

# 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.

## 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.

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

---

\* Sylvia Martí Sánchez, Secretaria General de la Asamblea de Madrid. Blanca Cid Villagrasa, Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Esteban Greciet García y Tatiana Recoder Vallina, Letrados de la Asamblea de Madrid.

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 *STEDH Issa y otros c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2004).

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.

# 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.

## I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la vida.

## II. REFERENCIAS NORMATIVAS

### 2.1. Convenio europeo

#### *Artículo 2*

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 del 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** (S. *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. Puede asimismo implicar, en algunas circunstancias bien definidas, la obligación positiva para las autoridades de tomar preventivamente medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por las actuaciones criminales ajenas, siempre que no sea una carga desproporcionada (S. *Osman contra Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998, y S. *Mastromatteo contra Rep. Italiana*, de 24 de octubre de 2002). También se aplica a la situación de un detenido que padecía una enfermedad mental con signos que indicaban que podía atentar contra su vida (S. *Keenan contra Reino Unido 2001*, 242, secc. 3.<sup>a</sup>, 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** (S. *McCannan contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995). En la Sentencia Estamirov y otros contra Rusia, de 12 de octubre de 2006, el TEDH insiste en la necesidad de que el Estado investigue imparcial y exhaustivamente las muertes acaecidas en su territorio, sin importar quién pueda haber sido el autor de los hechos, lo que tiene especial importancia en un caso en el que pueden estar implicadas los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. En relación con lo anterior, el Tribunal hace especial hincapié en la necesidad de que se tramite una investigación pormenorizada de los hechos, la cual conviene, además, que se realice tan pronto como se tenga noticia de las muertes.

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 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** (S. *Diane P. contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, secc. 4.<sup>a</sup>, 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 legí-

timamente 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 juicio de proporcionalidad sino un «juicio de indispensabilidad» (*S. McCann 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 de explicación razonable por las autoridades del Estado acerca de las heridas sufridas por la víctima durante su detención (*S Güneş 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).

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

# 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 períodos 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 (*LCB 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 este sentido y en relación con España, el TEDH ha considerado que el médico forense es un funcionario de la Administración y por lo tanto no independiente (*STEDH Martínez Sala y otros c. España*, de 2 de noviembre de 2004). 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 obli-

gándola 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).

El enjuiciamiento de un civil ante un Tribunal militar no implica de por sí trato inhumano o degradante (*STEDH Martin c. Reino Unido*, de 24 de octubre de 2006).

#### IV. SENTENCIA ANALIZADA

##### 4.1. Título e identificación oficial

Wieser c. Austria.  
2293/03.  
22 de febrero de 2007.

##### 4.2. Antecedentes

El 9 de febrero de 1998 el Tribunal Regional de Feldkirch dictó a instancias de la esposa del demandante una orden de arresto y registro del domicilio del mismo. El demandante era sospechoso de haber violado a su esposa, haberla amenazado con arma de fuego, haber intentado violar a su hijastra menor y estar en posesión de videos de pornografía infantil. La orden de arresto contemplaba la posibilidad de que el demandante se resistiera o incluso intentara huir.

El mismo día en que se dicta la orden de arresto, alrededor de las 23:45, seis policías del grupo especial de la gendarmería entran en el domicilio del demandante protegidos con chalecos antibalas, escudo y máscaras. El demandante reconoce, después de haber visto a dos sospechosos merodeando por el *parking*, haber recibido a los policías armado con un cuchillo de cocina, si bien lo suelta inmediatamente. Según la descripción del demandante, parcialmente reconocida por los agentes, los hechos acaecidos con posterioridad fueron los siguientes: el demandante fue reducido, tumbado sobre el suelo y esposado; el demandante fue tumbado sobre una mesa y desnudado por si ocultara un arma de fuego; tras orinarse como consecuencia del *shock* no le fue permitido cambiarse de ropa; fue de nuevo tumbado sobre el suelo

durante al menos 15 minutos, según el demandado presionado por la rodilla de uno de los agentes, hecho que éstos niegan. Con posterioridad el demandante fue llevado a comisaría y liberado a las 3:40 del día siguiente.

El 3 de marzo de ese mismo año el demandante presenta una queja ante la Autoridad Administrativa Independiente de Voralberg (Unabhängiger Verwaltungssenat) alegando haber sufrido trato inhumano y degradante, particularmente durante el arresto. Dicha Autoridad desestima la queja básicamente por entender que el arresto se efectúa bajo la cobertura de una orden judicial, la cual contemplaba además la condición violenta del demandado por lo que las medidas adoptadas durante el arresto (esposarle, reducirle contra el suelo, desnudarle para buscar un arma de fuego) no pueden ser consideradas trato inhumano o degradante.

A esta decisión siguen los recursos internos solo estimados parcialmente, por lo que el demandante interpuso su recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 3 del Convenio.

#### 4.3. Fallo

El Tribunal estima parcialmente el recurso por violación del artículo 3 del Convenio.

## V. COMENTARIO

Si bien la sentencia que comentamos no introduce novedad relevante en la jurisprudencia sobre el artículo 3, la hemos seleccionado por considerar que la casuística siempre ilustra la interpretación general de un precepto y además por afectar a un país plenamente democrático como es Austria. Esto pone de relieve que las violaciones del artículo 3 no son solamente imputables a países como Turquía, lo que podría deducirse por el elevado número de sentencias que afectan al mismo, sino que también pueden tener lugar en nuestro entorno más inmediato.

Evidentemente en este tipo de sentencias el aspecto esencial es el análisis de las circunstancias del caso, pues el Tribunal ha entendido que la severidad de los malos tratos, para considerarlos violación del artículo 3, deben analizarse atendiendo a las circunstancias, como duración de los mismos, efectos físicos y morales e incluso, en algunos supuestos, edad, sexo y salud de la víctima.

Como ya se puso de relieve en las decisiones internas, en el supuesto que nos ocupa la policía tenía razones para pensar que iba a tratar con un individuo violento, peligroso, probablemente armado y, según manifestaciones de la esposa, entrenado para el combate. En este contexto, el hecho de que la detención se llevara a cabo por policías especializados y equipados con chaleco antibalas, escudo y máscara no contradice el artículo 3. Tampoco lo hace el hecho de que se esposara al demandante. En el hecho de que se le reduje-

ra contra el suelo, el Tribunal no entra, pues al no haber sido reconocido por los agentes, nos movemos en el terreno de la especulación.

Los aspectos procedimentales del artículo 3 también se salvaguardan en este caso, pues las autoridades domésticas han seguido los procedimientos necesarios para esclarecer el caso.

El problema se plantea con el hecho de haber desnudado al demandante por si ocultara armas de fuego. El Tribunal parte de que el hecho de hacer que un sospechoso se desnude no es *per se* contrario al convenio, pero se trata de un hecho que hay que analizarlo con especial cuidado, porque es evidente que introduce un elemento adicional de humillación. En este caso además el demandante fue desnudado por los propios policías, lo que unido a la consideración de que para buscar un arma de fuego no hace falta desnudar completamente, hace pensar al Tribunal que aquí sí que estamos ante una violación del artículo 3.

Vemos pues, que de nuevo el análisis lo es fundamentalmente de la proporcionalidad y justificación de las medidas adoptadas, atendiendo a las circunstancias del caso. Por lo tanto, un supuesto más para la amplia casuística del artículo 3 al que el TEDH aplica su doctrina general sobre la proporcionalidad y justificación de las medidas que se adoptan.

# 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 (Sentencias 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.—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 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).

En relación con la detención preventiva [art. 5.c) CEDH], indicios racionales son aquéllos 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).

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).

Por lo que respecta 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 artículo 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).

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 Ikinisoy 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 Ikin-cisoy 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

Baysayeva c. Rusia.  
74237/01.  
5 de abril de 2007.

