

Obligación de respetar los derechos humanos

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Obligación de respetar los derechos humanos.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 1

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El ejercicio de jurisdicción es condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser declarado responsable por la violación de los derechos y libertades contemplados en el Convenio.

[★] Sylvia Martí Sánchez, Secretaria General de la Asamblea de Madrid; Javier Sánchez Sánchez y Tatiana Recoder Vallina, Letrados de la Asamblea de Madrid.

De la jurisprudencia se infiere que el concepto de «jurisdicción» a que se refiere el artículo 1 del Convenio debe interpretarse a la luz de lo que por tal se entiende en el Derecho Internacional Público. En este sentido hay que entender que la jurisdicción es fundamentalmente territorial y que el ejercicio de la misma se presume tiene lugar normalmente sobre el territorio del Estado (Decisión de 12 de diciembre de 2001, Bankovic y otros c. 17 Estados contratantes). Ahora bien, la jurisdicción no siempre se extiende exclusivamente sobre el territorio nacional de las partes contratantes, ya que en circunstancias excepcionales los actos extraterritoriales también pueden tener encaje en el artículo 1 (STEDH Loizidou c. Turquía de 18 de diciembre de 1996). Así sucede en los supuestos en los que, como consecuencia de una acción militar, el Estado ejerce un control efectivo sobre una zona situada fuera de un territorio nacional, de lo que deriva la obligación de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, con independencia de que el control se ejerza a través de sus fuerzas armadas o de una administración local subordinada. No es necesario determinar el grado de detalle del control sobre las políticas y acciones de las autoridades situadas fuera del territorio, basta que se demuestre, más allá de cualquier duda razonable, el control global del área.

También puede declararse la responsabilidad del Estado contratante en supuestos de ejercicio extraterritorial de competencias delimitadas por el Derecho Internacional Público, como los actos de agentes diplomáticos o consulares o los cometidos a bordo de aeronaves o buques que naveguen bajo su pabellón. Se trata de evitar que, al amparo del artículo 1, un Estado cometa fuera de su territorio actos o acciones que no puede realizar en el suyo propio, pero sin hacer una interpretación demasiado amplia del artículo 1, ya que de haber deseado lo contrario, los autores del Convenio habrían adoptado un texto idéntico o semejante al recogido en las Convenciones de Ginebra de 1949.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Issa y otros c. Turquía.
16/11/2004.
31821/96.

4.2. Antecedentes

Los demandantes invocan la detención ilegal, malos tratos y ulterior asesinato de sus familiares por el ejército turco en el transcurso de una operación militar realizada en el norte de Irak. Según los demandantes, que viven del pastoreo en una zona montañosa próxima a la frontera con Turquía, el 1 de abril de 1995 presenciaron el despliegue del ejército turco en esa zona, topándose con soldados turcos, que maltrataron a los familiares mandando a las muje-

res de vuelta a la aldea. Algunos vecinos, acompañados por miembros del Partido Democrático del Kurdistan (en adelante KDP), se trasladaron a la base militar turca de Anshki para pedir la liberación de los pastores retenidos. El oficial al que se dirigieron les contestó que no tenía conocimiento, pero que de ser cierta la detención, los pastores serían liberados. El 3 de abril de 1995, los demandantes, acompañados de vecinos, se trasladaron al área donde habían sido vistos los pastores, área ya abandonada por el ejército turco, y donde encontraron los cuerpos mutilados y con heridas de bala. Los demandantes presentaron peticiones ante el Gobernador de Dohuk para que se investigaran los hechos, pero no han sido ulteriormente informados.

El Gobierno de Turquía confirma que entre el 19 de marzo y el 16 de abril de 1995 tuvo lugar una operación militar en el norte de Irak y que contingentes turcos avanzaron hacia Monte Medina, pero los archivos del ejército no registran presencia militar alguna en el área indicada por los demandantes. Tampoco hay constancia de la petición formulada a las autoridades militares.

4.3. Fallo

El Tribunal señala que no se dan las circunstancias del artículo 1, ya que los demandantes no dependen de la jurisdicción del Estado demandado.

V. COMENTARIO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue en la línea jurisprudencial mantenida hasta ahora, por la que la cuestión decisiva a analizar en este caso es si los familiares de los demandantes se encontraban bajo el control efectivo de las autoridades turcas. El Tribunal no excluye que como consecuencia de una operación militar de las características de la realizada por Turquía, un Estado pueda ejercer de forma temporal un control efectivo sobre el territorio de otro. Pero en este caso no solamente no ha sido probado «más allá de cualquier duda razonable» el que el ejército turco se encontrara en la zona que dicen los demandantes, sino que además por el número de tropa implicado no puede deducirse que Turquía ejerciese un control efectivo sobre la zona en la que se desarrollaron las operaciones militares. Este dato contrasta con el puesto de manifiesto en los casos *Loizidou c. Turquía* y *Chipre c. Turquía*, en los que se constató que más de 30.000 soldados turcos ejercían un control permanente y efectivo del norte de Chipre. El Tribunal, por lo tanto, no se aparta de la doctrina mantenida hasta ahora, ya que se limita a constatar que no concurren las circunstancias para entender que Turquía está desplegando su jurisdicción fuera de su territorio.

Derecho a la vida

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—3.2. Titulares.—3.3. Lesiones.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la vida.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 2. Convenio europeo

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Protocolo núm 6, de 28 de abril de 1983

Artículo 1

Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

Artículo 2

Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación que se trate.

2.2. Constitución española

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

2.3. Constitución europea

Artículo II-2

1. Toda persona tiene derecho a la vida.
2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

Artículo II-3

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y mental.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
 - a) El consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con la modalidades establecidas por la ley.
 - b) La prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas.

- c) La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.
- d) La prohibición de clonación reproductora de seres humanos.

Artículo II-4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El artículo 2 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa (Sentencia McCannan contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995). Los poderes públicos tienen el deber de no lesionar por sí mismos la vida humana y el deber de protegerla efectivamente frente a agresiones de los particulares. La obligación impuesta por el artículo 2 del Convenio va más allá del deber primordial de asegurar el derecho a la vida estableciendo una legislación penal concreta, disuadiendo de cometer ataques contra la persona y basándose en un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones. También se aplica a la situación de un detenido que padecía una enfermedad mental con signos que indicaban que podía atentar contra su vida (Sentencia Keenan contra Reino Unido 2001,242, secc. 3, núm. 27229/1995). El Estado tiene la obligación de realizar una investigación pública con examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en la que se ha cometido el homicidio (Sentencia McCannan contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995). El artículo 2 del Convenio no tiene ninguna relación con las cuestiones relativas a la calidad de vida o a lo que una persona ha escogido hacer con ella. No se puede interpretar en el sentido de que confiere un derecho diametralmente opuesto, a saber el derecho a morir; tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida. **No es posible deducir del artículo 2 un derecho a morir, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de la autoridad pública** (Sentencia Diane P. contra Reino Unido, de 29 de abril de 2002, secc. 4.^a, núm. 2346/2000). Las excepciones del apartado segundo han de interpretarse siempre de manera restrictiva, porque en el mismo no se enuncian situaciones en las que es legítimo ocasionar intencionadamente la muerte, sino circunstancias en las que cabe hacer legítimamente uso de la violencia, la cual puede desembocar, a su vez, en una muerte involuntaria; por ello se exige que el recurso a la fuerza sea absolutamente necesario, realizándose aquí no un jui-

cio de proporcionalidad, sino un «juicio de indispensabilidad» (Sentencia McCannan contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995).

3.2. Titulares

En STEDH de 29 de octubre de 1992, el Tribunal no se pronuncia sobre si el derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del Convenio es igualmente aplicable para el feto. Previamente el Informe de la Comisión núm. 1315/1980, en relación con el Asunto 8416/1979, había señalado que la expresión «todos» del artículo 2 se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus*.

3.3. Lesiones

Se declara la violación del artículo 2 del Convenio ante la ausencia de explicación razonable por las autoridades del Estado acerca de las heridas sufridas por la víctima durante su detención (Sentencia Güneç contra Turquía, de 19 de junio de 2003). Se produce violación cuando existe falta de transparencia y efectividad en la investigación oficial sobre la muerte (STEDH de 4 de mayo de 2001 en asunto 37715/1997).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1 Título e identificación oficial

Khachiev c. Rusia.

Sección 1.^a 24/02/05.

Demandas núms. 57942/2000 y 57945/2000.

4.2. Antecedentes

El asunto tiene su origen en dos demandas dirigidas contra el Gobierno ruso interpuestas por dos ciudadanos rusos, habitantes de Chechenia, en donde se alega que en febrero de 2000 unos miembros de su familia (en concreto el hermano, la hermana, el sobrino y la sobrina del primer demandante; y el hermano de la segunda demandante) fueron torturados y asesinados en Chechenia por miembros del ejército federal ruso.

Los demandantes observaron numerosas heridas de: bala, arma blanca, arma cortante, fracturas en brazos y piernas, falta de dientes, rotura de mandíbula, contusiones en el cuerpo, fractura de huesos, mutilaciones y demás en los cuerpos de sus familiares, y que, a pesar de haber denunciado los hechos y solicitado una investigación que llevase a la identificación y sanción de los responsables de infligir las torturas y la muerte a sus familiares, al no pro-

ducirse y recibir exclusivamente una mera indemnización, en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales presentan ante el tribunal una demanda por incumplimiento de los artículo 2, 3 y 13 del Convenio.

4.3. Fallo

1. Hubo violación del artículo 2 del Convenio en relación a las muertes de los familiares de los demandantes.

2. Hubo violación del artículo 2 del Convenio debido a que las autoridades no llevaron a cabo una investigación adecuada y efectiva sobre las circunstancias de las muertes de los familiares de los demandantes.

V. COMENTARIO

El Tribunal, siguiendo su línea jurisprudencial, vuelve a decir que se produce violación del artículo 2 de la Convención cuando las autoridades nacionales no llevan a cabo una investigación adecuada y efectiva sobre las causas de unas muertes ocurridas bajo su jurisdicción. En concreto, en esta sentencia el Tribunal profundiza en la idea de que, cuando los acontecimientos en cuestión son conocidos exclusivamente por las autoridades, como puede ser el caso de una detención, cualquier lesión o fallecimiento ocurrido durante el período en el que la víctima se encuentra bajo el control de las autoridades, da lugar a serias presunciones de hecho. La carga de la prueba corresponde a las autoridades, que deben dar una explicación satisfactoria. Esto es, el principio de la prueba debe ir «más allá de toda duda razonable».

Es más, añade el Tribunal que, si el Estado demandado, como en la sentencia que nos ocupa, no niega que las víctimas pueden imputarse al propio Estado sin que tenga cabida excepción alguna de las previstas en el segundo párrafo del artículo 2 del Convenio, las investigaciones de los hechos deben de obrar de oficio por parte del Estado responsable desde el momento en que se tiene conocimiento de ello. No puede dejarse a iniciativa de los demandantes la presentación de una DENUNCIA FORMAL o la responsabilidad de entablar un proceso judicial.

Por otro lado, de la sentencia se deduce que ante la importancia del artículo 2 del Convenio, el hecho de que un Gobierno se abstenga ante el Tribunal, sin dar explicación satisfactoria, de facilitar las informaciones que obran en su poder, induce al Tribunal a entender que el Estado en cuestión incumple con las obligaciones que le corresponden en otros artículos del Convenio, en concreto el artículo 38.1.a), que exige a todo Estado interesado el proporcionar todas las facilidades para el esclarecimiento de los hechos.

Tal ha sido la actitud del Gobierno ruso en la sentencia analizada, que, ante la solicitud por parte del Tribunal de que presente una copia de la totalidad

del sumario correspondiente a la investigación penal llevada a cabo en esta causa, sólo ha presentado dos tercios, afirmando que los documentos restantes son ajenos a la misma. No da ninguna otra explicación para justificar la no presentación de las piezas que faltan.

Finalmente, el Tribunal recuerda que las obligaciones que derivan para un Estado del artículo 2 no se cumplen por la mera concesión de una indemnización por daños y perjuicios. La investigación que exige esta disposición debe poder conducir a la identificación y el castigo de los responsables. En estas condiciones no cabe sólo el proceso de naturaleza civil, sino que es necesario también el proceso penal, porque lo contrario supone una violación no sólo del artículo 2, sino también de otro artículo del Convenio, en este caso el artículo 13. La gravedad de la violación del artículo 2 permite conceder una indemnización en concepto de daño moral, y que se pueda tramitar por una vía distinta a la jurisdicción penal, como sería la civil, pero siempre complementaria a la penal y como consecuencia de la misma.

La sentencia analizada llega a esta conclusión al decir el Tribunal que los investigadores gubernamentales rusos no trataron de averiguar el nombre de la unidad militar, o de contactar con sus jefes o de identificar a los soldados que ciertos testigos habían designado por sus nombres como responsables de las muertes de los familiares de los demandantes. Cerrando el caso con la mera indemnización por la vía jurisdicción civil de uno de los demandantes.

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II- 4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 3

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

2.3. Constitución española

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Aunque la redacción del artículo 3 omite el sujeto agente de la oración, la prohibición compromete la responsabilidad de los Estados parte, pudiendo afirmarse que surgen para ellos dos obligaciones genéricas que consisten en no cometer ninguno de los actos prohibidos y en no consentir que éstos se lleven a cabo. Así, este derecho impone al Estado un deber de investigar las denuncias de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando han sido infligidos por particulares (STEDH *Indelicato c. Italia*, de 18 de octubre de 2001). Desde un punto de vista territorial, bastará decir que el Tribunal ha afirmado que las obligaciones del Estado únicamente existen en relación con las acciones cometidas dentro de su jurisdicción (*Al-Ádsani c. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001).

Con los términos «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala (STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978). La conducta contemplada consiste, en todo caso, en infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). Así, en esta perspectiva gradualista, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes.

También se reputa tortura toda forma de expulsión —incluidas la extradición así como la denegación de asilo— a un país donde el expulsado corra el riesgo de ser condenado a la pena de muerte (STEDH *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989).

No se estima prohibida en sí misma la cadena perpetua, salvo que provoque un grave deterioro del estado de salud del reo, ni se establecen límites para la tipificación interna de las penas privativas de libertad. En este sentido, se ha considerado compatible con el artículo 3 la tipificación de una pena de privación de libertad de duración indeterminada, durante el tiempo que plazca a Su Majestad (during Her Majesty's Pleasure), así como el sistema de periodos punitivos que conlleva.

Los malos tratos policiales son injustificables en términos absolutos, por lo que no cabe hacer consideraciones de proporcionalidad ni ponderaciones con otros bienes jurídicos en juego, ni siquiera con intereses vitales del Estado, como puede ocurrir en el contexto de la lucha antiterrorista (STEDH Selmounic c. Turquía, de 28 de julio de 1999). Cuando hay indicios de malos tratos policiales (heridas, contusiones...) pesa sobre la policía la carga de demostrar la corrección de su actuación (STEDH Ribitsch c. Austria, de 4 de diciembre de 1995).

El artículo 3 comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. En este contexto se enmarca la exigencia de cuidados médicos, con especial atención a las personas con problemas mentales (STEDH Slimani c. Francia, de 27 de julio de 2004).

