la unidad familiar del demandante, por desconocer una relación afectiva formada incluso desde antes de que fuese recluido, y en virtud de la cual los menores lo consideran como su padre. De manera que, como la disposición genera efectos inconstitucionales, la Corte ordena inaplicar el art. 74 de la Ley 1709 de 2014, revocando la sentencia del tribunal administrativo.

**g] La solicitud de reajuste pensional para que se calculen nuevos factores salariales es imprescriptible.**

*Acción:* Sentencia de Unificación

*Rol* Nº SU-298/15

*Fecha:* 21 de Mayo de 2015

*Descriptor:* Derecho a la seguridad social – Pensión – Precedente – Supremacía constitucional – Interpretación de la constitución – Reajuste jubilatorio – Imprescriptibilidad – Principio de favorabilidad – Debido proceso – *In dubio pro operario* – Remuneración

Por vulnerarse los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, esta Corte resuelva dejar sin efecto las decisiones judiciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que declararon excepción de prescripción en demanda referida a la solicitud de reajuste pensional, considerando el nuevo factor salarial en la liquidación del demandante.

En esta materia existen dos precedentes: uno sentado por la jurisprudencia especializada, y el otro por la jurisprudencia constitucional. El precedente constitucional, por ser producto de la interpretación autorizada de la Constitución, “*debe irradiar la doctrina de las demás jurisdicciones*” y, en virtud del principio de supremacía constitucional, se le debe dar prevalencia a las disposiciones de la Constitución, no sólo en su tenor literal, sino que también a la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional.

En el caso concreto, se desconoció el precedente constitucional, según el cual la solicitud de reajuste pensional para que se calculen nuevos factores salariales puede presentarse en cualquier tiempo, en virtud de los principios de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad propios del derecho a la seguridad social. Así también se transgrede el principio de favorabilidad en materia laboral, el cual implica que al presente conflicto se le aplique la interpretación más favorable al trabajador –el reajuste solicitado–.

## 9 | Tribunal Constitucional del Perú

- a) El ingreso a la Administración Pública mediante contrato indefinido exige necesariamente un concurso público previo de méritos, en una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

*Acción:* Recurso de agravio constitucional

*Rol N°* 05057-2013-PA/TC

*Fecha:* 16 de Abril de 2015

*Descriptor:* Precedente – Protección contra el despido arbitrario – Derecho al trabajo – Cesación de servicios – Prestación de servicio – Cómputo de servicios – Administración pública – Función pública – Funcionarios públicos – Funcionarios judiciales – Organismos administrativos – Principio de reserva legal – Derecho al acceso a funciones y empleos públicos

La recurrente demandó al Poder Judicial, solicitando se deje sin efecto el despido injustificado y se disponga su reincorporación laboral, toda vez que, no obstante haber sido contratada bajo la modalidad de servicios específicos, dichos contratos modales se habrían desnaturalizado al desempeñar labores permanentes y, por ende, deben ser considerados como uno de plazo indeterminado. A raíz de este recurso, el Tribunal Constitucional estableció una serie de reglas como precedente vinculante en materia de amparo contra las entidades de la Administración Pública en materia laboral. Previamente se refiere a contenidos de relevancia constitucional sobre la función pública y la carrera de la Administración Pública:

- a) *La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado;*
- b) *La carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional;*
- c) *Reserva de ley para la regulación de la carrera administrativa;*
- d) *Prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos,*  
*y*
- e) *Acceso a la función pública en condiciones de igualdad.*

De lo expuesto el Tribunal estima que el ingreso a la Administración Pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un concurso público previo de méritos, para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Resalta al efecto que el derecho de acceso a la función pública tiene como elemento consustancial la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional), el cual constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para el desarrollo de la mencionada función pública.

Por consiguiente, en los procesos de amparo contra la Administración Pública en los que se haya verificado que los demandantes previamente han ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, y además se haya acreditado la arbitrariedad del despido, debe proceder la respectiva reposición.

Ahora bien, en cualquier otro supuesto, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Además, precisa que esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación para el sector privado.