##### 4.2. Antecedentes

Los hechos de la sentencia que comentamos son propios de una triste película de acción y transcurren en lo que parece ser un lugar sin ley: Chechenia. El marido de la demandante, Shakhid Baysayev, trabajaba como mecánico en una empresa de transportes en el pueblo vecino al de su residencia. El 2 de marzo de 2000 parte hacia su trabajo. En la carretera hay un control militar ruso, el control núm. 53, muy cercano a una unidad militar también rusa. Ese mismo día la demandante oye disparos y explosiones provenientes de la zona dónde se haya el control. Había tenido lugar una emboscada y una dura lucha con fuerzas rebeldes en la que fallecieron más de 20 soldados. Después, tuvo lugar una operación «de limpieza» por parte del ejército ruso. El marido de la demandante no volvió a casa esa noche. A partir de ese momento empieza la búsqueda desesperada de su esposo. Por testigos presenciales sabe que fue detenido por los soldados, pero no tiene más información. En la operación militar subsiguiente a la emboscada fueron detenidos muchos civiles, pero su marido no se hallaba entre ellos. La Señora Baysayeva acude a las autoridades, las cuales abren una investigación que se abre y se cierra durante los años subsiguientes al menos 12 veces. No obstante, entre medias empiezan a surgir algunas pistas preocupantes. En junio de 2000, el investigador de la fiscalía de Grozny constata que el esposo de la demandante había sido detenido por los militares el 2 de marzo de 2000 y llevado a la base de Podgornoye, informando a aquélla de la existencia de una cinta de video que prueba esta información. Unos meses después, en agosto de 2000, cuando la demandante está caminando hacia su domicilio se le acercan unos individuos que dicen tener pruebas de la deten-

ción de su marido, pruebas que le mostrarán a cambio de 5000 rublos. Al día siguiente y después de haber conseguido el dinero, otros individuos le muestran la cinta de video en la que aparece su marido siendo maltratado por unos hombres vestidos de uniforme militar. La demandante compra el vídeo, que luego constata que es el mismo que se hallaba en posesión de la fiscalía. Más de un año después, en diciembre de 2001, la demandante se traslada con el investigador de la fiscalía a la zona que aparece en la cinta de vídeo en la que encuentran restos de ropa que podrían ser de su esposo. Al día siguiente otros miembros de la fiscalía aparecen en su domicilio rogándole que les acompañe. La demandante pensaba que le iban a pedir que identificase le cuerpo de su marido, pero en lugar de eso le comunican que el investigador ha sido asesinado, ya que se ha hecho volar el coche en el que circulaba. Recomiendan a la demandante que cese su trato con las autoridades, tanto por su seguridad como por la de sus hijos. Así lo hace, pero en 2003 insta de nuevo la continuación de los procedimientos de investigación, sin éxito alguno, decidiendo finalmente acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### **4.3. Fallo**

El Tribunal declara vulnerado el artículo 5 del Convenio.

## **V. COMENTARIO**

Se trata de una sentencia muy extensa e interesante por el número de artículos aplicables: el 2, el 3, el 5, el 6 y el 13. En estos momentos nos centraremos exclusivamente en el artículo 5. La problemática de casos como este, es que las pruebas sobre el paradero del demandante aparecen de forma deslabazada y no van acompañadas de la clara identificación de los responsables. Pero aún así, con el transcurso del tiempo y en gran medida gracias a la perseverancia de los familiares, van surgiendo más que indicios, desde luego pruebas perfectamente válidas para una persona razonable sobre la atribución a miembros del ejército de la responsabilidad de la detención, todo ello rodeado de una investigación que deja mucho que desear y que algún funcionario responsable paga con su vida. Y esta es en esencia la conclusión a la que llega el Tribunal y que cualquier jurista con sentido común compartiría. Se reconoce que el esposo de la demandante desaparece el 2 de marzo de 2000 de la mano de las autoridades federales y no vuelve a saberse nada de él. Su detención no aparece recogida en ningún expediente sin que exista por lo tanto rastro oficial alguno. Simplemente esta carencia de procedimiento en una detención constituye una falta inadmisibles desde el punto de vista del artículo 5. Además las autoridades debería haber mostrado una mayor diligencia a la hora de investigar. Por todo ello El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata la vulneración del artículo 5 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.

## I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al proceso equitativo.

## II. REFERENCIAS NORMATIVAS

### 2.1. Convenio europeo

#### *Artículo 6*

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 (*S. 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 (*S. 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 (*S. 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 contratantes a crear tribunales de apelación o de casación: si existen, son aplicables las garantías del artículo-

lo 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 propaganda 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 un ciudadana turca contra Turquía). El principio de preeminencia del derecho y la noción del proceso jus-

to 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). La Sentencia de 18 de octubre de 2006 en el caso *Hermi v. Italia* recuerda que si bien la publicidad de las audiencias ante los Tribunales ha de ser la norma general, pueden establecerse excepciones justificadas a esta regla, siempre y cuando no mermen los derechos fundamentales de los implicados.

**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 sentenciador, 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 sospecho (Sentencia de 27 de noviembre de 2003, en *asunto Slimane-Käid 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). En cuanto al **idioma del procedimiento** el Tribunal considera esencial (Sentencia de 18 de octubre de 2006, en el *caso Hermi v. Italia*) que el acusado entienda los cargos y actuaciones que se realizan en todo proceso judicial, para lo cual bastará con que o bien entienda la lengua del procedimiento, o bien se le faciliten los medios para que sean traducidas dichas actuaciones si fuera solicitado.

**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 naturaleza incriminatoria que no han podido obtener durante los interrogatorios y cuando las confesiones o afirmaciones así obte-

nidas son presentadas como pruebas en juicio (Sentencia de 5 de noviembre de 1999, en el *asunto Allan contra el Reino Unido*). Respecto a lo obtención e 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*).

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

# 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.

Desde el punto de vista de la reincidencia, el Tribunal considera que si se introducen nuevas reglas sobre la misma, es suficiente con que la segunda infracción haya sido cometida con posterioridad a la entrada en vigor de las mismas. No hay retroactividad de la ley penal, porque ésta se está aplicando a

la segunda infracción (**STEDH Achour c. Francia, 29 de marzo de 2006, Gran Sala**).

#### IV. SENTENCIA ANALIZADA

##### 4.1. Título e identificación oficial

Custers, Deveaux y Turk c. Dinamarca.  
11843/03; 11847/03 y 11849/03.  
3 de mayo de 2007.

##### 4.2. Antecedentes

En 1951 se estableció una base aérea americana en la península de Dundas, distrito de Thule en Groenlandia. Los demandantes, que son miembros de Greenpeace, tomaron parte en una acción alrededor de la base de Thule para llamar la atención internacional sobre el uso de radares, concretamente del conocido como Radar de Thule, para el Programa americano de misiles de defensa y sobre el impacto medioambiental de la base aérea. Antes de la acción en cuestión, el 25 de julio de 2001, dos miembros de Greenpeace mantuvieron una reunión con el Jefe de Policía de Groenlandia durante la cual éste les informó de la legislación existente sobre la base y de las consecuencias que tendría una infracción del sistema de permisos.

El 27 de julio de 2001 Greenpeace solicitó permiso para visitar la península de Dundas alrededor de la base aérea de Thule, solicitud que fue respondida en sentido negativo por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

El 6 de agosto de ese mismo año los demandantes y otros miembros de Greenpeace desembarcaron al sur de la base a pesar de haber sido requeridos para abandonar el área. Caminaron aproximadamente 30 km hasta el refugio núm. 7, donde fueron detenidos el 7 de agosto. Hay dos datos importantes para los fundamentos que en el proceso van a invocar las partes. El primero de ellos es que la base aérea no estaba delimitada por verja o vallado alguno, aunque había carteles indicando la prohibición. El segundo, es que en el momento del arresto los demandantes estaban en posesión de un GPS, un mapa oficial sobre la zona, cámaras y notas en las que se recogían posiciones de radares. El 11 de septiembre fueron condenados por el Alto Tribunal de Groenlandia por acceder sin permiso a una zona restringida. La sentencia de apelación confirmó esta decisión.

##### 4.3. Fallo

El Tribunal considera que no hay vulneración del artículo 7 del Convenio, al resultar la condena previsible desde la perspectiva de dicho precepto.

## V. COMENTARIO

La sentencia que comentamos aplica el concepto de «previsibilidad» que según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, junto con la accesibilidad, requisito cualitativo del principio de legalidad penal. Los demandantes invocan en este sentido dos argumentos: el primero que la condena pecuniaria se impone de conformidad con el Reglamento núm. 39 de 22 de febrero de 1967 que tiene a su vez base legal en el artículo 117 del Código Penal de 1954, precepto que autoriza expresamente a que las penas se impongan de conformidad con la «práctica establecida»; el segundo es que la imposición de la sanción penal carecía de previsibilidad al no estar vallado el recinto de acceso restringido. El Tribunal va a desestimar ambos argumentos basándose en una interpretación muy razonable de la previsibilidad. Sabemos ya que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el concepto de «ley» reconducible al principio de legalidad ha de entenderse en sentido amplio y así lo ratifica en este caso. El Reglamento núm. 39 tiene base legal en el Código Penal y las disposiciones de ambos han sido concretadas a través de una práctica reiterada en el sentido de exigir un permiso especial para acceder a la base aérea. Por lo tanto, los demandantes podían ajustar su conducta a las citadas previsiones sin merma alguna para el principio de seguridad jurídica, sobre todo en este caso que habían sido específicamente informadas de las consecuencias de una infracción. Tampoco el segundo argumento tiene peso para el Tribunal y es que desde una posición del más elemental sentido común se aprecia que los demandantes sabían que estaban entrando en zona restringida. Primero porque fueron requeridos para abandonar el área y segundo, porque la propia configuración de la zona con sus radares, refugios y carteles advirtiendo del acceso prohibido indicaban claramente que se estaba en zona restringida, debiendo tener en cuenta además que los demandantes contaban con un mapa oficial.