El derecho del artículo 3 también puede ponerse en conexión con el artículo 2 del Convenio, que impone a los Estados contratantes no solamente la obligación de no matar, sino también la de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de su jurisdicción (L.C.B. c. Reino Unido, de 9 de junio de 1998). Esta obligación de los Estados contratantes adquiere una dimensión particular cuando se trata de personas detenidas que, por estar bajo el completo control de las autoridades, son especialmente vulnerables. De ahí que las autoridades tengan el deber de ofrecer explicaciones convincentes en cuanto al origen de las lesiones de los detenidos, obligación especialmente estricta cuando se trata del fallecimiento del detenido. El artículo 3 exige de los Estados la protección de la salud e integridad física de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que a la obtención de cuidados médicos respecta. Por eso, el fallecimiento de un detenido en condiciones sospechosas exige la realización de una investigación efectiva. La efectividad requiere, en primer lugar, que las personas responsables de la investigación sean independientes de las implicadas en los hechos, lo que implica que aquéllas no estén subordinadas jerárquicamente a las últimas. En segundo lugar, se contribuye a la efectividad cuando las autoridades toman todas las medidas razonables para la obtención de pruebas, ya se trate de testimonios testificales o informes periciales, incluso la realización de autopsias (STEDH Slimani c. Francia, de 27 de junio de 2004).

Al amparo de este precepto el TEDH también excluyó que los castigos corporales pudieran ser empleados como sanción penal (STEDH Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978).

Asimismo queda proscrita toda norma que permita el castigo físico en las escuelas (STEDH Campbell c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1993).

Las conductas contempladas en este precepto no son exclusivamente castigos corporales, ya que el Tribunal también ha considerado trato inhumano prender fuego a la vivienda de una persona, en presencia de su familia y obligándola a abandonar su hogar (STEDH Altun c. Turquía, de 1 de junio de 2004).

El Tribunal ha estimado que la desaparición de una persona, aun cuando en sí misma no llegue a constituir violación del artículo 3, puede considerarse trato inhumano y degradante en relación con su madre (STEDH Kurt, de 25 de mayo de 1998). Que un familiar de un desaparecido sea o no víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 dependerá de factores específicos, como la proximidad del parentesco, las circunstancias particulares de la relación, el grado de participación en los hechos y en la búsqueda de información y, sobre todo, la manera en que las autoridades reaccionan ante la angustia e incertidumbre del demandante (STEDH Akdeniz y otros, de 31 de mayo de 2001).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Martínez Sala y otros c. España.
58438/00.
2 de noviembre de 2004.

4.2. Antecedentes

Los demandantes fueron detenidos por la Guardia Civil en Barcelona el día 29 de junio de 1992. De las instalaciones de la Guardia Civil en Barcelona se les trasladó en automóvil a las dependencias de la Guardia Civil en Madrid. Fueron procesados ante la Audiencia Nacional por delitos de pertenencia y colaboración con banda armada, posesión de explosivos, posesión ilícita de armas y terrorismo.

Como consecuencia de las denuncias por malos tratos formuladas por los demandantes, el 14 de julio de 1992, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 solicitó del médico forense la emisión de un informe que describiese de manera exhaustiva las causas y las circunstancias en que habían tenido lugar los exámenes médicos realizados a los demandantes durante la detención. El médico forense presentó su informe el 21 de julio de 1992 explicando que las visitas médicas se habían producido en presencia de terceros, primero en las dependencias de la Guardia Civil y más tarde en las de la Audiencia Nacional. Después de identificarse, el médico siempre había preguntado al sospechoso por el trato recibido. Desde su llegada a Madrid, los detenidos fueron examinados diariamente, como consta en los informes.

El 1 de agosto de 1992 los demandantes presentaron una querrela ante el Juzgado de Instrucción, el cual dictó auto de sobreseimiento provisional al considerar que, según los informes forenses, no había quedado probado que los detenidos hubieran padecido malos tratos. El recurso de reforma fue rechazado añadiéndose al argumento anterior la dificultad de identificar a los presuntos responsables de malos tratos. La Audiencia Provincial de Madrid rechazó el recurso de apelación invocando el artículo 641.1.º de la ley de Enjuiciamiento

Criminal, según el cual procederá el sobreseimiento provisional cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. Frente a la resolución de la Audiencia Provincial se presentó recurso de amparo por vulneración del artículo 24 de la Constitución. El Tribunal Constitucional inadmitió dicho recurso por considerar que las resoluciones judiciales recurridas estaban suficientemente motivadas y que el desacuerdo con la apreciación de las pruebas por el Tribunal de Instancia no podía por sí solo constituir una violación del artículo 24 de la Constitución.

Por sentencia de 10 de julio de 1995, la Audiencia Nacional condenó a los ahora demandantes a penas de prisión por los delitos inicialmente referidos de pertenencia y colaboración con banda armada, posesión de explosivos, posesión ilícita de armas y terrorismo. En cuanto a las torturas y malos tratos alegados, la Audiencia Nacional estimó que esta cuestión no podía tratarse en el seno del procedimiento anterior, por lo que opta por remitir las alegaciones sobre malos tratos a los Tribunales competentes. Dos años después se abre un segundo procedimiento por malos tratos y torturas ante el Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid.

A partir de aquí se va a repetir el esquema de querrela por malos tratos, auto de sobreseimiento por los mismos motivos que los invocados en el auto de 22 de abril de 1993, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que confirma la resolución anterior y amparo ante el Tribunal Constitucional rechazado por los motivos anteriormente referidos.

Los demandantes recurren al TEDH alegando padecimiento de torturas físicas y psicológicas y tratos inhumanos y degradantes durante su detención en Cataluña y en la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid. Asimismo alegan que las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades como consecuencia de las denuncias de malos tratos no han sido profundas ni efectivas.

4.3. Fallo

Condena al Reino de España por violación del artículo 3 del Convenio.

V. COMENTARIO

En este punto es preciso distinguir la acusación de malos tratos y torturas del incumplimiento por parte del Estado de la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva.

En cuanto al primer aspecto, el Tribunal desestima el recurso. Reitera una muy consolidada doctrina según la cual los malos tratos tienen que revestir un mínimo de gravedad para quedar comprendidos en el marco del artículo 3, y además, las pruebas aportadas por los demandantes tienen que poder demostrar *más allá de cualquier duda razonable* el acaecimiento de los hechos alegados. En este caso, según las detalladas declaraciones, aquéllos revisten indudablemente

la suficiente importancia como para caer en el ámbito de aplicación del artículo 3. Sin embargo, el segundo requisito, el de la superación del test de la duda razonable, no se cumple, ya que las pruebas son fundamentalmente los informes de los médicos forenses y demás certificados médicos, y éstos no reflejan que los demandantes sufrieran malos tratos.

Sin embargo, como ya apuntábamos, la sentencia condena al Reino de España por vulneración del artículo 3 al haber incumplido la obligación de realizar una investigación seria y efectiva. Según los demandantes, el Ministerio Fiscal debería haber abierto una investigación, como es costumbre en casos similares. Asimismo alegan que en ningún momento fueron citados ante el Juzgado de Instrucción, a lo que hay que añadir la queja de la insuficiencia de los exámenes médicos. Después de las denuncias presentadas ante el Juzgado de Instrucción núm. 5, los detenidos deberían haber sido sometidos a un examen médico en profundidad, sobre todo teniendo en cuenta que el médico que emitió el informe, el médico forense, es un funcionario de la Administración de Justicia y, por lo tanto, no independiente. A esto hay que añadir, siempre según los demandantes, la falta de una investigación efectiva para el esclarecimiento de los hechos, tanto por parte del Ministerio Fiscal como del propio Juez de Instrucción. El Tribunal estima la demanda en este punto siguiendo la doctrina establecida en sentencias precedentes y de conformidad con la cual cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido malos tratos por parte de la policía, el Estado tiene la obligación, impuesta por los artículos 3 y 1 del Convenio, de iniciar una investigación efectiva tendente a la identificación de los presuntos responsables. El Juzgado de Instrucción se limitó a solicitar informe del médico forense sin requerir la audiencia de los demandantes, todo lo cual lleva a la conclusión de una investigación insuficiente desde la perspectiva del artículo 3 del Convenio.

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 4

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo:
 - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio o durante su libertad condicional.
 - b) Todo trabajo de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
 - c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.

- d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

2.2. Constitución española

Artículo 25.2

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

2.3. Constitución europea

Artículo II-5

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha ocupado con frecuencia del análisis detallado del artículo 4 del Convenio, por lo que no se ha generado una jurisprudencia que haya precisado los diferentes ámbitos de su contenido. No obstante, sí ha establecido al respecto que no es contraria al Convenio la exigencia impuesta a los abogados para prestar asistencia jurídica obligatoria o de oficio en los supuestos previstos en las leyes procesales nacionales (Sentencia de 26 y 27 de octubre de 1983 en el asunto Van der Mussele contra Bélgica) y, en la misma línea, que tampoco es contraria al artículo 4, la exigencia de realización de trabajos a una persona privada legalmente de libertad siempre que las tareas no excedan de los límites «normales» en la materia y se orienten a facilitar la reinserción social del condenado y siempre que se cuente con base legal suficiente (Sentencia de 24 de junio de 1982 en el asunto Van Droogenbroeck contra Bélgica).

No se ha dictado recientemente ninguna sentencia destacable en relación con este artículo.

Derecho a la libertad y a la seguridad

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la libertad y a la seguridad.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-6

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 5

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

- b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
- c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

2.3. Constitución española

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El objetivo principal del artículo 5.1 es la protección frente a las privaciones arbitrarias de libertad en el sentido clásico de libertad física (**STEDH Engel c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976**). La noción de seguridad que el mismo precepto contempla no ha sido objeto de una interpretación independiente, por lo que el Tribunal considera que la inseguridad generada en las circunstancias personales del demandante cuando no hay un supuesto de privación de libertad no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 (**STEDH Altun c. Turquía, de 1 de junio de 2004**, en relación con el incendio provocado de la vivienda del demandante).

El legislador debe fijar con suficiente precisión y accesibilidad los supuestos y la duración de la privación de libertad. De aquí se sigue que, aunque hayan sido autorizadas o ratificadas por un juez, son ilícitas las privaciones de libertad carentes de cobertura legal (**STEDH Riera Blume c. España, de 14 de octubre de 1999**).

El artículo 5.1 contiene una lista exhaustiva de motivos por los que una persona puede ser privada de su libertad. No obstante, nada impide que una detención no pueda encontrar justificación en más de un subapartado (**STEDH Eriksen c. Noruega, de 27 de mayo de 1997**). En relación con esto se plantea el problema de las condiciones de la privación de libertad. El TEDH ha venido manteniendo tradicionalmente que tiene que existir una relación entre los motivos de privación de libertad y las condiciones de dicha privación, por lo que en principio, una persona que ha sido considerada enferma mental al amparo del subapartado e) nada más podría ser detenida para ingresar en un hospital, clínica u otra institución apropiada (**STEDH Hutchison Reid c. Reino Unido**). Sin embargo, el Tribunal ha ido matizando al entender que la imposibilidad de ingresar

al detenido en una clínica no convierte automáticamente su detención en ilegal, ya que no siempre las autoridades pueden garantizar la existencia de plazas en instituciones apropiadas. Habrá que valorar las circunstancias de cada caso y el equilibrio entre la gestión de los recursos públicos y la necesidad de internamiento (STEDH *Morsink c. Países Bajos*, de 11 de mayo de 2004).

Por lo que respecta al artículo 5.1.e), la jurisprudencia del TEDH entiende que el término «alcohólico» no puede interpretarse en el sentido estricto y técnico del término, por lo que este precepto también ampara las detenciones de personas que, aunque no hayan sido diagnosticadas como «alcohólicas», con su conducta y comportamiento bajo la influencia del alcohol, pueden representar una amenaza para el orden público o para ellas mismas. Lo que no permite este precepto es la detención por la mera ingestión de alcohol, por lo que la conducta del detenido se constituye en el aspecto decisivo. Para que la detención se ajuste al Convenio no solamente es necesario que no sea arbitraria, sino que se requiere además que no haya sido posible la adopción de medidas menos severas (STEDH *Hilda Hofsteindottir c. Islandia*, de 8 de junio de 2004).

En cuanto al internamiento por razones psiquiátricas, el TEDH exige que las órdenes de internamiento sean revisadas periódicamente (STEDH *Matter c. Eslovaquia*, de 5 de julio de 1999). Recuerda que el cumplimiento del art. 5.1.e) del Convenio requiere que la enajenación del afectado se haya constatado previamente, salvo casos de urgencia, por un informe médico objetivo, sin que quepa prolongar la privación de libertad más allá de la subsistencia del problema (STEDH *Johnson c. Reino Unido*, de 24 de octubre de 1997). Solamente en supuestos en los que la detención se haya producido por un comportamiento violento resulta aceptable que la consulta médica se efectúe inmediatamente después de la detención. Asimismo se acepta que ante la negativa del interesado a presentarse al examen médico, el informe se realice a partir de la información que conste en el expediente (STEDH *R.L. et M.-J.D. c. Francia*, de 19 de mayo de 2004).

En relación con la detención preventiva [art. 5.c) CEDH], indicios racionales son aquellos idóneos para persuadir a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito (STEDH *Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido*, de 30 de agosto de 1990).

La ausencia de datos registrados, tales como la fecha, la hora y el lugar de la detención, el nombre del detenido, así como los motivos de la privación de libertad y el nombre de la persona que la realizó muestran la naturaleza imprecisa y poco fiable de los registros de detención preventiva, lo que debe considerarse incompatible con el fin mismo del artículo 5 del Convenio (STEDH *Ipek c. Turquía*, de 17 de febrero de 2004).

La duración de la detención preventiva no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos (STEDH *Günay c. Turquía*, de 27 de septiembre de 2001).

El párrafo tercero garantiza el control judicial de la detención al señalar que la persona detenida «deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales». La «dilación» ha de valorarse en cada caso, a pesar de lo cual los Estados apenas tienen margen de interpretación. En algunos casos, como en materia terrorista, el Tribunal ha sido comprensivo con las dificultades que plantea la investigación, pero siempre subrayando que los Estados no tienen carta blanca (**STEDH Murray c. Reino Unido, de 28 de octubre de 1994**).

Por otro lado, el TEDH señala que el hecho de que el detenido no sea conducido a disposición judicial no significa que se haya vulnerado el artículo 5.3, ya que no puede haber violación de dicho precepto si el detenido ha sido liberado con celeridad. El Tribunal ha considerado que la liberación después de tres días de detención sin control judicial no infringe el artículo 5.3 (**STEDH Ikincisoy c. Turquía, de 24 de julio de 2004**), mientras que cuatro días y seis horas de detención sin control judicial sí que supone la vulneración del artículo 5.3 (**STEDH Brogan y otros c. Reino Unido, de 29 de noviembre de 1998**). En general, lo razonable del período de detención no puede afirmarse *in abstracto*, ya que depende de las circunstancias del caso, de la motivación de las decisiones de las autoridades domésticas y de la prueba de los hechos alegados por el recurrente. La detención continuada únicamente puede justificarse por razones de interés público y buscando el equilibrio con el respeto de la libertad individual (**STEDH Cevizovic c. Alemania, de 29 de julio de 2004**).