Asimismo, el Tribunal hace especial hincapié en la exigencia para que las entidades estatales impongan las sanciones que correspondan a los funcionarios responsables de la contratación de personal, cuando éstos, por ejemplo, elaboren contratos temporales que terminen siendo desnaturalizados.

En cuanto a los efectos temporales de esta sentencia, precisa que estas reglas –establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante– deben ser de aplicación inmediata –a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial–, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación de esta sentencia, y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción antes señalada.

Finalmente, a fin de proteger los derechos de los trabajadores, sostiene que en el supuesto que en un amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, el juez deberá reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda.

En el caso de marras, concluye que en el contrato de trabajo para servicio específico se precisó la causa objetiva determinante de la contratación modal, habiendo posteriormente realizado la demandante las mismas funciones para las que fue contratada y que no trabajó luego del vencimiento del último contrato. En consecuencia, concluye el Tribunal Constitucional que no se desnaturalizaron los contratos modales suscritos entre las partes, por lo que la conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de éstas, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado, por lo que no hubo vulneración de los derechos constitucionales relativos al trabajo.

## 10 | Tribunal Constitucional de República Dominicana

### a] Es inconstitucional la aplicación de un arbitrio municipal que colisiona con un impuesto nacional establecido por ley.

*Acción:* Control directo de Constitucionalidad

*Rol* N° TC/0107/2015

*Fecha:* 29 de Mayo de 2015

*Descriptor:* Impuestos – Contribuciones – Igualdad ante la ley – Resolución administrativa

La empresa Cemex Dominicana acciona contra la resolución N° 121/2007, dictada por el Ayuntamiento de Santo Domingo Norte, que establece el pago de un arbitrio<sup>10</sup> por cada metro cúbico que vendan las empresas hormigoneras que operan en dicho municipio, y el cobro de una contribución por rodaje aplicable a los vehículos que se desplazan por su ámbito territorial transportando hormigón, la cual será determinada por la Dirección de Impuestos y Rentas Municipales. Alega que la referida resolución contraviene la Constitución, particularmente en lo que refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso.

En cuanto a la creación de un arbitrio sobre las ventas directas de las hormigoneras, este Tribunal decide que la aludida resolución del Ayuntamiento vulnera la Constitución, por cuanto grava los ingresos económicos de estas empresas que provienen de las actividades que desarrollan en el ámbito municipal, sin que exista una norma legal que así lo establezca. Por lo demás, la aplicación de un arbitrio de esta naturaleza colinda con otro impuesto establecido por ley –Impuesto a las Transferencias de Bienes Industrializados (ITBIS)–, el cual grava todo el proceso de manufacturación. Dicha cuestión contraviene lo preceptuado en el Art. 200 de la Constitución sobre la posibilidad de establecer arbitrios municipales, siempre que no colisione con los impuestos nacionales<sup>11</sup>.

En este sentido, también resulta inconstitucional el cobro de un impuesto por rodaje a ser aplicado a las hormigoneras que transiten dentro del ámbito geográfico del municipio que éste comprende, por colindar con otro impuesto: el de Circulación Vehicular.

10 Ascendente a cinco pesos dominicanos (RD\$5.00).

11 Artículo 200: Arbitrios municipales. Los ayuntamientos podrán establecer arbitrios en el ámbito de su demarcación que de manera expresa establezca la ley, siempre que los mismos no colidan con los impuestos nacionales, con el comercio intermunicipal o de exportación ni con la Constitución o las leyes. Corresponde a los tribunales competentes conocer las controversias que surjan en esta materia.

La aplicación de esta resolución vulnera el derecho de igualdad que debe prevalecer entre las empresas que desarrollan una misma actividad, ya que no se verían afectadas aquéllas que se encuentren radicadas en esa demarcación territorial. La Constitución dispone que las empresas deben recibir las mismas condiciones y tratamiento por parte del Estado.

Por todo lo anterior es que este Tribunal resuelve acoger la acción incoada, y declarar nula de pleno derecho la resolución Nº 121-2007.