Por lo tanto, mantiene el Tribunal una interpretación muy razonable, válida para todos los ordenamientos jurídicos del principio de legalidad en el sentido de que lo fundamental del mismo no es tanto la fuente, cuestión más propia del Derecho interno, como la accesibilidad al conocimiento y previsibilidad de las consecuencias que tiene la realización de una conducta prohibida.

# Derecho al respeto a la vida privada y familiar

Sumario. I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LINEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido. IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fundamentos de derecho.—4.3.1. El Derecho interno.—4.3.2. Alegaciones de las partes.—4.3.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.4. Fallo.—V. COMENTARIO.

## I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

## II. REFERENCIAS NORMATIVAS

### 2.1. 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 fundamen-

to legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

## 2.2. 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.

## 2.3. 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.

## III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

### 3.1. Delimitación del contenido

**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 protec-

ción del derecho a la intimidad 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 extramatrimonial, 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). El Tribunal prima el interés del futuro niño sobre el deseo de los padres en los casos de peticiones de reproducción asistida (*STEDH Dickson v. Reino Unido*). Del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extramatrimoniales (*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 Venema contra Países Bajos*, de 17 de diciembre de 2002). El ETD reitera que el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo frente injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sin embargo, ello no quiere decir que el Estado deba abstenerse en todo caso. Existen muchas obligaciones positivas inherentes a los Estados para que se respete la vida privada y familiar. Los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado no siempre permiten una definición precisa. Debe existir un equilibrio entre los intereses individuales y los de la comunidad y en este contexto ha de reconocerse al Estado algún margen de apreciación (*STDEH Paulik v Eslovaquia*, de 10 de octubre de 2006). La protección de la familia, en cumplimiento del citado precepto, exige también a los Estados que hagan cumplir las decisiones de custodia, adoptadas en sus propios Tribunales sin demora alguna, por cuanto la demora en el tiempo no sólo rompe con la posibilidad de reunión de uno de los progenitores con sus hijos, sino que incluso como en el caso que nos ocupa, puede hacer imposible que se haga efectivo el derecho de reunión de padres e hijos violándose así la protección que todo gobierno debe hacer del derecho a la vida familiar. (*STEDH Agim Bajrami contra la República de Albania*, de 12 de diciembre de 2006).

**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 autorización 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 Rinzivillo 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 es 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 Rumania*, 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. Título e identificación oficial

Sentencia de 3 de abril de 2007.  
Copland contra el Reino Unido.  
Demanda núm. 62617/00.

### 4.2. Antecedentes

En el presente supuesto el TEDH ha de hacer frente a un caso de violación de la intimidad personal de una empleada de una Universidad pública, por vulnerar dicha Universidad el deber de respetar su vida personal y familiar y el deber de guardar secreto de sus comunicaciones y datos de carácter personal.

En 1991, la demandante entro a trabajar en una Universidad pública, pasando en 1995 a ser asistente personal del Rectorado de dicha Universidad y requerida para trabajar exclusivamente a las órdenes del Rector.

En 1998, la demandante comenzó a trabajar en otro campus o Facultad de la Universidad con un Decano masculino, durante su empleo con este Decanato, su teléfono, correo electrónico e internet fueron objeto de investigación por la Universidad, a instancias del Rector.

El Gobierno del Reino Unido alegó ante el TEDH que, la investigación fue dirigida a averiguar si la demandante hacía excesivo uso privado de los medios materiales de la Universidad.

Respecto de las llamadas telefónicas, el Gobierno afirmó que la investigación de las mismas consistió exclusivamente en el análisis de las facturas telefónicas que llegaban a la Universidad, supervisando los números telefónicos, el día, la hora y coste de las llamadas de la demandante.

La demandante, alegó, que el análisis de la factura no había sido una mera supervisión, sino que había ido mucho más allá, porque los datos de sus llamadas e incluso los números privados de sus llamadas particulares no fueron protegidos, ya que al menos en una ocasión le constaba que el Rector estaba enterado del nombre de un individuo con el que ella había mantenido conversaciones telefónicas entrantes y salientes.

Por los datos aportados por la demandante, el Gobierno se defendió diciendo que era imposible porque la investigación de sus llamadas telefónicas se llevó a cabo exclusivamente algunos meses y aproximadamente hasta noviembre de 1999. La demandante, sin embargo aporta pruebas que demuestran que la supervisión de su teléfono duró cerca de 18 meses más allá de noviembre de 1999.

El uso de internet por la demandante también fue objeto de investigación por parte de la Universidad a instancias del Rector, alegando que dicha supervisión tenía su razón de ser en el análisis de las páginas web visitadas, el día de su visita y la duración de la misma. Supervisión que duró de octubre a noviembre de 1999.

La demandante nada alegó respecto a la investigación que de su uso de internet se había llevado a cabo pero, sí en relación con el período de tiempo reconocido por el Gobierno, ya que fue mucho mayor.

En noviembre de 1999, se entera de que su correo electrónico también había sido investigado por la Universidad, cuando a su hija adoptiva le preguntaron por correos enviados a la Universidad. La demandante escribe al Decanato de la Universidad preguntando si existe en la Facultad o en la Universidad una política nueva de investigación o supervisión del uso del correo electrónico del personal a su servicio. El Decano le responde, en un escrito que, si bien es cierto que los correos de todo el personal se registran, sólo los suyos son objeto de investigación a instancias del Rector.

El Gobierno admitió que estaba investigando su correo, pero exclusivamente para analizar el uso que del mismo se hacía, es decir el día, fecha y hora, así como la cuenta de correo al que iba dirigido no el contenido de los mismos. Análisis que sólo duró un par de meses. La demandante, sin embargo aporta pruebas que demuestran que dicha supervisión duró muchos más meses de los que alega el Gobierno.

A su vez, por un memorando, con fecha de 29 de noviembre de 1999, que se aporta como prueba el Decano escribe al Rector para confirmar una conversación que había mantenido con él, en los términos siguientes: que la demandante se ha enterado de que se le está investigando su correo y que, siguiendo la legislación aplicable es ilegal para cualquier organización el investigar el correo electrónico sin consentimiento de su titular. Solicita por ello al Rector no seguir con esta investigación y le ruega que no haga más preguntas sobre cualquier preocupación que tenga en relación con la información que tiene de la demandante. Así como le ruega que devuelva los datos que sobre la misma tenga. Recordándole que, en anteriores ocasiones indicó que accedería positivamente a ambas peticiones, mientras que en la actualidad sigue reafirmando su preocupación sobre la demandante.

Por otro lado, miembros del personal de la Universidad advierten a la demandante que, desde mediados de 1996 hasta finales de 1999 tienen conocimiento de que muchas de sus actividades habían sido investigadas por la Universidad a instancias del Rector.

La demandante provee al Tribunal de testimonios del personal de la Universidad en los que declaran la existencia de esa investigación y el conocimiento de una continua intromisión de la Universidad en sus actividades. La demandante aun sigue siendo empleada de la Universidad y que entiende que se ha suspendido al Rector.

### **4.3. Fundamentos de derecho**

#### *4.3.1. El Derecho interno*

Ley de Derechos Humanos de octubre de 2000.

Ley reguladora del poder de investigación de 24 de octubre de 2000 Jurisprudencia aplicable al caso como: *Malik v. Bank of Credit, Three Rivers D.C. v. Bank of England*, o Ley de Protección de Datos de 1998.