En cuanto a la prisión provisional, cualquier opción legislativa en cuanto a su duración habrá de superar el principio de proporcionalidad y, en concreto, deberá tomar en consideración la gravedad del delito imputado y, probablemente, graduar la duración máxima según la gravedad de los distintos delitos (**STEDH Neumeister c. Austria, de 27 de junio de 1968**). La gravedad del delito debe ser, por lo tanto, un elemento modulador de la prisión provisional, pero no puede ser el factor determinante de la misma. En la sentencia **Ilijkov c. Bulgaria, de 26 de julio de 2001**, el Tribunal declaró contrarias al Convenio la legislación y práctica forense estableciendo la necesidad de acordar la prisión provisional siempre que la pena superase una cierta gravedad, salvo circunstancias muy excepcionales cuya concurrencia había de ser probada por el reo. Así ha vuelto a apreciarlo el TEDH en la sentencia **Nikolova c. Bulgaria de 30 de septiembre de 2004**, en la que además el Tribunal subraya que el arresto domiciliario está sometido a las condiciones del artículo 5.3 del Convenio.

Aunque no siempre es necesario que el procedimiento a que se refiere el artículo 5.4 del Convenio vaya acompañado de las mismas garantías que el procedimiento enmarcable en el artículo 6, sí que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia (**STEDH Frommelt c. Liechtenstein, de 24 de junio de 2004**), la cual es especialmente necesaria cuando el motivo de revisión es el

mal estado de salud del detenido (STEDH M.B. c. Polonia, de 27 de abril de 2004). Además, el procedimiento en cuestión tiene que tener un carácter judicial, ser contradictorio y garantizar la igualdad de armas.

El artículo 5.4 ampara asimismo la revisión de condena (Hill c. Reino Unido, de 27 de abril de 2004).

Este precepto guarda además relación con el artículo 5.3, ya que, si no se constata vulneración de este último por haber sido liberado el detenido en un plazo razonable, tampoco será de aplicación el artículo 5.4 (STEDH İkinci-soy c. Turquía, de 27 de julio de 2004).

En general, en cuanto a los supuestos de privación de libertad, el TEDH no sólo exige que se respete el *numerus clausus* del artículo 5 del CEDH, sino que exige, además, que en el caso concreto sea respetado el principio de proporcionalidad.

La reparación a que se refiere el artículo 5.5 únicamente procede en aquellos supuestos en los que se haya constatado una detención contraria a lo dispuesto en algunos de los restantes apartados del artículo 5 (STEDH Benham c. Reino Unido, de 10 de junio de 1996).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Enhorn c. Suecia.
25/01/05.
56529/00.

4.2. Antecedentes

El demandante, homosexual, descubre en 1994 estar infectado con el virus del SIDA y haberlo transmitido a un joven de 19 años con el que tuvo contactos sexuales por primera vez en 1990. El 1 de septiembre de 1994 un funcionario médico impartió al demandante las siguientes instrucciones basándose en la Ley de Enfermedades Contagiosas de 1988: informar primero de su infección a la persona con la que se vaya a mantener contactos sexuales; usar preservativo; abstenerse de consumir alcohol en cantidades que puedan afectar su juicio y poner a otras personas en peligro; en caso de intervención médica, informar a los profesionales de la infección y en especial a su dentista; abstenerse de donar sangre, órganos o espermatozoides y visitar al médico en las fechas establecidas por las autoridades sanitarias. A las mencionadas citas faltó cinco veces entre octubre y noviembre de 1994. El 2 de febrero de 1995 las autoridades médicas solicitaron del Tribunal administrativo una orden para mantener al demandante en situación de aislamiento durante tres meses en base al artículo 38 de la Ley de 1988. Pocos días después, el 16 de febrero de 1995, legó al Tribunal el infor-

me de un médico psiquiatra en el que se hacía constar la tendencia del demandante a consumir alcohol y la posibilidad de que, dado su estado de ansiedad, mantuviese relaciones sexuales destructivas. Ese mismo día el Tribunal accede a la petición de aislamiento formulada por las autoridades sanitarias. Esta situación, tras las correspondientes resoluciones judiciales, apoyadas por informes médicos, se prolonga en sucesivas ocasiones por períodos de seis meses, durante los cuales el demandante se escapó del hospital en diversas ocasiones. Los informes médicos reflejaban de manera constante el abuso de alcohol y la resistencia a asumir el tratamiento, hasta que el 12 de diciembre de 2002 las autoridades judiciales consideraron que no era necesaria la prolongación del aislamiento.

El ahora demandante recurre ante el TEDH por considerar la situación de aislamiento contraria a lo dispuesto en el artículo 5.1 del Convenio.

4.3. Fallo

Condena al Reino de Suecia por violación del artículo 5.1 del Convenio.

V. COMENTARIO

La sentencia se centra en analizar si concurren las circunstancias que justifiquen la aplicación del art. 5.1.e) del Convenio. A estos efectos el Tribunal recuerda que para que concurra el requisito de que la privación de libertad sea «conforme a Derecho», según la expresión del citado precepto, no solamente es necesario que se satisfaga el principio de legalidad, sino que la detención también sea necesaria atendiendo a las circunstancias y acorde con el principio de proporcionalidad. En este caso el Tribunal constata que la legislación sueca es suficientemente previsible y precisa, por lo que procede a analizar las otras dos condiciones. En el caso de enfermedades contagiosas es claro que la privación de libertad tiene su fundamento en el peligro que para la salud pública entrañan dichas enfermedades, lo que en el caso del virus del SIDA resulta evidente. Queda por analizar si la privación de libertad responde al principio de proporcionalidad en el sentido de ser el último recurso para evitar la propagación de la enfermedad. Si bien es verdad que, tal y como se ha expuesto en los antecedentes, el demandante no tuvo una actitud de colaboración con las autoridades sanitarias, ya que no asistió a algunas citas médicas y en repetidas ocasiones se escapó del centro hospitalario en el que había sido internado. No obstante, el Tribunal considera en primer lugar que el Gobierno sueco no aporta ejemplos de medidas menos severas adoptadas sin éxito y en segundo lugar queda probado que el demandante cumplió con el deber de informar a los médicos de su infección, incluido a su dentista, pero lo que no queda probado es que el demandante ingiriese cantidades de alcohol que le afectasen al juicio o que mantuviera relaciones sexuales sin informar

a su pareja, ni siquiera queda probado que las mantuviese. En definitiva, el Tribunal concluye que la privación de libertad no puede reputarse en este caso último recurso.

En conjunto podemos decir que se trata de una sentencia en la línea de la jurisprudencia del TEDH, pues aunque éste apenas se ha pronunciado acerca del supuesto de las enfermedades contagiosas, se ha basado en una consolidada jurisprudencia sobre la privación de libertad de enajenados mentales y alcohólicos, supuestos a los que también hace referencia el artículo 5.1.e) del Convenio.

Derecho al proceso equitativo

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al proceso equitativo.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
 - a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
 - b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
 - c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
 - d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
 - e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

2.2. Constitución española

Artículo 24

1. Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

2.3. Constitución europea

Artículo II-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e impar-

cial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Artículo II-48

1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.

2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de defensa.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

I. *Tutela judicial efectiva*

Acceso a la jurisdicción: Todo derecho o interés legítimo debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero Tribunal que se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional: resolver, basándose en normas de Derecho y al final de un procedimiento organizado, toda cuestión que dependa de su competencia (Sentencia de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli contra Malta). De ello se deriva el principio *pro actione*, que establece el deber de interpretar y aplicar las leyes procesales de la manera más favorable para la efectiva iniciación del proceso, evitándose los formalismos enervantes (Sentencia de 15 de octubre de 2002, asunto Cañete Goñi contra España). No obstante, el derecho de acceso a un Tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, si bien exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado (Sentencia de 28 de octubre de 1998, en demanda 23452/1994 de varios ciudadanos británicos contra el Reino Unido). **Prohibición de indefensión:** Sería contrario al derecho a un proceso equitativo que el Estado alterara las normas jurídicas aplicables a un proceso en curso, especialmente cuando él mismo es parte (Sentencia Zielinski contra Francia, de 28 de octubre de 1999). Pueden exigirse garantías procesales especiales para proteger a los que debido a sus trastornos mentales no son completamente capaces de obrar por cuenta propia (Sentencia Vaudelle contra Francia, de 30 de enero de 2001). Se produce indefensión cuando un primer abogado de oficio y luego un sustituto no realizaron una defensa concreta y efectiva; en el primer caso, por inactividad, y en el segundo, por conocer su designación pocos días antes de la apertura de un proceso para un asunto grave y complejo (Sentencia núm. 795/1998, de 21 de abril, en asunto 22600/1993). **Derecho a la utilización de los recursos existentes en las leyes procesales:** El Convenio no obliga a los Estados con-

tratantes a crear tribunales de apelación o de casación: si existen, son aplicables las garantías del artículo 6. El derecho de acceso a un Tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso: exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado. Se produce vulneración del artículo 6 cuando se exige consignación previa de la cantidad de la condena a quien había solicitado el beneficio de justicia gratuita, no otorgado en tiempo útil por negligencia judicial, inadmitiéndole el recurso (Sentencia García Manibardo contra España, de 15 de febrero de 2000). No se produce violación del Convenio cuando se deniega la asistencia jurídica para recurrir en casación debido a la ausencia de un motivo de casación serio (Sentencia de 26 de febrero de 2002, en asunto núm. 49384/1999). **Intangibilidad de las resoluciones judiciales:** La intangibilidad del fallo judicial es un elemento esencial de la preeminencia del derecho y exige que la solución dada de forma definitiva a todos los litigios por los Tribunales no sea puesta en discusión. Se produce violación del artículo 6 con la anulación de una sentencia con efecto de cosa juzgada que restituía la propiedad de una vivienda previamente nacionalizada (Sentencia de 28 de octubre de 1999, en asunto núm. 28342/1995 contra República de Rumanía).

II. *Garantías genéricas de todo proceso*

Imparcialidad del Tribunal: Un Tribunal se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional (...) y también debe reunir otra serie de condiciones —independencia, concretamente respecto del ejecutivo, la imparcialidad, duración del mandato de los miembros, garantías del procedimiento— que muchas de ellas figuran en el propio texto del artículo 6.1 (Sentencia de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli contra Malta). Para establecer si un Tribunal puede ser considerado independiente, la Sentencia Thaler contra Austria, de 3 de febrero de 2005, establece que se deben tener en cuenta, entre otras cosas, la forma en que se designan sus miembros, la duración del cargo, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el organismo tiene una apariencia de independencia. Se produce violación del Convenio por falta de imparcialidad del Tribunal, dado el importante papel jugado por un juez militar al juzgar a un civil por un delito de difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad del Estado (Sentencia de 8 de julio de 1999, en asunto núm. 26682/1995 en demanda de un ciudadano turco contra Turquía). La noción de imparcialidad tiene una doble vertiente: *subjetiva*, que trata de averiguar la relación personal de un juez concreto en una determinada circunstancia y *objetiva*, tendente a asegurar que el Tribunal ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable (Sentencia de 4 de abril de 2000, asunto núm. 30342/1996, en demanda de empresa, navieras griegas contra Grecia). En el supuesto de la existencia en la composición de un Tribunal de un juez militar en juicio por delito de difusión de propagan-

da tendente a perjudicar la integridad del Estado, se producen dudas razonables y objetivamente justificadas sobre la imparcialidad e independencia del Tribunal y, por lo tanto, existe violación del Convenio (Sentencia de 7 de febrero de 2002, en asunto núm. 28496/1995, en demanda de una ciudadana turca contra Turquía). El principio de preeminencia del derecho y la noción del proceso justo impiden la injerencia del poder legislativo en la Administración de la justicia con el fin de influir en el desenlace de un litigio en el que el Estado es parte (Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto Georgiadis contra Grecia). La *teoría de las apariencias* ha de ser tenida en cuenta: al expresarse públicamente sobre el rechazo o admisión de los medios presentados por una de las partes, podría legítimamente considerarse que... (un juez)... ha tomado partido por una de las partes (Sentencia de 21 de marzo de 2002, asunto APBP contra Francia). No es imparcial el juez que participa en la elaboración de normas, incluso de rango reglamentario (Sentencia Mc Gonnell contra Reino Unido, de 8 de febrero de 2000). No es imparcial un juez que ha sido nombrado por una autoridad militar que puede rehusar su sentencia (Sentencia Wilkinson y Allen contra Reino Unido, de 6 de febrero de 2001). Se vulnera la imparcialidad e independencia cuando los miembros de un Consejo Regional eran nombrados por órganos a los que estaban estrechamente vinculados, órganos que habían llegado a un acuerdo sobre las orientaciones impugnadas en aquel asunto (Sentencia Thaler contra Austria).

Derecho a la publicidad del proceso: El legislador sólo podrá permitir que ciertas actuaciones judiciales sean secretas en la medida en que así lo exijan otros derechos fundamentales o valores constitucionales relevantes (Sentencia Guisset contra Francia, de 26 de septiembre de 2000).

Derecho a la asistencia de abogado: El nombramiento de un abogado no garantiza, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado (Sentencia de 21 de abril de 1998, asunto núm. 22600/1993, en demanda de un ciudadano argentino contra Portugal). Cuando está en juego la privación de libertad, el interés de la justicia exige en principio la representación letrada (Sentencia Beet y otros contra Reino Unido, de 1 de marzo de 2005). Incluso los que se hallan en rebeldía tienen derecho a la asistencia letrada (Sentencia Karatas y Sari contra Francia, de 16 de mayo de 2002). No hay violación del artículo 6 cuando el demandante contribuyó en gran medida a crear la situación que le impidió comparecer ante el Tribunal que le condenó en rebeldía, estando representado por sus abogados (Sentencia Medenica contra Suiza, de 14 de julio de 2001).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Sobre la apreciación de un plazo razonable en la duración del proceso es necesario tomar en consideración tres factores: complejidad del asunto, comportamiento del litigante y de los órganos judiciales (Sentencia de 8 de febrero de 2000 contra República Eslovena, en demanda núm. 28400/1995). En materia penal, el período a considerar desde el punto de vista del «plazo razonable» del artículo 6.1 se inicia en el instante en que una persona es «acusada»; se puede tratar de una fecha anterior a la de la interposición de un asunto ante el Tribunal sentencian-

dor, principalmente la de arresto, la de la acusación o la de la apertura de diligencias previas. La «acusación» en el sentido del artículo 6.1 puede definirse «como la notificación oficial, que emana de una autoridad competente, del reproche de haber llevado a cabo una infracción penal», idea que corresponde también a la noción de «repercusiones importantes sobre la situación» del sospechoso (Sentencia de 27 de noviembre de 2003, en asunto Slimane-Kaïd contra Francia). Especial importancia tiene el retraso provocado por el Tribunal de Vigilancia Penitenciaria a la hora de resolver un recurso interpuesto por un sujeto que se encuentra en régimen de prisión especial, pues incide sobre los derechos del preso y afecta a la validez limitada en el tiempo de la decisión recurrida (Sentencia Bifulco contra Italia, de 8 de febrero de 2005). Los períodos de inactividad de las autoridades pueden repercutir de forma considerable en la duración del procedimiento y, por tanto, violar el artículo 6.1 (Sentencia Beller contra Polonia, de 1 de febrero de 2005). En todo caso, el derecho amparado por el artículo 6.1 del Convenio exige que los Estados introduzcan en su legislación un «recurso efectivo» frente a las dilaciones indebidas (Sentencia de 26 de octubre de 2000, en asunto Kudla contra Polonia). **Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa:** La admisibilidad de las pruebas depende, en primer lugar, de las reglas del derecho interno: la tarea del Tribunal consiste en averiguar si el procedimiento examinado en su conjunto, teniendo también en cuenta el modo de presentación de los medios de prueba, ha revestido un carácter equitativo (Sentencia núm. 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en demanda núm. 25829/1994). Existe violación del Convenio en una condena basada en declaraciones de la denunciante recogidas por la policía y no por el juez, que ni el acusado ni su abogado tuvieron ocasión de rebatir (Sentencia de 19 de diciembre de 1990, contra Francia, en demanda núm. 11444/1985).