#### 4.3.2. *Alegaciones de las partes*

El Gobierno del Reino Unido aceptó ante el TEDH que al ser pública la Universidad era él el responsable de sus acciones y, alegó en su defensa lo que sigue: Que efectivamente la Universidad había investigado el uso que la demandante hacía de su teléfono, correo electrónico e internet hasta noviembre de 1999 no con la intención de interceptar esta información y violar la intimidad de la demandante, sino con la intención de velar por el uso que se hacía de los medios materiales de la Universidad, ya que provenían de fondos públicos. Esto es, la investigación fue dirigida a averiguar si los medios facilitados por al Universidad a la demandante se usaban para la finalidad por la que se le habían facilitado o por el contrario para un fin particular.

Considera el Gobierno que esta actuación fue necesaria para poder proteger los derechos y libertades de otras personas para conseguir que los medios materiales financiados con fondos públicos puestos al servicio de un empleado de una Universidad no se usen indebidamente o para fines particulares, por cuanto esto supondría un claro perjuicio para la Universidad, ya que los mismos podrían haber sido utilizados para elevar el nivel académico de la Universidad.

Finalmente alegó que, al no existir legislación en vigor sobre este tema en aquellas fechas, la investigación de esos datos tenía cabida legal en la legislación aplicable a las Universidades Públicas y en los Estatutos privados de la Universidad en cuestión.

La Demandante, por su parte, alegó que las actuaciones que había sufrido por parte de la Universidad suponían una clara violación del artículo 8 del Convenio y no aceptó que la interceptación de su correo, internet y teléfono fuese exclusivamente para la supervisión de la buena utilización de los fondos públicos de la Universidad, porque aportaba pruebas suficientes que demostraban que dicha investigación había supuesto una clara intromisión y vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones y de su intimidad tanto personal como familiar.

Apeló a la legislación existente en el momento de presentar la demanda del año 2000 y defendió que la conducta de la Universidad había sido innecesaria y desproporcionada, por cuanto hay medios menos intrusistas para tener conocimiento del uso que un individuo hace de sus comunicaciones. En su opinión había habido un acoso total a su intimidad que iba mas allá de un mero análisis de la utilización adecuado o no de los medios materiales suministrados con fondos públicos. Acoso que le había generado graves trastornos psíquicos y físicos, así como profesionales.

#### 4.3.3. *Las consideraciones del Tribunal*

Examinado el caso, el TEDH reitera que al ser la Universidad pública, es el Gobierno de su Majestad el responsable de hacer cumplir el Convenio de Roma. En el presente caso, considera el Tribunal que existe una clara vulneración del artículo 8, ya que es obligado para todos los Estados firmantes el no interferir en la vida privada y correspondencia de los individuos salvo excepciones debidamente justificadas.

El TEDH observa que las partes discrepan sobre la naturaleza de la investigación y el período de duración de la misma.

Para el TEDH de conformidad con su jurisprudencia las llamadas telefónicas y la correspondencia desde el trabajo también forman parte de la vida privada de una persona y por tanto entran de lleno en la protección que exige el artículo 8 del Convenio. En el caso que nos ocupa, se está hablando de correspondencia telemática que como tal correspondencia debe estar también protegida por dicho precepto. Es mas, añade el TEDH que la obtención legal y legítima de estos datos por parte de la Universidad (por las facturas telefónicas), no exime a dicha Universidad de la obligación de guardar secreto de las comunicaciones, ni le permiten violar la intimidad, tanto personal como familiar de las personas.

A su vez, el almacenamiento de los datos personales referentes a la vida privada de una persona también cae bajo la protección del artículo citado, siendo inaceptable para este Tribunal que dichos datos puedan ser divulgados o utilizados por la Universidad contra la demandante en procedimientos disciplinarios u otros.

El TEDH recuerda al Gobierno del Reino Unido que existe reiterada jurisprudencia en donde se establece que sólo por causas tasadas por ley se permite a las autoridades públicas investigar la vida privada y familiar de una persona, su domicilio y correspondencia. Ley ésta que no sólo debe establecer las causas sino que además debe garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 8 del Convenio. Para garantizar este derecho, la Ley debe ser clara en su formulación y permitir a las personas el saber en que circunstancias y condiciones pueden las autoridades públicas investigar su vida privada sin su consentimiento y sin que suponga violación de su derecho a la intimidad personal y familiar.

El TEDH cree que, si bien es cierto que no existía legislación nacional aplicable al caso en el momento de los hechos, ello no puede entenderse como que hasta el año 2000, las autoridades públicas tenían libertad para interpretar de forma arbitraria la protección del derecho a la intimidad de las personas. No puede por ello tolerar el Gobierno que acciones como la de esta Universidad se lleven a cabo amparándose en una interpretación arbitraria y subjetiva de sus Estatutos.

#### **4.4. Fallo**

El TEDH concluye que ha habido una clara violación del artículo 8 del convenio Europeo de Derechos Humanos.

#### **V. COMENTARIO**

Poco cabe decir sobre las novedades que este caso puede aportar a la jurisprudencia del TEDH, porque es de sobra conocido que se produce una violación de la intimidad personal y familiar de las personas cuando se tiene acceso a sus llamadas telefónicas y su correo sin existir una causa tipificada por ley para ello o sin su consentimiento, aunque sea desde el puesto de trabajo. Sin embargo, por los hechos acaecidos cabe entender que lo sufrido por la demandante no sólo ha sido una flagrante e indebida violación de su derecho a la vida privada y una vulneración del secreto de sus comunicaciones, sino que cabría entender en este caso que la Universidad, a instancias de su Rector, acosó moralmente a la demandante, desarrollando actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, causándole alteraciones psicósomáticas de ansiedad. Cabe recordar que el acoso moral de los trabajadores aun no tiene un perfil muy definido por los Tribunales, a pesar de ser uno de los fenómenos que mayor relación causal tiene con la depresión o ansiedad de los trabajadores. Por esta razón en el caso que nos ocupa la demandante alega daños morales por el abuso de autoridad, razón por la cual el TEDH condena al Gobierno del Reino Unido a pagar una cantidad de dinero por daños morales o no pecuniarios.

# 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 injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral 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 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. Así, no se apreció vulneración del artículo 9 cuando un militar oficial fundamentalista fue apartado del servicio por quebrantamiento

de la disciplina (STEDH *Kalaç c. Turquía*, de 1 de julio de 1997) o cuando un empleado público fue despedido por incumplimiento del contrato al haberse ausentado del trabajo invocando respeto del Sabbath (Konttinen *c. Finlandia*, núm. 24949/94, Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996).

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 claramente 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. Sobre esta cuestión el TEDH también ha destacado que 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 mas que en la medida en que se dirija a asegurar un control ministerial sobre la concurrencia de condiciones formales (STEDH *Manous-sakis 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. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en la Sentencia Alto Consejo Espiritual de la Comunidad Musulmana c. Bulgaria de 16 de diciembre de 2004).

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

Kavaçi c. Turquía.  
71907/01.  
5 de abril de 2007.

##### 4.2. Antecedentes

El 18 de abril de 1999 la demandante fue elegida diputada a la Asamblea Nacional como miembro del Partido de la Virtud (*Fazilet Partisi*). El 2 de mayo, en la sesión constitutiva de la Cámara, la demandante acudió con un foulard islámico. No pudo prestar juramento al tener que abandonar el Pleno por las protestas de una parte de los Diputados.

El 7 de mayo de 1999, la fiscalía presentó ante la Corte Constitucional una demanda para proceder a la disolución de *Fazilet* por entender que este partido era en realidad una continuación del disuelto *Refah Partisi* y, por lo

tanto, un refugio de activistas contrarios al principio de laicismo. A su vez solicita que la Diputada en cuestión sea privada del mandato parlamentario y que le sea prohibido formar parte de cualquier partido como miembro fundador, militante o dirigente durante cinco años.

El 12 de mayo de 1999, el Ministerio de Asuntos Exteriores informa al de Interior de que la demandante había adquirido la nacionalidad americana con fecha 5 de marzo de 1999. Como consecuencia de ello fue privada de su nacionalidad de origen al no haber comunicado a las autoridades turcas la adquisición de la americana. Según los órganos electorales este hecho implicaba la pérdida del mandato parlamentario y así lo entendió también el Consejo de Estado, a pesar de que la demandante recuperó posteriormente su nacionalidad al haber contraído en octubre de 1999 matrimonio con un ciudadano turco y a pesar de entender esta última que la cuestión afectaba a la inmunidad parlamentaria, argumento que el Consejo de Estado no entendió válido al afectar la inmunidad exclusivamente a las causas penales.