III. *Garantías específicas del proceso penal*

Medios de prueba obtenidos ilícitamente: Mientras que el derecho a permanecer en silencio frente a la acusación está en principio destinado a proteger contra la coacción incorrecta por parte de las autoridades y la obtención de pruebas mediante métodos de coacción o de opresión en contra de la voluntad del acusado, el ámbito del derecho no está limitado a los casos en que se ha ejercido coacción contra sobre el acusado o en los que la voluntad del acusado no ha sido tenida en cuenta. El derecho, que el Tribunal ha señalado anteriormente que se encuentra en el núcleo de la noción de juicio equitativo, sirve en principio para proteger la libertad de un sospechoso a elegir si hablar o permanecer en silencio ante un interrogatorio de la policía. Dicha libertad de elección no es efectivamente respetada en el caso en que, habiendo el sospecho optado por permanecer en silencio durante el interrogatorio las autoridades utilizan un subterfugio para provocar por parte del sospechoso confesiones u otras afirmaciones de natura-

leza inculpativa que no han podido obtener durante los interrogatorios y cuando las confesiones o afirmaciones así obtenidas son presentadas como pruebas en juicio (Sentencia de 5 de noviembre de 1999, en el asunto *Allan contra el Reino Unido*). Respecto a la obtención de pruebas mediante «agentes infiltrados» ha de señalarse que el Convenio no impide apoyarse, en la fase de la instrucción preparatoria y siempre que la naturaleza de la infracción lo pueda justificar, sobre medios tales como confidentes ocultos, pero su posterior utilización por el Juez para justificar una condena representa un problema diferente; las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6 se aplican a los procedimientos relativos a todos los tipos de infracción criminal, de la más simple a la más compleja: el interés público no podría justificar la utilización de elementos de prueba reunidos tras una provocación policial (Sentencia 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en demanda núm. 25829/1994). **Pruebas de referencia:** El «testimonio del coimputado» sólo es admisible como prueba de cargo cuando existe algún otro medio de prueba que lo corrobore (Sentencia de 5 de diciembre de 2002, en asunto *Craxi contra República Italiana*). **Principio acusatorio:** El principio acusatorio impide condenar cuando el Tribunal penal cambia la calificación que el acusador ha dado a los hechos sin informar previamente al acusado y, por tanto, sin darle la posibilidad de defenderse (Sentencia de 21 de marzo de 1999, en asunto *Pelissier contra Francia*).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Sentencia de 15 de febrero de 2005, contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en el asunto *STEEL y MORRIS*.

Demanda núm. 68416/2001.

4.1. Los hechos

El origen del asunto se encuentra en una demanda dirigida contra el Reino Unido, incoada por dos de sus nacionales, la Sra. Steel y el Sr. Morris, sometida a consideración del Tribunal el 20 de septiembre de 2000, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Los demandantes alegaron que el procedimiento por difamación incoado contra ellos vulneró su derecho a un juicio justo, en virtud del artículo 6.1 del Convenio (aspecto en el que centremos el análisis) y también su derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 de la citada norma.

A mediados de la década de 1980, el grupo London Greenpeace, del que formaban parte los Sres. Steel y Morris, emprendió una campaña contra McDonald's. Parte de dicha campaña fue la publicación y difusión de un panfleto titulado «Lo que no funciona en McDonald's», en el que se calificaba en la primera página a la citada empresa con términos tales como McDollar's,

McGlótón, McCáncer, McCrimen, McEnfermedad y otros similares, dedicándose el resto del folleto a explicar el porqué de dichas expresiones.

Al no poderse entablar directamente una acción judicial contra el grupo London Greenpeace, por ser una persona moral, McDonalds contrató a dos despachos de detectives para que se infiltrasen en el grupo. De las actuaciones de éstos, McDonald's derivó que los Sres. Steel y Morris tenían vínculos estrechos con el grupo cuando se concibió y distribuyó el panfleto. El 20 de septiembre de 1990, McDonald's emplazó judicialmente a los Sres. Steel y Morris y a otras tres personas, y reclamó 100.000 libras de daños y perjuicios por difamación. La multinacional retiró su querella contra las otras tres personas a cambio de sus excusas.

La Sra. Steel y el Sr. Morris, perceptores en aquel momento de una renta de inserción, solicitaron asistencia jurídica gratuita, que les fue denegada, al estar legalmente excluida en Gran Bretaña en los «procedimientos relativos en todo o en parte a una cuestión de difamación». Los entonces demandados optaron por defenderse a sí mismos, si bien se recaudaron 40.000 libras para ayudarles y tuvieron abogados y *solicitors* que actuaron *pro bono*, y que les asistieron en cinco vistas preliminares, en tres ocasiones durante el proceso, e incluso ante el Tribunal de apelación. No obstante, Morris y Steel alegaron que se vieron en seria desventaja por la falta de recursos.

En 1994, McDonald's Reino Unido publicó un comunicado de prensa y difundió un folleto titulado «Por qué McDonald's recurre a la justicia» y, posteriormente elaboró otro documento titulado «Demanda por difamación-informaciones generales». Los Sres. Morris y Steel presentaron una demanda reconventional en reclamación de daños y perjuicios por difamación contra la citada compañía.

El juicio, el más largo de la historia judicial británica, se desarrolló del 28 de junio de 1994 al 13 de diciembre de 1996.

Los demandantes carecían de medios para pagar las actas diarias de los debates, asumiendo McDonald's esos gastos y facilitándoselas a la parte contraria gratuitamente hasta el 3 de julio de 1995, fecha en que dejó de hacerlo porque los interesados se negaron a comprometerse a no hacer uso de las actas más que a efectos del juicio y a no hacer público lo que se había dicho ante el Tribunal. El juez se negó a ordenar a McDonald's que proporcionase las actas. Posteriormente, gracias a unas donaciones, los demandantes pudieron comprarlas.

Durante la sustanciación del juicio, se interpuso contra el Sr. Morris una demanda distinta en relación con una propiedad. En el seno de este nuevo procedimiento, el Sr. Morris firmó bajo juramento una declaración en la que pedía la suspensión del procedimiento en tanto finalizaba el juicio por difamación, el cual había sido provocado por «unos panfletos que [él y otros habían] redactado en relación concretamente a la calidad nutricional de la alimentación que proponía McDonald's». En contra de lo pretendido por el Sr. Morris, el juez del caso de difamación admitió la solicitud de McDonald's de que dicha confesión se admitiese como prueba. El Tribunal de apelación desestimó, el 25 de marzo de 1996, el recurso interpuesto contra esta decisión. El juez autorizó a McDonald's

a adaptar su defensa a la vista de la confesión de Morris. Dicha adaptación en fase avanzada del procedimiento era considerada perjudicial para sus intereses por Steel y Morris.

El 20 de noviembre de 1995, el juez del caso se pronunció sobre el significado de un párrafo concreto del panfleto cuestionado. La Sra. Steel y el Sr. Morris presentaron un recurso ante el Tribunal de apelación contra esta decisión. No obstante, este Tribunal desestimó el recurso al estimar que el sentido dado por el juez a dicho párrafo era menos grave que el presentado por McDonald's.

Tras deliberar seis meses, el 19 de junio de 1997, el juez Bell dictó sentencia en la que concedía 60.000 libras en concepto de daños y perjuicios a McDonald's. El Sr. Morris era responsable de la totalidad de dicha cantidad y él y la Sra. Steel eran responsables solidariamente de un total de 55.000 libras (27.000 libras cada uno). Tras la sustanciación del correspondiente proceso en apelación, este último Tribunal redujo la cuantía de los daños y perjuicios y no autorizó a los demandantes a presentar recurso ante la Cámara de los Lores.

4.2. Fundamentos de Derecho

I. Alegaciones de las partes

Los demandantes señalan la interdependencia entre los artículos 6 y 10 del Convenio y sostienen que el procedimiento interno y su resultado fueron desproporcionados debido, concretamente, a que tenían la carga de probar, sin asistencia jurídica, la veracidad de las informaciones expresadas en el panfleto. Por su lado, el Gobierno señala que la Sra. Steel y el Sr. Morris no han tratado en absoluto de plasmar una imagen objetiva, dando, por ejemplo, a McDonald's la ocasión de defenderse, y aparentemente no han efectuado investigaciones antes de publicar el folleto. Que la legislación interna imponga al demandado la carga de establecer que las acusaciones estaban justificadas no es arbitrario, pues traduce el principio que exige que la parte que afirma un hecho lo demuestre. Asimismo, el Gobierno justifica en la existencia de un precepto legal expreso el no conceder en este caso el beneficio de justicia gratuita.

II. Apreciaciones del Tribunal

Parte el Tribunal en la resolución estudiada de la noción del proceso justo, en la medida en que es esencial que se ofrezca a un litigante la posibilidad de defender útilmente su causa ante el Tribunal, así como que goce de una igualdad de armas con su adversario. La cuestión de si la concesión de asistencia jurídica gratuita es necesaria para que el procedimiento sea equitativo debe resolverse teniendo en cuenta los hechos y circunstancias particulares de cada caso, y depende concretamente de la gravedad de lo que

en el litigio arriesga el demandante, de la complejidad de la legislación y del procedimiento aplicables, así como de la capacidad del demandante para defender efectivamente su causa. Reconoce el Tribunal que puede aceptarse la imposición de limitaciones a la concesión de una asistencia jurídica, por ejemplo, en función de la situación económica del litigante o de sus probabilidades de éxito. Además, dice, no es obligación del Estado tratar de garantizar, a través de los fondos públicos, una igualdad de armas total entre la persona asistida y su adversario, desde el momento en que se ofrece a cada parte una posibilidad razonable de presentar su causa en unas condiciones que no le coloquen en una situación de clara desventaja respecto a su adversario. No obstante, a la vista de la complejidad de las circunstancias del presente caso, el Tribunal consideró que ni la ayuda ocasional de letrados benévolo ni la importante ayuda y la gran libertad de acción que el juez concedió a los demandantes, que se defendían a sí mismos, no puede reemplazar la representación competente garantizada y seguida por un letrado experimentado que no conoce el caso y el derecho de difamación. Asimismo, entiende el Tribunal que la duración del propio procedimiento y la pérdida de alguno de los incidentes que se sustanciaron atestiguan la falta de conocimientos jurídicos y la inexperiencia de los demandantes. Finalmente, señala el Tribunal que la diferencia entre los grados de asistencia de que dispusieron los demandantes y McDonald's por parte de los letrados fue tal que no pudo sino implicar, en este asunto extremadamente exigente, una falta de equidad pese a los grandes esfuerzos desplegados por los jueces en primera instancia y apelación.

4.3. Fallo

El Tribunal concluye que hubo violación del artículo 6.1 del Convenio, motivada por el hecho de que los demandantes no gozaran de una asistencia jurídica gratuita, lo que les privó de la posibilidad de defender efectivamente su causa ante la justicia e implicó una desigualdad de armas inaceptable con McDonald's.

V. COMENTARIO

En la sentencia analizada el Tribunal mantiene la línea seguida en otros pronunciamientos en torno a los requisitos que ha de reunir un proceso para ser considerado justo, entre los que se incluye la posibilidad de tener acceso a la asistencia letrada gratuita. No obstante, concurren determinadas circunstancias que dan cierto relieve a este pronunciamiento del Tribunal. En efecto, vuelve el Tribunal a recoger los planteamientos que ya hiciera en la Sentencia Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979, en la que sostuvo que el artículo 6.1 del Convenio puede a veces obligar a los Estados a facilitar la asistencia de un abogado cuando la misma sea indispensable para el acceso efectivo a un Tribunal,

ya sea porque la representación legal sea efectiva, o por razón de la complejidad del procedimiento o del caso así lo requiera. La asistencia letrada es imprescindible en los procesos en los que están implicados derechos o relaciones familiares importantes, lo que no era el presente caso. Sin embargo, la complejidad jurídica y procedimental del asunto, obligaba al juez a tener que solucionar importantes cuestiones de Derecho y procedimentales antes de entrar en el fondo (sentido de ciertas palabras del panfleto; si los demandados eran o no responsables de su publicación; distinción de hechos y comentarios; modificación del procedimiento, etc.). Ello es lo que determina que sea necesario conceder la asistencia letrada gratuita en este supuesto. Por otro lado, frente a lo previsto en el caso *McVicar*, de 7 de mayo de 2002, en el que también se juzgaba un caso de difamación presuntamente realizado por un periodista cultivado y experimentado, y sin desdeñar en el presente asunto la capacidad de expresión e ingeniosidad de los demandantes, el Tribunal ha tenido en cuenta la escasa formación de los sujetos afectados. Si bien éstos contaron con asistencia letrada benévola en determinados momentos del proceso, en los momentos cruciales carecieron de ella, lo que motivó una situación de indefensión.

Principio de legalidad penal

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Principio de legalidad penal.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II- 49

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a la infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

2. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de que se juzgue y castigue a una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 7

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Protocolo núm. 7, artículo 4

Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2.3. Constitución española

Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. (...)

3. (...)

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

La garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del Derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio, como atestigua el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna derogación del mismo en tiempo de guerra u otro peligro público. Como se deriva de su objeto y de su finalidad, debe ser interpretado y aplicado de manera que se garantice una protección efectiva contra las diligencias, las condenas y las sanciones arbitrarias.

No se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal con desventaja para el acusado, sino que consagra de manera más general el principio de la legalidad de los delitos y las penas («*nullum crimen, nulla poena sine lege*») y el que ordena no aplicar la Ley penal de manera extensiva en desventaja del acusado, principalmente por analogía. De ello resulta que un delito debe estar claramente definido por la Ley. Esta condición se encuentra cumplida cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal. El Tribunal ha indicado que la noción de «Derecho» (law) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de «Ley» que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el derecho escrito y el no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad. Por otro lado, está sólidamente establecido en la tradición jurídica de los Estados partes del Convenio que la jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho penal, por lo que no se puede interpretar el artículo 7 del Convenio como proscribiendo la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un asunto a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible. Esta noción se aplica en principio a la evolución progresiva de la jurisprudencia en un mismo Estado de Derecho y bajo un mismo régimen democrático, pero conserva todo su valor cuando hay sucesión de Estados. En este sentido el Tribunal considera que es legítimo para un Estado iniciar diligencias penales contra personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; así mismo, no se podría reprochar a los Tribunales del Estado que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de Derecho (STEDH *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001).

Admitiendo que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la Ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia Ley penal (STEDH *S.W c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995).

El principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 4 del Protocolo núm. 7, no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos en vía penal (STEDH *W.F. c. Austria*, de 30 de mayo de 2002, y *Saider c. Austria*, de 6 de junio de 2002). Según el Tribunal, el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 («*Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los Tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado*») no se refiere al «mismo delito», sino más bien a ser castigado y juzgado otra vez por un delito por el que el demandante ya había sido firmemente declarado inocente o culpable.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Achour c. Francia.

67335/01.

10 de noviembre de 2004.

4.2. Antecedentes

El 16 de octubre de 1984, el Tribunal correccional de Lyon condenó al ahora demandante, el nacional argelino M. Couider Achour, a tres años de prisión por tráfico de drogas. Por sentencia de 14 de abril de 1997, el Tribunal correccional de Lyon condenó de nuevo al demandante por infracción de la legislación sobre estupefacientes a ocho años de prisión y expulsión del territorio francés por un período de diez años. El 25 de noviembre de 1997, el Tribunal de apelación de Lyon elevó la pena a doce años de prisión confirmando la expulsión del territorio francés. Para la determinación de la gravedad de la pena, el Tribunal se basó en el artículo 139-2 del Código Penal, que contemplaba la reincidencia como circunstancia agravante de la pena en el caso de que se hubiese cometido un delito con una pena asignada de hasta diez años y dentro de los diez años siguientes a la expiración de la pena o la prescripción se cometiese otro al que también correspondiese una pena de hasta diez años. El demandante recurre en casación por infracción del principio de irretroactividad de la pena al considerar que le ha sido de aplicación una norma sobre reincidencia más desfavorable que la existente en el momento de la comisión del primer delito. El primer delito se comete en el año 83, año en el que todavía regía un régimen de reincidencia según el cual se procedía al agravamiento de la pena si entre la expiración o prescripción de la pena correspondiente al primer delito y la comisión del segundo ha transcurrido un plazo máximo de cinco años. Este régimen dejó de regir a la entrada en vigor el 1 de marzo de 1994 del artículo 139.2 del Código Penal ya referido. El Tribunal de casación rechazó el recurso por resolución de 29 de febrero de 2000.

4.3. Fallo

El TEDH condena al Estado francés por incumplimiento del artículo 7 del Convenio.

V. COMENTARIO

Se trata sin duda de una sentencia muy interesante al abordar el estudio de la reincidencia y su conexión con el principio de legalidad penal.

Si analizamos la regulación de la reincidencia nos vamos a encontrar con un primer delito, el establecimiento de un plazo entre el primer delito y el segundo y la comisión de este segundo delito al que se le asigna una pena más grave por haber reincidido.

Lo que en este caso se planteaba es qué sucede cuando el autor de un primer delito comete un segundo delito fuera del período de tiempo establecido para considerar al reo reincidente según una normativa que es modificada antes de la comisión del segundo delito por otra que amplía el plazo para apreciar reincidencia. Precisamente por esta ampliación del plazo al demandante se le aplicó una pena más grave por haber reincidido. Resumiendo, según una norma el reo no sería reincidente, pero de conformidad con una nueva disposición que sustituye a la anterior sí que lo sería. El cambio de normativa se produce antes de la comisión del segundo delito y habiendo expirado el plazo para considerarle reincidente según la norma derogada.

De conformidad con el argumento del Gobierno francés la reincidencia es una circunstancia agravante de la pena correspondiente al segundo delito, por lo que lo importante para el respeto del principio de irretroactividad de la Ley penal más favorable es que la nueva normativa sobre reincidencia haya entrado en vigor con anterioridad a la comisión del segundo delito. El nuevo régimen entró en vigor el 1 de marzo y la segunda infracción se cometió en 1995, por lo que el demandante sabía perfectamente a lo que atenerse.

Por su parte, el demandante argumenta que el régimen de la reincidencia viene constituido por tres elementos, primer delito, segundo delito y plazo mediando entre ambos, por lo que los Tribunales no pueden sin más centrarse en el segundo de los elementos obviando el primero.

El TEDH procede en primer lugar a recordar su doctrina general sobre el artículo 7. El principio *nullum crimen nulla poena* prohíbe la aplicación retroactiva de la Ley penal en detrimento del reo, por lo que es función del TEDH asegurar la existencia de una disposición clara sobre el acto punible y la pena en el momento de la comisión del delito. Aplicado este principio a la reincidencia, el TEDH llega a la conclusión de que la reincidencia como causa de agravación de la sanción está formada por dos elementos que integran un conjunto indivisible. El primer término es una condena penal y el segundo consiste en una nueva infracción. La Ley fija el plazo dentro del cual se puede considerar que una segunda infracción implica una reincidencia. Pues bien, los dos términos de la reincidencia no pueden separarse y esto es lo que han hecho los Tribunales franceses al aplicar una nueva Ley que hace revivir una situación que quedó extinta transcurrido el período de cinco años que fijaba la normativa originaria. Dicho de otra forma, el régimen legal que entra en vigor el 1 de marzo de 1994 se proyecta sobre una infracción por la que el demandante fue condenado el 16 de octubre de 1984. Por lo tanto, hay conculcación del artículo 7 del Convenio.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. Alegaciones de las partes.—4.2.2. Apreciaciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

2.2. Constitución española

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

2.3. Constitución europea

Artículo II.7

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Artículo II.8

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y previo consentimiento de la persona de que se trate o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

I. Intimidad

El derecho a la intimidad comprende y ampara el derecho a la libre elección y práctica de la orientación sexual, resultando inadmisibles cualesquiera normas que la repriman (*STEDH Dudgeon contra Reino Unido, de 23 de octubre de 1981*). Así, se reputa contraria al derecho a la intimidad la exclusión de los homosexuales de las Fuerzas Armadas (*STEDH Smith y Grady contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999*). La protección del derecho a la intimi-

dad obliga a los Estados a proteger específicamente a los menores e incapaces, sancionando las agresiones sexuales que puedan producirse contra los mismos (*STEDH X e Y contra Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985). Vulnera el derecho a la intimidad la prohibición de que los transexuales no puedan cambiar de nombre y de mención en el Registro Civil, así como la prohibición de que los mismos puedan contraer matrimonio (*SETDH B. contra Francia*, de 25 de marzo de 1992).

II. Vida familiar

La protección de la vida familiar garantizada en el artículo 8 del Convenio no puede limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extra-matrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla (*STEDH Marchx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979). Del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extra-matrimoniales (*STEDH E.P. contra Italia*, de 16 de noviembre de 1999, y *Sommerfeld contra Alemania*, de 11 de octubre de 2001). Del respeto al artículo 8 del Convenio se deriva la exigencia de que los padres deban ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se ventila la privación de la patria potestad (*STEDH Venna contra Países Bajos*, de 17 de diciembre de 2002).

III. Protección del domicilio

La protección de la morada se extiende a la protección de las personas que la habitan frente a molestias externas de extraordinaria necesidad que la hagan difícilmente habitable (*STEDH López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994), molestias entre las que cabe incluir a los ruidos excesivos (*STEDH Hatton contra Reino Unido*, de 2 de diciembre de 2001). En virtud del artículo 8 del Convenio, los Estados asumen la obligación positiva de proteger la forma de vida y asentamiento tradicional de determinados colectivos raciales y culturales, sin que de ello pueda derivarse para éstos el derecho de establecer excepciones en las reglas urbanísticas y medioambientales generales (*STEDH Coster contra Reino Unido*, de 18 de enero de 2001). Por otra parte, el Tribunal ha establecido que las personas jurídicas no pueden oponer la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución del Derecho comunitario (*STEDH Hoecsht contra Comisión*, de 21 de septiembre de 1989).

IV. Secreto de las comunicaciones

La interceptación de las comunicaciones por parte de las autoridades estatales exige, en aplicación del Convenio, además de que se realice con auto-

rización judicial, que ésta tenga suficiente cobertura legal (*STEDH Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998*). Es decir, el juez sólo podrá dar una autorización para interceptar una comunicación entre particulares en aplicación de una norma legal (*STEDH Rinziwillo contra Italia, de 21 de diciembre de 2000*), incluso de que las comunicaciones intervenidas se produzcan en el interior de dependencias policiales (*STEDH P.G. contra Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001*). No obstante, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones no siempre supone una invalidación automática de las pruebas así obtenidas, manteniéndose por parte del Tribunal una posición flexible en los supuestos en que son objeto de investigación delitos graves (*SETDH Luidi contra Suiza, de 15 de junio de 1992*). Ha establecido también el Tribunal que el artículo 8 del Convenio protege no sólo la comunicación en sí misma, sino que también resultan protegidas por el secreto las circunstancias de la comunicación, tales como el momento, la duración o la identidad de los comunicantes (*STEDH Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984*).

V. Protección de datos personales

La limitación impuesta a los Estados sobre el tratamiento informatizado de datos de carácter personal tiene dos facetas: negativamente impone topes a la recogida de datos por parte de los poderes públicos; positivamente, permite que el interesado acceda a esos datos y, en su caso, se oponga a su utilización abusiva (*SETDH Rotaru contra Rumanía, de 4 de mayo de 2000*); así, se reconoce expresamente el derecho de un individuo, que pasó su infancia en orfanatos, a acceder a aquellos registros que le permitan reconstruir su trayectoria vital y sus conexiones familiares (*STEDH M.G. contra Reino Unido, de 24 de septiembre de 2002*). En la misma línea, se afirma que no es lícita la pura conservación, sin finalidad concreta, de fichas personales por parte de los servicios secretos estatales (*STEDH Amman contra Suiza, de 16 de febrero de 2000*). Cabe, sin embargo, el tratamiento de datos médicos, como los relativos a los enfermos seropositivos, siempre que sea necesario para la adecuada gestión sanitaria y se garantice al máximo la intimidad de los afectados (*STEDH Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997*).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Los hechos

El origen del asunto se encuentra en una demanda dirigida contra la República de Francia por uno de sus nacionales, el señor Matheron, que fue presentada ante el Tribunal el 18 de febrero de 2000, en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos del Hombre. Se invoca la violación del artículo 8 del Convenio en materia de escuchas telefónicas.

A finales de 1993, los funcionarios de policía establecieron un servicio de vigilancia sobre el demandante y otra persona, cuyas iniciales eran G.B., de quienes sospechaban que se dedicaban al tráfico internacional de estupefacientes desde 1990. En virtud de una requisitoria dictada por el Procurador de la República, el demandante y otras seis personas, entre la que se encontraba G.B., fueron procesados por un juez de instrucción de Marsella, por varias infracciones a la legislación sobre estupefacientes. Mediante comisión rogatoria de 20 de diciembre de 1994, el juez de instrucción ordena la transcripción de las escuchas telefónicas intervenidas de acuerdo con la orden de dos jueces de instrucción de Nancy en el curso de la investigación de otro asunto en el que se encontraba implicado G.B.

Mediante demanda de 17 de julio de 1998, el ahora demandante solicita la nulidad de la citada comisión rogatoria y del procedimiento subsiguiente, alegando especialmente que las escuchas litigiosas constituían la clave de las pruebas de cargo dirigidas contra el mismo. La Corte de Apelación de Aix-en-Provence rechaza la demanda el 30 de septiembre de 1998, y el mismo Tribunal formaliza su acusación contra el demandante el 30 de junio de 1999. En el procedimiento de los recursos interpuestos contra las dos decisiones judiciales citadas, el demandante señala que la Corte de Apelación de Aix-en-Provence no podía declararse incompetente para enjuiciar la regularidad de la intervención de las escuchas telefónicas y que había sido privado de toda posibilidad de rebatirlas y que habían sido realizadas en un procedimiento al que él era ajeno.

Por decisión de 6 de octubre de 1999, la Corte de Casación rechaza el recurso interpuesto por el demandante afirmado que *«la decisión de la Cámara de acusación señala que la regularidad formal de la comisión rogatoria no ha sido contestada y que al solicitar regularmente la intervención de las escuchas telefónica y ordenar su transcripción el juez de instrucción no ha hecho más que utilizar las prerrogativas que le confiere el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal. De otro lado, no corresponde a la Cámara de acusación apreciar la regularidad de las decisiones adoptadas en otro proceso ajeno a su jurisdicción, decisiones, por lo demás, no susceptibles de ser recurridas en aplicación del artículo 100 del Código precitado, por lo que, al pronunciarse así, la Cámara de acusación ha justificado adecuadamente su decisión...»*.

El 23 de junio de 2000, la Corte de Apelación de Aix-en-Provence declara al demandante culpable y le condena a una pena de quince años de reclusión. El demandante formuló un recurso de casación frente a esta decisión, pero desistió del mismo el 12 de julio de 2000.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. Alegaciones de las partes

Tras exponer las disposiciones de Derecho interno francés aplicadas en este proceso, el Tribunal resume las posiciones de las partes. Se afirma por

parte del Gobierno francés que, aunque se reconoce que la intervención de unas escuchas telefónicas constituye una injerencia en la vida privada del demandante, la misma se ha realizado de acuerdo a las exigencias del párrafo 2 del artículo 8 del Convenio, al haber sido necesaria en el marco de una sociedad democrática, indicando que tres circunstancias habían tenido un peso relevante en la decisión adoptada por la Corte de Apelación: las escuchas habían sido diligenciadas en el mismo procedimiento en el que el demandante se encontraba procesado, las mismas habían precedido al auto de procesamiento, y por último, las escuchas habían sido acordadas por un juez de instrucción. Manifiesta también el Gobierno que las escuchas han tenido un papel secundario en el proceso dirigido contra el demandante y que el mismo ha podido debatirlas contradictoriamente ante los jueces que analizaron el fondo del asunto.

Por el contrario, el demandante afirma que no ha gozado de la posibilidad de controlar la validez de las escuchas, señalando que el hecho de que las escuchas hayan sido ordenadas por diversos magistrados le ha privado, en la práctica, de la posibilidad de interponer un recurso efectivo. La decisión de las autoridades francesas ha supuesto una injerencia en el derecho a la vida privada, al haber dado validez a unas escuchas obtenidas en un procedimiento en el que él no era parte, afirmando que el mero hecho de que las escuchas hayan sido ordenadas por un magistrado no es suficiente para privarle del ejercicio de sus derechos de defensa.

4.2.2. *Apreciaciones del Tribunal*

El Tribunal inicia sus reflexiones recordando que las comunicaciones telefónicas se encuentran comprendidas en el concepto de «vida privada» y de «correspondencia», en el sentido establecido por el artículo 8 del Convenio, y que su intervención constituye una «ingerencia de una autoridad pública» en el ejercicio del derecho del particular, tal como reconoce el propio Gobierno francés. Se pasa seguidamente a enjuiciar la justificación de la injerencia en el presente caso, señalando que:

- A) La injerencia estaba «prevista por la ley», en concreto por los artículos 100 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, aunque nada se dice en los mismos respecto a la situación de las personas escuchadas que sean ajenas al procedimiento en el que la intervención se ha ordenado.
- B) El Tribunal estima que la injerencia se orientaba a la búsqueda de la verdad en el marco de un procedimiento criminal que se sustanciaba para la defensa del orden público, apreciando también que la misma era «necesaria en una sociedad democrática» en atención al margen de apreciación que, respecto a tal circunstancia, tienen los Estados reconocido por el propio Convenio, como ya se indicó en la Sentencia *Klass y otros contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1978.