Así las cosas, el 14 de marzo de 2001 el Presidente de la Asamblea Nacional informó a la misma de que la demandante había sido privada del mandato parlamentario. El 22 de junio la Corte Constitucional procedió a la disolución de *Fazilet* acogiendo los argumentos del fiscal. El hecho de que el partido se había convertido en un partido contrario al principio de laicismo se desprende de las intervenciones de sus dirigentes que abogan por que el velo se pueda utilizar en escuelas y administraciones públicas, incitando al pueblo a manifestar su descontento contra las autoridades por lo que consideran un atentado a los derechos y libertades. Visto el potencial electoral del partido y las posibilidades de aplicar el modelo que defiende, se considera una amenaza para el orden democrático laico, por lo que su disolución responde a una necesidad social imperiosa. Como sanción accesoria la Corte Constitucional inhabilita a algunos de sus miembros para que durante cinco años formen parte de partido político alguno.

#### 4.3. Fallo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que Turquía ha vulnerado el artículo 3 del Protocolo 1.º.

## V. COMENTARIO

Hemos elegido esta sentencia porque de la lectura de los hechos y de los argumentos de las partes todo hacía pensar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se iba a pronunciar por fin con carácter general sobre el espinoso asunto del velo. En efecto, la demandante, esgrimía el artículo 6 y el artículo 9 y la calificación de los hechos bajo este prisma no carecía de fundamento. Hemos visto que ya en la sesión constitutiva no pudo proceder al juramento por llevar el *foulard* y que su partido fue en gran medida disuelto

por el mismo argumento. El llevar y defender que el *foulard* se lleve en escuelas y administraciones públicas atenta al principio de laicismo, pero lo primero es a su vez una manifestación religiosa, un signo externo de una determinada creencia. ¿Acaso no está implicado el artículo 9? El Tribunal ha sido extraordinariamente hábil eludiendo un pronunciamiento directo sobre el tema. Claramente ha preferido aferrarse a otra calificación que no había sido esgrimida por las partes, la de considerar que se trata de una cuestión que cae bajo la órbita del artículo 3 del Protocolo 1.º, según el cual «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». No nos corresponde analizar aquí este precepto, pero si señaláremos que mientras que el Tribunal no duda de que la medida estuviera dirigida a mantener un principio capital de la democracia turca cual es el de laicismo, considera no obstante que la medida no es proporcional y por lo tanto la considera contraria al referido precepto. Concluimos lamentando que el Tribunal no se haya pronunciado sobre el asunto desde la perspectiva del artículo 9 del Convenio.

# Libertad de expresión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos.—2.2. Constitución Española.—2.3. Constitución Europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Alcance.—3.2. Colisión con el derecho a la intimidad.—3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo.—3.4. Colisión con la Administración de Justicia.—3.5. Colisión con las «expresiones de odio».—3.6. Marco institucional de los medios de comunicación.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Los hechos.—4.3. Fundamentos de Derecho.—4.4. Fallo.—4.5. Votos particulares.—V. COMENTARIO.

## I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de expresión.

## II. REFERENCIAS NORMATIVAS

### 2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

#### *Artículo 10*

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 pre-

vención 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.
4. Estas libertades tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

## **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, vuelven 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 a 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 *Tele 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

Vereinigung Bildender Künstler v. Austria.  
Demanda núm. 68534/01.  
25 de enero de 2007.

### 4.2. Los hechos

La demandante (*Vereinigung Bildender Künstler Wiener Secession*) es una asociación artística, con sede en Viena, que, con ocasión de su centenario, en junio de 1998, celebró una exposición en la que se incluía una obra del pin-

tor Otto Mühl, titulada *Apocalypse*, que representaba, en forma de *collage* y en posiciones sexuales explícitas y tenidas por obscenas, a diversos personajes, básicamente políticos del FPÖ y religiosos: Jörg Haider, un Cardenal austríaco, la Madre Teresa de Calcuta, etc. En el cuadro, podía identificarse a los mismos porque sus rostros aparecían representados por fotografías tomadas de recortes de prensa, cubiertas con barras negras a la altura de los ojos, mientras que sus cuerpos desnudos figuraban pintados.

En la obra, una de las personas retratadas era precisamente un Diputado del FPÖ, el Sr. Meischberger. Al abrirse la exposición, la obra sufrió un ataque por parte de un visitante, que cubrió con pintura roja parte de la misma, en concreto aquella en la que aparecía el cuerpo y parte de la cara del Sr. Meischberger. La noticia dio aún mayor relevancia pública a la exposición y a la presencia de *Apocalypse* en ella, lo que llevó al Sr. Meischberger a interponer una demanda contra la asociación artística, fundada en el artículo 78 de la Ley austríaca de Propiedad Intelectual, en la que solicitaba la prohibición de la exposición y de la publicidad de la pintura, además de una indemnización.

Los Tribunales austríacos efectuaron pronunciamientos en diverso sentido, según las instancias por las que el asunto fue pasando en los sucesivos recursos:

— El Tribunal Mercantil de Viena desestimó la demanda con fecha 6 de agosto de 1999; admitiendo que el cuadro había perjudicado al demandante, señaló que el mismo no representaba la realidad, si bien podía tener un efecto denigrante para su persona. No obstante, a la hora de ponderar los derechos e intereses en juego, este Tribunal da primacía a la libertad de expresión artística, añadiendo que en la exposición había muchos otros cuadros y que *Apocaypse* representaba a muchas otras personas; y enfatizando que la obra podía ser una suerte de *contraataque* del autor contra el FPÖ, que siempre le había criticado duramente.

— El Tribunal de Apelación de Viena, por el contrario, dio la razón al Sr. Meischberger y prohibió que el cuadro volviera a exhibirse en público, además de autorizar que el fallo fuera divulgado en dos periódicos austríacos y ordenar que se abonasen al Diputado una indemnización y las costas. La discusión se centra en si la pintura roja que cubría la parte relevante, y por tanto litigiosa, de *Apocalypse*, eliminaba el daño hecho a la reputación del Sr. Meischberger o, como afirma el Tribunal de Apelación, dejaba ver todavía parte de su rostro y su cabeza, haciéndole reconocible.

Para este Tribunal, el cuadro estaba lejos de poder considerarse una parábola o sátira, o incluso una crítica exagerada sobre la conducta sexual del Sr. Meischberger, no haciéndose acreedora de la protección dispensada por el artículo 10 del CEDH por cuanto que constituía una degradación de su reputación e imagen pública, quedando fuera del ámbito de libertad garantizado por el artículo 17.a) de la Constitución austríaca. A ello añadía el Tribunal el *riesgo de repetición*, pues la asociación demandada tenía planeado llevar su exposición por otros países europeos.

— El Tribunal Supremo, con fecha 18 de julio de 2000, desestimó el recurso presentado por *Vereinigung Bildender Künstler*, confirmando los argumentos de la instancia inferior y reiterando que los derechos del Sr. Meischberger prevalecían en este caso, al haber sido ejercida la libertad de expresión artística en forma insultante y degradante para su persona.

### 4.3. Fundamentos de Derecho

La asociación artística vienesa, una vez agotadas las instancias en Austria, formuló demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando violación del artículo 10 del CEDH.

— En primer lugar, el Gobierno de la República de Austria argumentó que los requerimientos de los Tribunales de su Estado no constituían una interferencia en los derechos de *Vereinigung Bildender Künstler* en el sentido del artículo 10 del CEDH, alegando que el precepto no protege la libertad de expresión artística sino para contribuir a la formación de la discusión pública sobre asuntos políticos o culturales, finalidad a la que no respondía *Apocalypse*.

Por ello, el Gobierno alegó que la limitación del derecho había sido lícita y proporcionada, dada la publicidad alcanzada por la exposición y por el propio cuadro como consecuencia del daño parcial que se le había causado con la pintura roja, lo que había aumentado su difusión, así como la de la forma en que el Sr. Meischberger había sido retratado. Ello habría convertido en prevalentes sus intereses sobre los de la asociación responsable de la exposición, deviniendo irrelevante el que se tratase de una persona de relevancia pública, pues no podía considerarse que el cuadro contribuyese a un debate de interés general sobre las capacidades públicas del Diputado afectado.

Con todo, el Gobierno admite que, en el momento de la resolución judicial que restringía los derechos de la asociación, la muestra ya había sido clausurada y no existía intención de exponer el cuadro fuera de Austria, agregando que la prohibición de su exhibición afectaba sólo a la asociación y no al autor de la obra y a su *manager*. Por todo lo anterior, el Gobierno austríaco se reafirmó en la proporcionalidad de la limitación de la libertad de expresión sobre la base del artículo 10.2 del CEDH, si bien invocando no sólo la reputación y los «derechos de los demás», sino también la «protección de la moral», límite éste que no aparecía en el relato de hechos proveniente de la sustanciación de la demanda ante los Tribunales austríacos.