- C) Por último, el Tribunal procede a analizar si en el asunto en cuestión el señor Matheron ha dispuesto de un «recurso eficaz» para rebatir las escuchas telefónicas de las que fue objeto. En este sentido se constata que, al rechazar los recursos interpuestos por el demandante, la Cámara de acusación fundó su decisión en la imposibilidad que tenía de controlar la regularidad de unas escuchas ordenadas por un juez sobre el que no tenía jurisdicción por haberse practicado en un procedimiento distinto del que dimanaba el recurso. En la misma línea, el Gobierno francés manifiesta que, al haberse acordado en todo caso las escuchas por un magistrado, el recurso ante la Cámara de acusación devenía inútil, al ajustarse la intervención a las exigencias del artículo 8 de Convenio. El Tribunal declara que no puede compartir esta tesis, pues tal razonamiento conduciría a considerar que la mera condición de magistrado de quien ordena las escuchas implicaría, *ipso facto*, la regularidad de las escuchas y su conformidad con el artículo 8 del Convenio, haciendo inútil todo recurso por parte de los afectados.

En consecuencia, se desprende que el razonamiento de los Tribunales franceses privarían de la protección de sus derechos a un determinado número de personas: todas aquellas que se vieran sujetas a escuchas telefónicas acordadas judicialmente en un proceso del que no fueran parte; lo que conduciría, en la práctica, a invalidar el mecanismo de protección del artículo 8 del Convenio.

4.3. Fallo

Se concluye que, en el presente caso, el demandante no ha gozado de la protección eficaz de la Ley nacional, que no distingue a la hora de regular las escuchas telefónicas entre las personas que sean objeto de la investigación criminal y las que sean ajenas a la misma, y que el demandante no ha gozado del beneficio de un recurso eficaz que le haya permitido rebatir adecuadamente en Derecho si la injerencia de la que fue objeto era «necesaria en una sociedad democrática».

Por lo tanto, se declara que ha existido violación del artículo 8 del Convenio.

V. COMENTARIO

En la presente sentencia, el Tribunal afirma que la privación de la posibilidad de interponer un recurso eficaz para controlar la regularidad de una intervención telefónica, supone una violación del artículo 8 del Convenio, aunque la misma se adopte con el fundamento de que la Ley nacional no otorga la posibilidad de recurrir a quien no haya sido parte en el proceso. Siempre que un individuo haya sufrido una injerencia de este tipo, aunque la misma se haya acordado judicialmente y en otro proceso del que no forme parte, ha de

garantizársele la posibilidad de controlar la regularidad de las escuchas y su carácter necesario en una sociedad democrática mediante la posibilidad de interponer recursos efectivos ante los Tribunales nacionales, sin que sean admisibles limitaciones al recurso basadas en formalismos procesales, incluso aunque los mismo tengan base legal en la legislación interna.

Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de pensamiento, conciencia y religión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 9

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión

o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

2.3. Constitución española

Artículo 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las Comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Estas libertades tienen una manifestación interna que ha de respetarse. Así, no cabe privar de las facultades inherentes a la patria potestad sólo por ser miembro de una secta minoritaria, distinta de la religión originaria del hijo (STEDH Hoffmann c. Austria, de 23 de junio de 1993).

El artículo 9 de la Convención enumera diversas manifestaciones de la libertad religiosa y de creencias, como el culto, la enseñanza o las prácticas y la observancia de los ritos, pero no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión, creencia o convicción. El Tribunal reconoce que los Estados disponen de la facultad de controlar si un movimiento o una asociación desarrolla, con fines pretendidamente religiosos, actividades perjudiciales para la población. La labor del Tribunal consiste en determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas y son proporcionadas, para lo cual ha de analizar el caso en su conjunto.

La prohibición del sacrificio privado de animales no vulnera la libertad religiosa de una determinada comunidad, ya que se trata de una limitación cla-

ramente respaldada por razones sanitarias, máxime cuando es posible adquirir dicho producto en establecimientos públicos que reúnen todas las condiciones exigidas por dicha confesión (STEDH Tsedek c. Francia, de 27 de abril de 2000).

También en relación con el sacrificio, el Tribunal ha considerado legítimo, en defensa del interés general, que el sacrificio ritual se reserve sólo a matarifes habilitados. Se estima así que al establecerse una excepción a la regla general del aturdimiento previo de los animales, el Derecho interno introduce un compromiso positivo del Estado para asegurar el respeto efectivo de la libertad de religión. Por lo tanto, el artículo 9 del Convenio no engloba el derecho de proceder personalmente al sacrificio ritual. Únicamente habría injerencia en la libertad de practicar su religión si la prohibición de llevar a cabo legalmente este sacrificio condujese a la imposibilidad para los creyentes ultra-ortodoxos de comer carne procedente de animales sacrificados según las prescripciones religiosas aplicables en la materia (STEDH Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, de 27 de junio de 2000).

En relación con la manifestación de ideas y creencias que repugnan a una amplia mayoría de la sociedad, la jurisprudencia ha tendido a considerar que pueden limitarse para proteger la tranquilidad moral de dicha mayoría (STEDH Otto-Preminger Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994).

Es ilícito el proselitismo que ofrece ventajas materiales o sociales, o hace presión sobre personas en dificultad, o ejerce presiones psicológicas (STEDH Kokkinakis c. Grecia, de 25 de mayo de 1993).

El derecho a la libertad de religión tal como lo entiende el Convenio excluye cualquier apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas. Por tanto, el Tribunal estima que el sistema de autorización no encaja con el artículo 9 del Convenio más que en la medida en que se dirija a asegurar un control ministerial sobre la concurrencia de condiciones formales (STEDH Manoussakis y otros c. Grecia, de 26 de septiembre de 1996). No estamos ante un sistema autorizatorio en los casos en los que el demandante exige la derogación de una norma neutra, como una norma urbanística, al amparo de la libertad religiosa. En estos supuestos la libertad religiosa ha de ser confrontada con el interés público en la ordenación racional del territorio, a cuyo efecto el criterio cuantitativo es válido para verificar si efectivamente concurre la necesidad social de modificar el planeamiento (STEDH Vergos c. Grecia, de 24 de junio de 2004).

Desde el punto de vista del Convenio no se cuestiona la válida existencia de una religión oficial, pero lo que no es aceptable es establecer para su sustento un impuesto que grave a todos los ciudadanos (STEDH Darby c. Suecia, de 23 de octubre de 1990).

Cualquiera que sea el régimen de relación del Estado con las confesiones religiosas, el respeto por la libertad religiosa en sentido estricto excluye las intervenciones estatales desproporcionadas en la vida interna de las confesiones religiosas. Así, la STEDH Serif c. Grecia, de 14 de diciembre de 1999, consideró excesiva la pretensión de las autoridades griegas de utilizar sus potestades de

participación en el nombramiento de dignatarios musulmanes a fin de lograr una dirección unificada de dicha confesión en territorio helénico.

Aunque el Convenio no impone la cooperación con las confesiones religiosas, el Estado que las prevea no puede discriminar entre ellas. En este sentido no procede la denegación de reconocimiento de una confesión religiosa basada en que favorece el secesionismo de una parte del territorio (STEDH Iglesia Metropolitana de Bessarabia c. Moldavia, de 13 de diciembre de 2001). No hay discriminación cuando la diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Alto Consejo Espiritual de la Comunidad Musulmana c. Bulgaria.
STEDH de 16 de diciembre de 2004.
39023/97.

4.2. Antecedentes

En 1989 comienza el proceso de democratización en Bulgaria. Poco después, algunos creyentes miembros del Alto Consejo Espiritual de la Comunidad Musulmana creen llegado el momento de relevar al Sr. Gendzhev, Mufti supremo, entre otras cosas por considerar que había colaborado con el régimen comunista.

En 1991, tras la celebración de elecciones, obtiene la mayoría la Unión de Fuerzas Democráticas y el Movimiento por los Derechos y las Libertades. En febrero de 1992 el Directorio de Denominaciones Religiosas, agencia gubernamental dependiente del Consejo de Ministros, declara nula la elección en 1988 del Sr. Gendzhev como Jefe de la Comunidad Musulmana en Bulgaria. Una Conferencia Nacional musulmana elige en 1992 al Sr. Hasan.

En noviembre de 1994 los seguidores del Sr. Gendzhev organizan otra conferencia de la que sale elegido aquél y en la que se adoptan nuevos estatutos. Los nuevos líderes solicitan su registro al Directorio.

A finales de 1994 se celebraron elecciones parlamentarias de las que salió ganador el Partido Socialista búlgaro. En febrero de 1995 el Vicepresidente procede al registro de la elección del Sr. Gendzhev removiendo al Sr. Hasan, cuyos seguidores organizan su propia asamblea reeligiendo al Sr. Hasan jefe de su comunidad y solicitando su registro, el cual les fue denegado por el Vicepresidente.

Se suceden los recursos judiciales, pero el Gobierno se niega a proceder al registro.

Después de las elecciones parlamentarias de abril de 1997, de las que sale ganadora la Unión de Fuerzas Democráticas, el nuevo Vicepresidente y el Di-

rectorio urgen a los dos líderes rivales, Sr. Hasan y Sr. Gendzhev, a negociar la unificación de la comunidad musulmana. Con el acuerdo de las dos partes y del Gobierno se organiza una Conferencia Nacional cuyas condiciones y resultados serán ulteriormente impugnados por el Sr. Gendzhev. El Vicepresidente asume la función de garante del correcto desarrollo de la conferencia, mientras que el Directorio proporciona los modelos de actas y el alcalde de cada comunidad certifica la elección de los compromisarios. Antes de la celebración de la conferencia, el Sr. Gendzhev denuncia por carta la manipulación en la organización de la conferencia, retirándose, por lo tanto, del acuerdo. A pesar de todo, la conferencia se celebra y se procede a la elección de los nuevos líderes, que serán registrados en octubre de 1997.

Tras los correspondientes e infructuosos recursos internos el Sr. Gendzhev recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que la intromisión del Gobierno de Bulgaria en los asuntos internos de la comunidad musulmana implica la vulneración del artículo 9 del Convenio.

4.3. Fallo

Condena a Bulgaria por vulneración del artículo 9.

V. COMENTARIO

Aunque el resultado de la sentencia es perfectamente predecible, resulta conveniente hacer una breve referencia a los fundamentos jurídicos de la misma, los cuales ponen de relieve lo fácil que es sobrepasar el límite de los intentos de conciliación por parte del Estado para adentrarse en el ámbito de la intromisión ilegítima.

El análisis por parte del TEDH se estructura en cuatro puntos fundamentales: aplicabilidad del artículo 9, análisis de la existencia de interferencia, prescripción por la Ley de dicha interferencia, persecución de un fin legítimo y decisión sobre la necesidad de la interferencia en una sociedad democrática.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 9, el TEDH recuerda su doctrina según la cual el derecho de libertad religiosa, interpretado a la luz del artículo 11, protege a las asociaciones religiosas frente a interferencias injustificadas del Estado. La organización del demandante representó oficialmente a la comunidad musulmana en Bulgaria entre febrero de 1995 y octubre de 1997, a lo que hay que añadir que, según jurisprudencia del Tribunal, un organismo religioso puede ejercer en nombre de sus miembros los derechos garantizados por el artículo 9 del Convenio.

Partiendo, por lo tanto, de la aplicabilidad del artículo 9, el Tribunal recuerda que el intento gubernamental de primar a un líder religioso sobre otro, o incluso la promoción de la unificación dentro de una determinada asociación, puede suponer una vulneración de la libertad religiosa. La mediación neutral no tendría por qué conllevar dicha vulneración, pero es que en este caso hay

que tener presente el transfondo de los hechos acaecidos entre 1992 y 1995, años durante los cuales el cambio de líder religioso se producía al son de los cambios políticos. A esto hay que añadir los repetidos intentos de promover la unificación de liderazgo, fin último de la conferencia celebrada en 1997 y que el Directorio da por válida a pesar de la retirada del acuerdo del Sr. Gendzhev, cuando aquel órgano gubernamental podría haber proseguido los intentos de mediación. Se constata, por lo tanto, la existencia de intromisión, si bien el Tribunal apenas incide en determinar si la interferencia venía respaldada por la Ley, pasando directamente al análisis de su justificación en base a la persecución de un fin legítimo. La conclusión es que, si se parte de que la preocupación del Gobierno era la de reparar la arbitraria remoción del Sr. Hasan en 1995, la interferencia en los asuntos de la comunidad musulmana se justificaba por el deseo de defender el orden público y los derechos y libertades de los ciudadanos.

En cuanto a si la interferencia resulta necesaria en una sociedad democrática, la sentencia llega a una conclusión bastante evidente: en una sociedad democrática el Estado no tiene por qué hacer esfuerzos para conseguir el liderazgo unitario de una comunidad religiosa. Por ello, constata una vulneración del artículo 9.

Libertad de expresión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Los hechos.—4.3. Fundamentos de Derecho.—4.4. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de expresión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 10. Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

2.2. Constitución española

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

2.3. Constitución europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Alcance

El derecho a recibir información se refiere a hechos y noticias de carácter general, no al acceso a datos sobre personas concretas que obran en los registros públicos (*STEDH Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986, y *Laender contra Suecia*, de 26 de marzo de 1987). La publicidad comercial no queda, por el mero hecho de estar presidida por el ánimo de lucro, excluida

del ámbito protegido por la libertad de expresión e información (*STEDH Casado Coca contra España*, de 24 de febrero de 1994), aunque pueden admitirse limitaciones a anuncios televisivos por razones de política cultural (*STEDH Demuth contra Suiza*, de 8 de octubre de 2002), aunque si la publicidad estuviese al servicio de una causa política, harían falta razones de calado para justificar su exclusión del ámbito de protegido por la libertad de expresión (*STEDH VGT contra Suiza*, de 28 de junio de 2001).

3.2. Colisión con el derecho a la intimidad

La libertad de expresión e información en materia política prácticamente no conoce límites, incluso si se defienden posiciones inquietantes o se usan términos duros o, incluso, si puede afectar a las relaciones exteriores del Estado (*STEDH Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, *Ortüzük contra Turquía* de 28 de septiembre de 1999, *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero de 2001, y *Colombani contra Francia*, de 25 de junio de 2002). Respecto a la intimidad de los personajes de relevancia pública, el Tribunal concede prioridad a la libertad de expresión e información sobre los mismos cuando las noticias y opiniones incidan sobre aquellos aspectos de su actividad por los que tienen notoriedad y que, en consecuencia, son de interés para la opinión pública (*STEDH Bergens contra Noruega*, de 2 de mayo de 2000).

3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo

Los secretos oficiales dejan de ser tal cuando han sido descubiertos, aunque haya sido indebidamente y, cuando esto sucede, vuelve a quedar bajo la protección de la libertad de expresión (*STEDH Vereniging Weekblad Bluf contra Austria*, de 9 de febrero de 1995). El Tribunal reconoce la libertad de expresión de los funcionarios respecto a las políticas de la Administración cuando ya tienen la condición de funcionarios, pero no cuando sólo aspiran a entrar en la función pública, por lo que es admisible el establecimiento de controles de acceso a la función pública para evitar reclutamiento de extremistas (*STEDH Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995).

3.4. Colisión con la Administración de Justicia

Hay una plena libertad de información sobre los procesos en curso siempre que se respete el requisito de la veracidad y, en su caso, la presunción de inocencia (*STEDH Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, y *Du Roy contra Francia*, de 3 de octubre de 2000). La crítica a cualesquiera actuaciones judiciales está cubierta por la libertad de expresión, sin otro límite que el genérico de no insultar (*STEDH Prager y Oberrschlick contra Austria*, de 26 de abril de 1995).

3.5. Colisión con las «expresiones de odio»

Un escrito de naturaleza académica no puede considerarse como un acto de instigación a la violencia (*STEDH Baskaya contra Turquía*, de 8 de julio de 1999). Un escrito secesionista no implica, por sí mismo, incitación a la violencia (*STEDH E.K. contra Turquía*, de 7 de febrero de 2002).

3.6. Marco institucional de los medios de comunicación

Se considera contrario a la libertad de expresión y comunicación el monopolio estatal sobre la televisión (*STEDH Informationsverein Lentia contra Austria*, de 24 de noviembre de 1993, y *Télé 1 Privatfernsehgesellschaft contra Austria*, de 21 de septiembre de 2000). Quienes trabajan para los medios de comunicación, en cuanto éstos son empresas ideológicas, ven limitada su libertad de expresión, incluso al margen de la relación laboral, y no pueden poner en entredicho la credibilidad de su medio de comunicación mediante declaraciones hechas fuera del trabajo (*STEDH Fuentes Bobo contra España*, de 29 de febrero de 2000).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Turhan contra Turquía.
Demanda número 48176/99.
19 de mayo de 1995.

4.2. Los hechos

El demandante nació en 1924 y vive en Estambul. Es autor de un libro titulado «*Guerra extraordinaria, terror y contraguerrilla*». El 6 de enero de 1993, el entonces Ministro de Estado de Turquía dirige una acción civil contra el ahora demandante, alegando que en su libro se contienen notables alegatos difamatorios contra su reputación. La acción se formula ante el Tribunal civil de primera instancia de Ankara, reclamando una compensación cifrada en 100.000.000 de liras turcas.

El escritor alegó ante el Tribunal civil que los pasajes de su libro donde se afirmaba por el Ministro que se contenían las alegaciones difamatorias hacia el mismo, habían sido extraídos de una entrevista publicada por una revista, llamando la atención del Tribunal sobre el hecho de que el Ministro nunca había ejercido su derecho de rectificación ante ese medio de comunicación; concluyendo que él lo único que había hecho era ejercer su derecho a la libertad de expresión al incluir en su libro esos recortes de prensa.

El Tribunal civil de Ankara rechazó la demanda interpuesta por el Ministro al entender que las afirmaciones contenidas en el libro eran meras críticas a su actuación política y no constituían un ataque a su reputación. El Ministro formuló recurso de apelación y la Corte de Casación anuló la sentencia de instancia el 1 de diciembre de 1994, considerando que excedían los límites del derecho a la libertad de expresión y constituían un ataque a la reputación del Ministro el siguiente párrafo:

«... él ha admitido haber pertenecido a la junta...» ... su presencia en la corriente fascista, la cual se dedicaba a proteger los intereses de los círculos económicos». «Después de su cese, él estaba preparado para prestar sus servicios a esos círculos. Pregunta: ¿Cómo seremos capaces de luchar contra la corrupción y el comercio ilegal si se está fluctuando entre los holding empresariales y sillas ministeriales?»

La Corte de Casación entiende que las afirmaciones señaladas deben generar la correspondiente compensación en concepto de daños no pecuniarios según lo dispuesto en el artículo 49 del Código de Obligaciones. El 5 de junio de 1995 la misma Corte rechaza una demanda de rectificación del condenado. El 14 de septiembre de 1995, en atención a la sentencia de la Corte de Casación, el Tribunal civil de primera instancia de Ankara acuerda compensar al Ministro por daño no pecuniario con la cantidad de 100.000.000 de liras turcas, incrementadas con un interés del 30% anual desde el 4 de diciembre de 1992. Tras varios incidente de ejecución, la suma indemnizatoria se fija el 8 de octubre de 1997 en 60.000.000 de liras turcas, junto con el interés ya señalado. El 19 de febrero de 1999, el ahora demandante pagó un total de 231.500.000 liras turcas al ex-Ministro, como compensación.

El 1 de abril de 1999 presentó su demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, que la admitió parcialmente a trámite el 28 de septiembre de 2004.

4.3. Fundamentos de Derecho

El demandante afirma que su condena por difamación viola el artículo 10 del Convenio. El Tribunal aprecia que no hay discusión entre las partes sobre el hecho de que la sentencia cuestionada constituye una «interferencia» en el derecho a la libertad de expresión del demandante protegida por el artículo 10. La disputa se centra en decidir si la citada injerencia era «necesaria en una sociedad democrática».

El Tribunal recuerda su doctrina de que el *test* de necesidad en una sociedad democrática exige que el Tribunal verifique hasta dónde se corresponde la interferencia con la real «necesidad social», si era proporcional para conseguir la finalidad perseguida y analice las razones dadas por las autoridades nacionales para justificar su relevancia y suficiencia (*Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979).

Un hecho de particular relevancia para la determinación del Tribunal en este caso será la distinción entre los hechos establecidos y los juicios de valor

sobre los mismos. Mientras que la existencia de los hechos puede ser demostrada, la corrección de los juicios de valor no puede ser objeto de prueba. La proporcionalidad de una interferencia puede depender del hecho de que la sentencia impugnada se apoye o no sobre un base fáctica suficiente, toda vez que un juicio de valor sin ningún soporte fáctico puede, por este solo hecho, convertirse en excesivo y, por ello, no amparado por el artículo 10 del Convenio. (*Jerusalem contra Austria, demanda núm. 26958/95*).

En el presente caso, el Tribunal constata que las referencias que el demandante efectuaba sobre la actuación del señor Ministro habían sido publicadas en una entrevista por una revista; las mismas constituían materia de relevancia pública y afectaban a un Ministro, figura de proyección pública respecto de quien los límites de crítica aceptable son más amplias que en los particulares. El Tribunal considera que los juicios de valor realizados por el demandante en su libro estaban basados en una información que era ya de general conocimiento público, tanto por la relevancia pública de la vida del Ministro como por el hecho de que ya habían sido objeto de publicación en una revista.

La Corte de Casación turca no ha señalado convincentemente ninguna necesidad social que obliga a dar prioridad a los derechos de la personalidad del Ministro sobre el derecho a la libertad de expresión del demandante para informar sobre esta materia de interés general; en particular, no aparece en la decisión del Tribunal nacional ninguna evidencia de que la actuación del demandante afecte bien a la carrera profesional o bien a la vida personal del señor Ministro.

En resumen, el Tribunal entiende que las razones aducidas por los tribunales turcos no pueden ser aceptadas como justificación suficiente y relevante para la interferencia efectuada en el derecho del demandante a la libertad de expresión. Las autoridades nacionales se equivocaron al realizar el adecuado balance entre los intereses relevantes en juego.

Por lo tanto, la interferencia efectuada no fue «necesaria en una sociedad democrática» en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. La reducida suma a la que fue condenado el demandante como compensación no puede afectar a esta convicción.

4.4. Fallo

El Tribunal de Estrasburgo declara que ha existido violación del artículo 10 del Convenio.

V. COMENTARIO

El Tribunal en esta sentencia mantiene su misma línea respecto a los requisitos para admitir como «necesaria en una sociedad democrática» cualquier injerencia en el derecho a la libertad de expresión de los particulares, distinguiendo adecuadamente si la misma ampara la difusión de hechos (que pueden

ser probados) o meros juicios de valor (no susceptibles de prueba). Si éstos están suficientemente basados en los primeros quedan bajo la protección del artículo 10 del Convenio, sobre todo cuando se refieren a personas y asuntos de relevancia pública. En estos casos, si se da prioridad a la protección de la personalidad de los afectados sobre la libertad de expresión, las autoridades nacionales han de justificar suficientemente tal decisión, produciéndose una vulneración del artículo 10 del Convenio en caso contrario.

Libertad de reunión y asociación

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de reunión y asociación.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-12

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar sindicatos con otras personas y a afiliarse a los mismos para defender sus intereses.

2. Los partidos políticos de ámbito de la Unión contribuirán a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

2.3. Constitución española

Artículo 21

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Artículo 22

1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Una asociación no es cualquier agrupación humana, sino sólo aquella que reúne dos características: ser de naturaleza voluntaria, y perseguir un fin común a sus miembros (STEDH Young, James y Webster c. Reino Unido, de 13 de agosto de 1981).

El derecho de asociación comprende la faceta negativa de no asociarse (STEDH Sigurjonsson c. Islandia, de 30 de junio de 1993).

No vulnera el artículo 11 la negativa del Estado a registrar una asociación cuando dicha negativa no constituye una medida global y absoluta dirigida

contra los fines culturales y prácticos que deseaba perseguir la asociación, sino una manera de evitar un abuso concreto del status que el registro hubiera conferido a la asociación (STEDH Gorzelik y otros c. Polonia, de 17 de febrero de 2004).

La orientación tradicional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos era admitir el control de los medios, no de los fines: debe permitirse la existencia de cualquier partido político que utilice medios lícitos en una sociedad democrática, por más que los fines que persiga sean contrarios a los postulados de la democracia misma o a otros intereses básicos del Estado (STEDH Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía, de 30 de enero de 1998, y Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía, de 8 de diciembre de 1999). Sin embargo, la STEDH Partido de la Prosperidad c. Turquía, de 31 de julio de 2001 ha supuesto un giro en la materia al considerar que la decisión del Tribunal Constitucional turco de ilegalizar el Partido de la Prosperidad no es contraria al artículo 11, ya que un partido político que preconiza el fundamentalismo religioso encarna una ideología estática y cerrada incompatible con el pluralismo y el cambio inherentes a toda genuina sociedad democrática. Siempre que no concurra ese carácter totalitario del proyecto político mantenido por el partido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue manteniendo su orientación de que sólo cabe un control de medios, no de fines (STEDH Partido del Trabajo del Pueblo c. Turquía, de 9 de abril de 2002).

En relación con el derecho de reunión y manifestación, el derecho de quienes sostienen ideas opuestas a manifestarlas no justifica restricciones a las manifestaciones originariamente previstas (STEDH Plattform Ärzte für das Leben c. Austria, de 21 de junio de 1988).

Las propias asociaciones también pueden ser titulares del derecho de asociación (STEDH Otto Preminger Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994).

El artículo 11 no ofrece protección a los asociados frente a actos de la asociación.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Partido Comunista c. Rumanía.
STEDH de 3 de febrero de 2005.
46626/99.

4.2. Antecedentes

El 4 de abril de 1996, el demandante, en su calidad de presidente y, por lo tanto, representante del Partido Comunista Rumano, fundado el 23 de marzo de ese mismo año, solicita del Tribunal Departamental de Bucarest la ins-

cripción en el registro especial de partidos políticos. Por decisión de 19 de abril de 1996, el Tribunal rechaza la solicitud al entender que de los Estatutos y del programa político del partido se desprende la intención de instaurar un estado comunista, lo que significa necesariamente el derrocamiento del orden constitucional democrático existente después de 1989. Acceder a la petición supondría, según el Tribunal, desconocer las disposiciones del Decreto-ley núm. 8/1989, que prevé la necesidad de que los fines de los partidos políticos se basen en el respeto a la soberanía nacional y que los medios empleados sean conformes con el orden constitucional y jurídico de Rumanía.

La decisión fue recurrida ante el Tribunal de apelación de Bucarest, que desestimó el recurso al considerar correctos los fundamentos del Tribunal de instancia.

4.3. Fallo

Condena a Rumanía por vulneración del artículo 11.

V. COMENTARIO

La lectura de la sentencia que comentamos resulta muy recomendable no tanto porque el caso sea excepcional y novedoso, que no lo es, sino por su carácter altamente didáctico en la medida en que retoma prácticamente toda la doctrina relacionada con los partidos políticos y su encaje en el artículo 11.

Todas las partes coinciden en que el conflicto es reconducible al artículo 11 y por lo tanto, la adaptación de la injerencia a dicho precepto requiere comprobar la concurrencia de las siguientes circunstancias: previsión por la ley, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática.

En cuanto a la previsión por ley, en la medida en que el Decreto-ley núm. 8/1989 contempla la posibilidad de que la solicitud sea rechazada, el Tribunal entiende que el requisito se cumple, pues la norma es, además, clara y previsible, como se viene exigiendo desde la conocida STEDH *Sunday Times* c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979.

El Tribunal también considera que se cumple la finalidad legítima de la medida, pues a la vista de la experiencia totalitaria de Rumanía se ha querido proteger la seguridad nacional y los derechos y libertades de los ciudadanos.

El meollo de la sentencia es sin duda alguna la verificación del cumplimiento del tercer requisito: la necesidad de la medida restrictiva en una sociedad democrática.

En primer lugar, se nos recuerda que el artículo 11 debe ser interpretado a la luz del artículo 10, que garantiza la libertad de expresión, también aplicable a las ideas que pueden chocar o inquietar (STEDH *Handyside* c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976). En este sentido, es legítimo que los partidos políticos defiendan un cambio en la legislación, en las estructuras lega-

les o constitucionales de un país, siempre y cuando concurren las dos condiciones siguientes: *a)* los medios utilizados han de ser legales y democráticos; *b)* el cambio propuesto ha de ser compatible con los principios democráticos fundamentales, lo que implica que un partido político cuyos representantes inciten a la violencia o que propongan un proyecto político que no respete alguna de las reglas de la democracia no puede beneficiarse de la protección de la Convención.

Además, para que la injerencia pueda ser considerada «necesaria», es preciso que la misma responda a una necesidad social imperiosa. Para determinar si la denegación de la solicitud de una inscripción registral responde a una necesidad social imperiosa es preciso verificar: *a)* si existen indicios que lleven a pensar que el riesgo para la democracia es suficiente y razonablemente próximo; *b)* si los discursos y actos de los dirigentes pueden ser atribuidos al partido; *c)* si dichos actos y discursos atribuibles al partido reflejan de manera nítida la imagen de una sociedad no democrática. En nuestro caso, los Tribunales rumanos rechazaron la solicitud de inscripción basándose exclusivamente en el programa político y en los estatutos del partido, por lo que el Gobierno rumano no puede invocar con posterioridad el carácter subversivo de los escritos publicados por el presidente del partido en cuestión, que por lo demás el Tribunal tampoco considera que contengan una llamada a la violencia. Pues bien, analizando el programa y los estatutos, el TEDH concluye que estos textos insisten en el respeto a la soberanía nacional, integridad territorial, orden jurídico y constitucional del país y principios democráticos, entre los cuales está el del pluralismo político, sufragio universal y libre participación en la vida política, por todo lo cual no es aceptable que Rumanía prohíba la aparición de este partido comunista. No concurren, por lo tanto, los requisitos para considerar que existe una necesidad social imperiosa que justifique la inadmisión de la solicitud de inscripción registral.

Derecho a contraer matrimonio

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. El Derecho interno.—4.2.2. Las alegaciones de las partes.—4.2.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a contraer matrimonio.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 12

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

2.2. Constitución española

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

2.3. Constitución europea

Artículo II-9

Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Si bien en un principio el Tribunal había afirmado que el artículo 12 del Convenio no protegía el matrimonio de los transexuales porque en el mismo queda absolutamente excluida la procreación (*STEDH Ress contra Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, y *Sheffield y Horshman contra Reino Unido*, de 30 de julio de 1998), posteriormente ha cambiado de línea doctrinal, considerando que es atentatorio contra la intimidad el que se prohíba el matrimonio a los transexuales (*STEDH I. contra Reino Unido*, de 11 de julio de 2002). Respecto a la disolución del matrimonio, el Tribunal sostiene que no existe un derecho fundamental al divorcio vincular (*STEDH Johnston contra Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986), quedando el legislador nacional en libertad de introducirlo o no.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002, dictada en Sentencia núm. 28957/95.