— La asociación *Vereinigung Bildender Künstler* arguyó que la exposición pública del cuadro sí contribuía a ese debate y, por tanto, estaba protegida por el artículo 10 del CEDH. Asimismo, contestó a los argumentos del Gobierno subrayando la irrelevancia de la «protección de la moral» como límite en este caso, siendo así que los Tribunales austríacos habían basado sus decisiones exclusivamente en los «intereses personales prevalentes» del Sr. Meischberger.

Sin embargo, éste tampoco podía invocar tal límite, ya que el cuadro le representaba de una forma alegórica entre otras muchas personas, entre ellas el propio pintor y algunos de sus amigos y mecenas, siendo la intención del artista plasmar su concepción de la relación entre poder y sexualidad. A ello añadía la asociación ahora demandante que, como consecuencia de la pintura roja que había dañado el cuadro, el Sr. Meischberger había quedado irrecognocible en él; el que el Diputado demandara a *Vereinigung Bildender Künstler* sólo después de haberse producido ese incidente demuestra, a juicio de la asociación, que más que proteger sus intereses personales, el Sr. Meischberger perseguía únicamente desacreditar la obra de Otto Mühl.

Por último, la asociación señalaba que las resoluciones de los Tribunales austríacos no le concernían sólo a ella, sino también al pintor y a cualquier tercero que quisiese exponer su cuadro, siendo las mismas equivalentes a una «supresión del cuadro de la memoria colectiva».

— El TEDH, en la fundamentación jurídica de su fallo, reitera que la libertad de expresión, tal como está garantizada por el ap. 1 del artículo 10 del CEDH, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, así como una de las condiciones básicas de su progreso y de la autorrealización del individuo. Conforme a su ap. 2, no sólo es aplicable a la «información» o a las «ideas» que son favorablemente recibidas o tenidas por inofensivas, sino también a aquéllas susceptibles de ofender, indignar o molestar al Estado o a un sector de la población, como corresponde a las exigencias de pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las cuales no hay «sociedad democrática».

La obra de los artistas, prosigue el Tribunal, puede ser objeto de las restricciones señaladas en dicho ap. 2: el ejercicio de su libertad de expresión comporta la asunción de «deberes y responsabilidades», cuyo alcance dependerá de su situación y de los medios que empleen (STEDH de 24 de mayo de 1988, *Muller y otros contra Suiza*). Así, el precepto de la legislación nacional austríaca en el que los Tribunales de este Estado basaron sus decisiones habilita un remedio en defensa de los «intereses legítimos» de una persona, eventualmente violados, en este supuesto, por la publicidad del retrato, al quedar de esa forma denigrada en su reputación e imagen pública.

Sin embargo, y he aquí lo nuclear de su fundamentación, el Tribunal rechaza la validez de la invocación relativa a la «protección de la moral» por parte de las autoridades austríacas, centrandó la cuestión al afirmar que el objetivo de la limitación operada por las mismas no era otro que la protección de los «derechos individuales» del Sr. Meischberger. Aquí el Tribunal acoge el argumento de la asociación artística al señalar que, pese a lo escandaloso de los retratos contenidos en el cuadro, éstos no guardaban relación alguna con la realidad, dado su carácter «caricaturesco» y «satírico», siendo de notar que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social respecto de la cual cualquier injerencia en los derechos del artista debe ser cuidadosamente examinada.

Pues bien, en el presente caso, el Tribunal considera que el cuadro *Apocalypse* difícilmente podía revelar detalles de la vida privada del Sr. Meischberger, sino que más bien se refería a su condición de político del FPÖ, de manera que, como tal, el parlamentario estaba obligado a tener un grado superior de tolerancia respecto de la crítica (STEDH de 8 de julio de 1986, *Lingens contra Austria*), en este caso envuelta en la sátira pictórica, la cual, tal como había afirmado el Tribunal Mercantil de Viena en primera instancia, implicaba una suerte de *contraataque* dirigido hacia el FPÖ, por las críticas que éste siempre había realizado a la obra de Otto Mühl. A mayor abundamiento, el Sr. Meischberger ni siquiera era el más conocido de los 33 retratados en *Apocalypse*; y, en cuanto al polémico aspecto de la pintura roja, el Tribunal acepta igualmente la alegación de *Vereinigung Bildender Künstler*, en el sentido de que la misma había cubierto la parte de la obra que le representaba.

Por último, se hace notar que el mandato prohibitivo de los Tribunales austríacos dejaba a la asociación artística sin posibilidad de exponer el cuadro, con independencia de que el Sr. Meischberger fuera o no conocido en el tiempo y lugar en que el mismo pudiera haber sido exhibido, dada la ausencia de limitación espacial y temporal de aquél.

#### 4.4. Fallo

En consonancia con todo lo anterior, habiendo ponderado los intereses personales del Sr. Meischberger y la naturaleza artística y satírica de su retrato, el TEDH falla que la medida adoptada por los Tribunales austríacos era desproporcionada con respecto a la finalidad que perseguía, y, por lo tanto, no necesaria en una sociedad democrática en el sentido del artículo 10.2 del CEDH, declarando violado el artículo 10 del mismo.

Por todo ello, resuelve que la declaración de dicha violación constituye, por sí misma, una satisfacción justa para el daño no pecuniario inferido a la asociación demandante; y condena al Estado demandado a abonar a ésta las siguientes cantidades: 12.286,74 euros por daño pecuniario, y 15.590,16 euros por costas y gastos, desestimando el resto de las peticiones que había realizado la asociación para una satisfacción justa de sus pretensiones.

#### 4.5. Votos particulares

Como quiera que el fallo se alcanza por cuatro votos a tres, los Jueces disidentes suscriben dos votos particulares en los que nos detendremos brevemente:

— El Juez LOUCAIDES niega que la imagen que aparece en el cuadro pudiera ser enjuiciada por su intención o propósito satírico, esto es, por lo que el artista pretendía expresar, señalando que lo decisivo debería haber sido su efecto en el espectador, quien lo tiene que percibir como tal, esto es, como

una forma de ataque significativo o crítica referida a un problema particular o a la conducta de una persona. Este Juez rechaza que el cuadro *Apocalypse* pueda reputarse «artístico» o «satírico», subrayando que carece de mensaje alguno y calificando las imágenes en él contenidas de groseras, vulgares, grotescas, repulsivas y, en algún caso, violentas, y siendo su único efecto, en el observador, la degradación, injuria y ridiculización de los personajes retratados, por lo que la obra no debería gozar de la protección propia de la libertad de expresión, de la misma forma que ésta no ampara el derecho al insulto. A ello añade que, pese a la pintura arrojada contra la parte del cuadro que retrataba al Sr. Meischberger, si bien su cuerpo ya no resultaba visible, sí lo era parte de su cabeza, lo que hacía posible, por tanto, su identificación.

La obra, concluye este Juez, tenía por finalidad «socavar la reputación y la dignidad de los demás», y en concreto la del Sr. Meischberger, por lo que la medida impugnada, a su entender, sí era necesaria en una sociedad democrática para la protección de esa reputación y de los derechos de los demás.

— Por su parte, los Jueces SPIELMANN y JEBENS parten de que el Tribunal, al menos, había aceptado que la prohibición de exponer el cuadro estaba establecida por la ley y perseguía la finalidad legítima de «proteger los derechos de los demás», mostrándose disconformes con que la injerencia en los derechos del artista y de la demandante hubiese sido desproporcionada con respecto a ese objetivo. Están en desacuerdo con la conclusión alcanzada por el Tribunal, señalando que donde la «protección de los derechos de los demás» está en juego, la libertad artística no puede ser ilimitada.

Para justificar su posición, estos Jueces se valen de la propia jurisprudencia del TEDH, partiendo de que, si bien el fallo se ha basado en la doctrina sentada en la Sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handyside contra el Reino Unido*, en el presente caso, incluso si se tratase de una manifestación de lo que en nuestros días se conoce como «arte comprometido», ello no merece un amparo incondicionado por el artículo 10 del CEDH precisamente porque interfiere excesivamente en los derechos de los demás.