4.1. Los hechos

La demandante es una ciudadana británica, nacida en 1937 y transexual que, mediante operación quirúrgica, pasa del sexo masculino al femenino. Tras una terapia de rechazo seguida en los años 1963-1964, los médicos concluyeron que era transexual. Ello no fue impedimento para que se casase con una mujer y tuviese con ella cuatro hijos, pero tenía la convicción de que su «sexo cerebral» no se correspondía con el físico. Siguió un programa de tratamiento hormonal en el Charing Cross Hospital, especializado en problemas de identidad sexual. En 1987 fue admitida en una lista de espera para una operación de conversión sexual y en 1990 es sometida a esta intervención en un hospital del Servicio Nacional de Salud británico, siendo abonada la operación y el tratamiento por dicho servicio nacional. La demandante se divorció de su antigua esposa, y sus hijos continuaron testimoniándole su amor y afecto.

Denunció ser víctima de acoso sexual por parte de sus compañeros de trabajo entre 1990 y 1992, aunque no obtuvo una resolución judicial favorable

al respeto. En 1996 comienza un nuevo trabajo y solicita un nuevo número de la Seguridad Social sin revelar el antiguo a su empresario. La Seguridad Social le deniega un nuevo número y se ve obligada a comunicar el antiguo a su empresa, asegurando que, a partir de ese momento, sus compañeros dejan de dirigirle la palabra y cuchichean sobre ella en corrillos.

Los servicios de cotización de la Seguridad Social le comunican que no puede ser beneficiaria de una pensión de jubilación a los sesenta años, edad en la que está establecido el derecho de pensión para las mujeres en el Reino Unido. En 1997 el mismo servicio le comunica que debe seguir cotizando hasta la edad de sesenta y cinco años, edad de inicio de la jubilación de los hombres, es decir, hasta abril de 2002. El 23 de abril de 1997, ella se compromete ante la Seguridad Social de pagar directamente sus cotizaciones, que normalmente habrían de haber sido abonadas por su empresario, como en todos los trabajadores del sexo masculino, en atención a lo cual el servicio de cotización de la Seguridad Social expide una certificación de excepción de edad.

El expediente de la demandante en la Seguridad Social fue declarado confidencial, de forma que sólo tendrían acceso al mismo los funcionarios de un cierto nivel y antigüedad. Ello se traducía en que la solicitante siempre debía comparecer personalmente ante el departamento correspondiente y no podía solucionar ni las cuestiones más nimias en los servicios locales o mediante consulta telefónica. En su expediente se consignaba siempre que era de sexo masculino, incluida dentro de los «procedimientos especiales», y había recibido dos cartas en su domicilio con el nombre masculino que había tenido en su nacimiento.

La demandante afirma que, en innumerables ocasiones, se ha visto obligada a exhibir su acta de nacimiento si quería beneficiarse de prestaciones condicionadas a la exhibición de este documento. En concreto, prefirió no contratar un seguro de decesos, se abstuvo de firmar un préstamo hipotecario y renunció a solicitar durante el invierno a una subvención de la Seguridad Social para calefacción, a la que habría tenido derecho. Asimismo, debe de continuar pagando las primas del seguro de su automóvil, más elevadas, como si fuera un hombre.

4.2. Fundamentos de Derecho

Al ser varios los artículos del Convenio cuya vulneración se alega por la demandante, nos centraremos aquí en las consideraciones relativas al artículo 12.

4.2.1. *El Derecho interno*

En Derecho inglés, el matrimonio se define como la unión voluntaria entre un hombre y una mujer. En el asunto *Corbett contra Corbett* (*Law Reports*:

probate, 1971, p. 83), el juez Ormrod declara que, a estos efectos, el sexo debe ser determinado utilizando criterios cromosómicos, gonadales y genitales, apreciando una concordancia entre ellos, sin que una intervención quirúrgica pueda ser tenida en cuenta. Esta utilización de criterios biológicos para determinar el sexo fue aceptada por la Corte de Apelación en el asunto *R versus Tan* (*Law Raports: Queen's Bench Division*, 1983, p. 1953), donde se confiere una aplicación más general, de tal forma que se considera conforme a Derecho que una persona que había nacido con sexo masculino fuese condenada en base a una legislación que castigaba a los hombres que obtenían provecho de la prostitución, a pesar de que el acusado había sufrido un tratamiento de conversión sexual.

El artículo 11.b) de la Ley de 1973 sobre asuntos matrimoniales (*Matrimonial Causes Act 1973*) reputa nulo todo matrimonio en el que los contrayentes no sean, respectivamente, del sexo masculino y del sexo femenino. El criterio aplicado para la determinación del sexo de los contrayentes en un matrimonio es aquel que fue citado en el asunto *Corbett* antes citado. De esta forma, un matrimonio celebrado entre una persona que ha pasado del sexo masculino al sexo femenino y un hombre, podría ser anulado por causa de incapacidad de la persona transexual de consumir su matrimonio en el marco de las relaciones sexuales normales y completas (*obiter dicta* del juez Ormrod).

Esta decisión se encuentra sustentada por el artículo 12.a) de la Ley de 1973 sobre asuntos matrimoniales, que permite anular un matrimonio no consumado por razón de la incapacidad de una u otra parte. El artículo 13.1 de la Ley establece que el Tribunal no debe dictar una sentencia de anulación hasta que no esté completamente convencido de que la parte demandante sabía que el matrimonio podría ser anulado pero ha hecho creer a la demandada que no instaría un juicio de anulación.

4.2.2. Las alegaciones de las partes

Ante el Tribunal de Estrasburgo la demandante alega la incapacidad en la que se encuentra, toda vez que la Ley le considera un hombre, para contraer matrimonio con su compañero, con el que puede mantener una relación física normal. Afirma que el reciente asunto *Bellinger contra Bellinger*, fallado por los Tribunales británicos, demuestra que el sexo de una persona, a los fines del matrimonio, establecido en el asunto *Corbett*, no son satisfactorios y que, si bien puede ser aceptable utilizar criterios biológicos, es contrario al artículo 12 del Convenio no utilizar más que algunos de ellos para determinar el sexo y excluir a las personas que no se ajustan a los mismos.

El Gobierno británico alega que el artículo 12 del Convenio, según la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no obliga a un Estado a autorizar a una persona transexual a contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo de origen.

4.2.3. *Las consideraciones del Tribunal*

El Tribunal, aceptando la veracidad de las invocaciones jurisprudenciales anteriores efectuadas por el Gobierno británico, procede a reconsiderar la situación en 2002. Consta, en primer lugar, que en el artículo 12 del Convenio se encuentra la garantía del derecho fundamental, para un hombre y una mujer, de casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad de una pareja de concebir o de educar a un niño no sería en sí misma suficiente para privar del derecho asegurado por la primera parte del artículo en cuestión.

El ejercicio del derecho al matrimonio conlleva consecuencias sociales, personales y jurídicas, y corresponde a las Leyes nacionales de los Estados contratantes regularlas, pero las limitaciones resultantes no pueden restringir o reducir el ejercicio del derecho de una manera o de un grado tal que afecten a su propia sustancia (*STEDH Fc. contra Suiza, de 18 de diciembre de 1987*).

La primera parte de la frase autoriza expresamente a un hombre y a una mujer a contraer matrimonio. El Tribunal no considera conveniente, hoy en día, continuar admitiendo que estos términos implican que el sexo deba ser establecido según criterios puramente biológicos. Desde la adopción del Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos la institución del matrimonio se ha transformado profundamente como consecuencia de la propia evolución social, y los progresos de la medicina y de la ciencia han producido cambios radicales en el ámbito de la transexualidad. El Tribunal ha constatado estos cambios en el análisis de casos enjuiciados a la luz del artículo 8 del Convenio. Otros factores deben ser tomados en cuenta: el reconocimiento por la comunidad científica y las autoridades sanitarias en el Estado contratante del estado médico de los problemas de identidad sexual, la oferta de tratamientos, incluidas las operaciones jurídicas, la convicción de la persona afectada de ser del sexo del que se siente pertenecer, la adopción por ella del papel social del nuevo sexo. El Tribunal constata igualmente que el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recientemente adoptada y que se refiere al matrimonio, excluye cualquier referencia al hombre y a la mujer.

El derecho al respeto a la vida privada, garantizado por el artículo 8, no engloba todos los aspectos que pueden ser materia del artículo 12. El Tribunal ha de examinar expresamente si el hecho de que las Leyes nacionales se refieran, a los fines del matrimonio, al sexo registrado al momento del nacimiento, constituye una especial limitación que atente contra la sustancia del derecho a contraer matrimonio.

El Tribunal viene a concluir que, en el uso de las opciones abiertas a un Estado contratante para legislar al respecto, éste puede llegar a prohibir, en la práctica, el ejercicio del derecho al matrimonio. El margen de apreciación no debe ser muy amplio. Ha de corresponder al Estado contratante la determinación de las condiciones que debe reunir una persona transexual, que reclama el reconocimiento jurídico de su nueva identidad, para acordar que su conversión sexual se ha producido adecuadamente y permitirle por ello anular su

matrimonio anterior, así como el establecimiento de las formalidades exigibles para el nuevo matrimonio, pero el Tribunal no ve razones suficientes para que de ello se derive que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias de su derecho a contraer matrimonio.

4.3. Fallo

Por el ello, el Tribunal concluye que, en el presente caso, ha habido violación del artículo 12 del Convenio y comunica al Reino Unido que ponga en marcha, en un tiempo razonable, las medidas que estime oportunas para cumplir, de conformidad con la Sentencia, las obligaciones que le incumben de asegurar a la demandante y a otras personas transexuales el derecho al respeto a su vida privada y el derecho a contraer matrimonio.

V. COMENTARIO

En esta Sentencia el Tribunal profundiza en el cambio jurisprudencial operado en el sentido de que el derecho a contraer matrimonio no se puede ver condicionado por la capacidad para engendrar hijos o fundar una familia, sino que tiene sustancia propia e independiente y por ello ha de reconocerse también a los transexuales, debiendo aplicarse a la hora de reconocimiento del sexo otros factores además de los puramente biológicos. Se reconoce a los Estados el margen de apreciación necesario para establecer los requisitos legales oportunos tendentes a confirmar la nueva identidad sexual de los transexuales, pero sin que se pueda llegar a impedir, en la práctica, y en toda circunstancia, el ejercicio del derecho a contraer matrimonio por parte de estas personas.

Derecho a un recurso efectivo

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a un recurso efectivo.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo. (...)

2.2. Convenio de Roma

Artículo 13

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

2.3. Constitución española

Artículo 24, párrafo primero

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El artículo 13 garantiza la existencia de mecanismos a nivel nacional para dar efectividad a los derechos y libertades contemplados en el Convenio (se trata, por lo tanto, de un derecho dependiente), sin perjuicio de la discrecionalidad de los Estados signatarios en cuanto a la articulación concreta de dichos remedios, dependiendo además de la naturaleza de las quejas. En todo caso, el remedio exigido por el artículo 13 tiene que ser «efectivo», tanto en teoría como en la práctica, sin que pueda ser obstaculizado por acciones u omisiones de las autoridades nacionales.

La autoridad referida en el artículo 13 no tiene que ser necesariamente una autoridad judicial, pero, si no lo es, sus poderes y las garantías que le son concedidas han de ser relevantes para poder determinar si el recurso interpuesto ante ella es efectivo. De esta afirmación se desprende asimismo un concepto amplio de recurso en el sentido de procedimiento por el que se somete un acto constitutivo de violación del CEDH a una instancia cualificada a este efecto, con el propósito de obtener, según los casos, la cesación del acto, su anulación, su modificación o una reparación.

Cuando un individuo presenta una queja, reclamación o demanda sobre la destrucción intencionada de sus propiedades por parte de las autoridades nacionales, el cumplimiento del artículo 13 exige no solamente el pago de la correspondiente compensación, sino también la realización de una investigación tendente a la identificación y sanción de los responsables, garantizándose además el acceso efectivo de la presunta víctima al procedimiento investigador. Con carácter general, el Tribunal entra a valorar, atendiendo las circunstancias, tanto la suficiencia de la investigación como la necesaria imparcialidad de los investigadores. Desde este punto de vista, resulta inadmisibles para la pureza de la investigación que ésta se efectúe por la administración acusada (*STEDH Altun c. Turquía*, de 1 de junio de 2004).

La dependencia de este derecho a la que hacíamos referencia implica la interpretación del artículo 13 en el sentido de que garantiza un recurso efectivo ante la autoridad nacional a toda persona que denuncia que sus derechos y libertades han sido violados. No obstante, el Tribunal ha introducido la noción de *denuncia defendible*. En este sentido no basta con que el recurrente alegue haber sido víctima de violación de uno de los derechos o libertades reco-

gidos en el CEDH, sino que la citada alegación debe estar debidamente argumentada. Sin embargo, el TEDH no da una definición abstracta de la noción de defendibilidad, ya que debe determinarse a la luz de los hechos particulares y de la naturaleza de los aspectos jurídicos que surjan.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Ramírez Sánchez c. Francia.
59450/00.
27/01/2005.

4.2. Antecedentes

El recurrente, Ilich Ramírez Sánchez, ciudadano venezolano que se considera a sí mismo revolucionario de profesión, fue condenado en Francia por la perpetración de diversos atentados terroristas a la pena de prisión perpetua. Desde su encarcelamiento en agosto de 1994 hasta el 17 de octubre de 2002, el recurrente fue mantenido en la situación de aislamiento. Las decisiones administrativas de prolongación de esta situación se dictaban cada tres meses y previo certificado médico que, en todos los casos, atestiguaba el satisfactorio estado de salud del recluso.

El 14 de septiembre de 1996, el preso recurre la decisión de prolongación de aislamiento de 11 de julio de 1996 ante el Tribunal administrativo de París solicitando la anulación por exceso de poder. Por decisión de 25 de noviembre de 1998, el Tribunal desestima el recurso argumentando que una medida de orden interior como es la de aislamiento no puede ser controlable por el Tribunal administrativo vía recurso por exceso de poder.

El recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se fundamenta en la vulneración del artículo 3, por considerar la situación prolongada de aislamiento trato inhumano, así como la infracción del artículo 13.

4.3. Fallo

Condena a la República Francesa por vulneración del artículo 13 del Convenio.

V. COMENTARIO

En cuanto a la vulneración del artículo 3, el TEDH desestima el recurso por considerar que las condiciones de detención y las características del preso —uno de los terroristas más peligrosos— justifican el aislamiento.

Aquí nos corresponde centrarnos en la vulneración del artículo 13. La jurisprudencia del TEDH es claramente continuista. Recuerda el Tribunal que el artículo 13 traslada a los Estados la carga de configurar un recurso que permita proteger los derechos del Convenio y que ese recurso sea efectivo. Dicha efectividad no concurre cuando los Tribunales administrativos —siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado— desestiman los recursos frente a las decisiones de aislamiento por considerar que no procede invocar el exceso de poder al tratarse de medidas de orden interno. Es preciso destacar que antes de la sentencia que comentamos, por decisión de 30 de julio de 2003, el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia al respecto pasando a admitir en estos casos el recurso por exceso de poder.