La naturaleza «excesiva» del retrato trae causa de su ataque a la «dignidad de los demás», que según estos Jueces está cubierta por la protección de los «derechos de los demás», siendo la dignidad el valor fundamental y esencial de la Convención, en el que se basan los derechos humanos en ella reconocidos, y que va indisolublemente unido al principio de universalidad, que se predica de los mismos. Para apoyar sus afirmaciones, los Jueces discrepantes citan tanto el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y los Pactos de Naciones Unidas de 1966, como Constituciones nacionales, el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE o jurisprudencia del TJCE, además de la ciertamente abundante del propio TEDH.

En opinión de estos Jueces, el debate, desde aquí, debe centrarse no en el concepto abstracto de dignidad humana, sino en el concreto de «dignidad personal fundamental de los demás», aplicado, en el sentido que señalan, por el *Bundesverfassungsgericht* alemán, interpretando la Ley Fundamental de Bonn

en el sentido de que, allí donde existe un conflicto con la dignidad humana, la libertad artística debe ceder ante los «derechos de la personalidad», sin que la sátira política pueda ser protegida cuando únicamente da lugar a un discurso injurioso dirigido contra un individuo, con independencia de la intención satírica o paródica perseguida por el autor. Así pues, estos Jueces, a diferencia de su otro colega disidente de la mayoría, sí confieren relevancia a los propósitos del artista tomando la dignidad como punto de partida, no tanto a la visión del espectador u observador.

Por último, a todo lo anterior se añade que el hecho de que la fotografía del Sr. Meischberger estuviera incluida como parte del cuadro sin su consentimiento es, en sí mismo, problemática en los términos del CEDH. Se reprocha al Tribunal que no haya tenido en cuenta el derecho a la vida privada, tal como lo reconoce el artículo 8: citando nuevamente jurisprudencia del propio Tribunal, concluyen que tal precepto sería aplicable sobre la base de que la persona afectada no ha tenido una oportunidad prioritaria de autorizar la reproducción de su imagen.

## V. COMENTARIO

Partiendo de que la invocación de la «protección de la moral», como limitación expresa de la libertad de expresión *ex* artículo 10.2 del CEDH, no resulta aplicable al caso que nos ocupa, como acertadamente señala el Tribunal, pues la misma no fue empleada por la jurisdicción nacional austríaca y, por lo tanto, su alegación por el Estado demandado resulta improcedente, la cuestión se centra en la condición pública o privada del retratado.

Así, en la Sentencia y en sus Votos Particulares pueden distinguirse las dos concepciones desde la que puede abordarse la ponderación de derechos con la que puede resolverse la colisión entre los mismos.

De un lado, si se acepta, como hace el Tribunal, que el Diputado Sr. Meischberger, por su cualidad de tal, tenía la obligación de soportar un grado de injerencia en sus derechos que, en cualquier caso, supera al de un «ciudadano particular», la utilización de su imagen con una finalidad crítica o satírica, aun siendo en la forma exagerada en que lo hacía la obra *Apocalypse*, debe reputarse admisible. Con todo, se echa muy en falta el que la fundamentación jurídica de la Sentencia haga tanto acopio de jurisprudencia del propio TEDH, para justificar tal posición, como hace el segundo de los Votos Particulares, lo que deja a sus argumentos, al menos, un tanto huérfanos de ese apoyo jurisprudencial. Existe una línea del propio Tribunal que justifica la intromisión en la imagen de los políticos por su condición de tales, por lo que este caso podría considerarse continuador de la misma sólo parcialmente. Para que lo fuese totalmente se haría necesaria acaso la cita expresa de esa jurisprudencia, integrada por resoluciones como las Ss. TEDH de 28 de mayo de 1991, *Oberschlick (1) contra Austria*; de 1 de julio de 1997, *Oberschlick (2) contra Austria*; de 28 de septiembre de 2000, *Lopes Gomes da Silva contra Portugal*, o de 26 de febrero de 2002, *Krone Verlag con-*

tra Austria, en una serie encabezada por la conocida STEDH de 8 de julio de 1986, *Lingens contra Austria*.

Da más bien la impresión de que el Tribunal, de modo solapado, acude a la doctrina de las «libertades preferentes», que minimiza las injerencias que puede sufrir la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, adquiriendo de ese modo prevalencia sobre los derechos de aquél a quien se dirige, en este caso, la crítica ridiculizante.

Por otro lado, si se hace abstracción de la condición de parlamentario del Sr. Meischberger, cobran relevancia sus derechos individuales, cuya operatividad no se diferenciaría, así, de la que tienen los de un ciudadano desconocido por la opinión pública. Es aquí donde la forma de protección del afectado hallaría diversos cobijos, ninguno de los cuales es apreciado por el Tribunal, aunque hemos visto, en las Sentencias de los Tribunales austríacos, en sus alegaciones o en los Votos Particulares, que existiría sustentación suficiente para cualquier vía argumentativa en su defensa: intereses o derechos del afectado; derechos de los demás; dignidad de la persona con su derivación en la categoría jurídico-civil de los derechos de la personalidad; y, como ya se ha descartado, protección de la moral pública como límite específico.

Llama la atención el que la Sentencia pueda comportar, al menos, un abandono de la doctrina que vemos expresamente citada en dichos Votos, toda vez que es mucho más rica la cita jurisprudencial que los acompaña que la que emplea la mayoría del Tribunal a la hora de resolver.

# 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.—3.2. Titulares.—3.3. Sujetos pasivos.—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).

La adaptación de una injerencia estatal al artículo 11 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 la ley, la norma ha de ser clara y previsible (STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979). La finalidad legítima se cumple cuando se quiere proteger la seguridad nacional y los derechos y libertades de los ciudadanos. Tratándose de partidos políticos, la necesidad de la medida en una sociedad democrática es reconducible a la existencia de una necesidad social imperiosa para cuya constatación 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, y *c)* si dichos actos y discursos atribuibles al partido reflejan de manera nítida la imagen de una sociedad no democrática.

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 estatus 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).

### 3.2. Titulares

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

### 3.3. Sujetos pasivos

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

## IV. SENTENCIA ANALIZADA

### 4.1. Título e identificación oficial

Gran Oriente de Italia del Palacio Giustiniani c. Italia (núm. 2).  
26740/02.  
31 de mayo de 2007.

### 4.2. Antecedentes

La presente demanda tiene por objeto la declaración como contraria al Convenio de la Ley regional núm. 1 de 15 de febrero de 2000 de la Región Autónoma Friuli Venezia Giulia, que entre otras cuestiones fija las reglas a seguir para el nombramiento de determinados cargos públicos de la región. Concretamente el artículo 55 de la misma exige a los candidatos declarar su pertenencia a asociaciones masónicas o de carácter secreto.

De una nota del Consejo Regional de 15 de septiembre de 2005 que de 237 candidatos uno de ellos declaró pertenecer a una logia masónica y fue nombrado miembro del Consejo de Administración de una sociedad con participación del Gobierno regional.

### 4.3. Fallo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que concurre una violación de los artículos 14 y 11 del Convenio interpretados conjuntamente.

## V. COMENTARIO

Estamos ante una sentencia esencialmente continuista con la jurisprudencia previa. De la misma cabe destacar no obstante las dos soluciones a las que se puede llegar sobre un mismo caso según se analice éste a la luz de un precepto aislado —en este caso el art. 11— o combinando dos preceptos, el artículo 11 y el artículo 14. Efectivamente, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que de haberse analizado el caso a la luz exclusivamente del artículo 11 se podría haber acogido la tesis del Gobierno italiano según la cual el artículo 55 cuestionado no supone la exclusión de los pertenecientes a una lógica masónica, sino que simplemente impone la

declaración de pertenencia a una de ellas por si el Gobierno, en combinación con otras circunstancias y en ejercicio de su potestad discrecional de nombramiento considerase que aquella puede aconsejar descartar el nombramiento. Como prueba de que no se trata de ningún prejuicio, se invoca el nombramiento de un candidato tal y como exponíamos en los antecedentes.

Ahora bien, la conclusión cambia notablemente cuando el caso se analiza también a la perspectiva del artículo 14, —prohibición de discriminación—, en combinación con el artículo 11. En primer lugar, porque el requisito de la declaración se impone a los integrantes de logias masónicas o asociaciones secretas, pero no a otro tipo de asociaciones que pueden entrañar más riesgo para el interés general, como, por ejemplo, las xenófobas. No hay, por lo tanto, justificación razonable y objetiva que justifique la diferencia de trato entre un tipo de asociación y otra y por lo tanto el Tribunal constata una violación de los artículos 11 y 14 considerados conjuntamente.

# 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.

## 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

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 (*STEDH Johnston contra Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986), quedando el legislador nacional en libertad de introducirlo o no. En esta Sentencia el Tribunal aclara que las obligaciones positivas que se derivan del artículo 12 del Convenio para garantizar el derecho a fundar una familia, deben de ser exigidas a los Estados firmantes en los términos de los recursos disponibles y de las prioridades marcadas por las propias autoridades nacionales, sin que quepa imponer obligaciones y prestaciones imposibles o desproporcionadas.

# 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

recogidos 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

Debelianovi c. Bulgaria.  
61951/00.  
29 de marzo de 2007.

##### 4.2. Antecedentes

Los demandantes son los hermanos Debelianov. El 18 de octubre de 1947, el padre de los mismos adquiere una mansión situada en Koprivhtitsa, mansión que es expropiada en 1953, siendo transformada en museo en 1956 y considerada como el monumento histórico y etnográfico más importante de la localidad. En 1992, con posterioridad a la entrada en vigor de una ley que preveía la restitución de determinados bienes expropiados, los demandantes interpusieron una demanda de anulación de la expropiación. Los tribunales consideraron que esta no procedía al haberse destinado la mansión al uso previsto, es decir, consideraron que no estábamos ante un supuesto en el que procediera la reversión. El 30 de marzo de 1994, el Tribunal Supremo anula este fallo ordenando la restitución del bien litigioso por entender que sí que se dan las condiciones previstas en la ley para la restitución, toda vez que el bien conserva las condiciones que tenía en el momento de la expropiación.

El 8 de junio de 1994, la Asamblea Nacional instauro por ley una moratoria de las leyes de restitución para aquellos bienes considerados monumento nacional o de carácter cultural. Esta moratoria llegaría a su fin cuando se adoptara una nueva ley sobre monumentos culturales. Estos son los hechos que nos interesan desde la perspectiva del artículo 13, pero continúa el litigio con las autoridades locales hasta llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 1 del Protocolo 1.º (Protección de la propiedad) y del artículo 13 que ahora nos ocupa.

##### 4.3. Fallo

El Tribunal considera que se ha vulnerado el artículo 1 del Protocolo 1.º, pero desestima el recurso en cuanto a la violación del artículo 13.

## V. COMENTARIO

No estamos ante una sentencia novedosa desde la perspectiva del contenido, pero trata del tema importante de los recursos internos contra las leyes. La cuestión que se plantea es si la inexistencia de un recurso interno contra una ley vulnera el artículo 13 del Convenio. Evidentemente, la respuesta necesariamente tiene que ser negativa. El Tribunal es muy tajante en esto considerando que la protección del artículo 13 no se extiende a la necesaria existencia de un recurso interno contra la ley. Es tan tajante que ni siquiera entra a considerar si el demandante podía haber recurrido contra el acto de aplicación de la misma, que como señaló el Gobierno búlgaro, podía haberlo hecho. Por lo tanto, conclusión tajante, inadmisión por aplicación del artículo 35.3 del Convenio: «El Tribunal considerará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva».

# Prohibición de discriminación

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos.—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

Prohibición de discriminación.

## II. REFERENCIAS NORMATIVAS

### 2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

#### *Artículo 14*

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

### 2.2. Constitución Española

#### *Artículo 14*

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

### 2.3. Constitución Europea

#### *Artículo II-20*

Todas las personas son iguales ante la ley.

#### *Artículo II-21*

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

### III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El hecho de que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos la prohibición de discriminación no opere en cualesquiera relaciones jurídicas, sino únicamente respecto del goce de los derechos reconocidos en el propio Convenio, no implica que el artículo 14 no pueda ser vulnerado de forma autónoma; aunque bien es cierto que su eficacia se manifestará, en gran medida, al analizar la violación alegada de los otros derechos desde una eventual perspectiva de discriminación en el goce de los mismos. Un supuesto de vulneración autónoma se afirmó por el Tribunal en su Sentencia de 23 de julio de 1968, en el *Caso Lingüístico Belga*, al precisar que si bien en el ámbito del Convenio, la libertad de enseñanza no comprende el derecho a crear centros educativos, una norma que permita sólo la creación de aquellos que sean de un determinado tipo puede vulnerar el artículo 14 CEDH.

Respecto a la admisión de determinadas medidas divergentes, el Tribunal ha establecido que el establecimiento de diferenciaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión ha de superar un muy estricto juicio de razonabilidad, requiriendo su justificación un interés público inaplazable y no tan sólo legítimo (Ss. TEDH *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, y *Willis contra Reino Unido*, de 11 de junio de 2002).

## IV. SENTENCIA ANALIZADA

### 4.1. Título e identificación oficial

Baczkowski y otros v. Polonia.  
Demanda núm. 1543/06.  
3 de mayo de 2007.

### 4.2. Los hechos

Los demandantes son un grupo de individuos y la Fundación para la Igualdad; habían organizado, en el marco de las Jornadas de la Igualdad, una manifestación en Varsovia, prevista para el 11 de junio de 2005, con la finalidad de alertar a la opinión pública acerca de la discriminación contra ciertas minorías sexuales, nacionales, étnicas y religiosas, así como contra las mujeres y los discapacitados. El 3 de junio, una vez presentada la solicitud a las autoridades municipales, el Oficial de Tráfico, en nombre del Alcalde de Varsovia, denegó el permiso para la marcha, basándose en que los organizadores no habían presentado un «plan de organización del tráfico», tal como dispone el artículo 65 de la Ley de Tráfico Vial.

Además, ese mismo día los ahora demandantes informaron al Alcalde sobre las concentraciones que tenían previsto celebrar el 12 de junio en siete plazas de Varsovia, cuatro de ellas en protesta por la discriminación contra tales minorías y en apoyo de grupos y organizaciones que la combaten y las otras tres para protestar contra la discriminación contra la mujer.

El 9 de junio, el Alcalde prohibió seis de estas concentraciones (de un total de ocho; aquí el relato fáctico de la Sentencia es un tanto confuso), con el argumento de que las reuniones regidas por la Ley de 1990 tenían que celebrarse lejos de vías utilizadas para el tráfico rodado, siendo así que, como quiera que los organizadores pretendían utilizar vehículos con oradores a bordo, no habían indicado dónde y cómo aparcarían los mismos durante las concentraciones para no perturbar el tráfico, ni cómo se organizaría el movimiento de personas y de esos vehículos entre los emplazamientos de esas reuniones o concentraciones. Por otra parte, al haberse presentado otras solicitudes para el mismo día, con una finalidad y contenido contrarios a las ideas e intenciones de los demandantes, debía denegarse la autorización de aquéllas para evitar que se produjeran incidentes violentos entre los participantes de las respectivas manifestaciones.

Finalmente, se permitió la celebración de las tres concentraciones relativas a la discriminación contra la mujer (con lo que las no autorizadas habrían ascendido, por tanto, a cuatro, pero el relato de hechos sigue insistiendo en que eran seis de un total de ocho); así como de las seis manifestaciones contrarias, cuyos lemas, entre otros, eran favorables a condenas penales más severas para los pedófilos, y contrarios a leyes sobre parejas de hecho y adopción por homosexuales. Estas nueve fueron las que, en definitiva, tuvieron lugar el 12 de junio.

La manifestación itinerante se celebró el 11 de junio, a pesar de la decisión adoptada el 3, siguiendo el itinerario originariamente previsto en la solicitud presentada el 12 de mayo, que discurría por el centro de Varsovia.

En cuanto a esta manifestación, el 28 de junio la Fundación demandante presentó apelación ante la Junta de Gobierno Local, que estimó tal recurso con fecha 22 de agosto, señalando que, dadas las disposiciones aplicables del procedimiento administrativo, no se había respetado el derecho del demandante de tener una oportunidad de participar efectivamente en el mismo, ya que no se le había informado de este derecho procedimental, en relación con el acceso a su expediente. En concreto, no se le había informado, por parte de las autoridades, de su obligación de presentar el «plan de organización del tráfico», por lo que la resolución denegatoria carecía de fundamento legal.

En lo que concierne a las concentraciones no itinerantes, el 10 de junio los demandantes recurrieron en apelación al Gobernador de Mazowsze, contra las resoluciones del Alcalde, arguyendo no sólo razones similares a las del anterior recurso (vulneración de la libertad de reunión, en el otro caso alegándose razones ideológicas incompatibles con los principios de la democracia), sino otras, como que difícilmente podía aportarse un documento sobre el itinerario previsto cuando se trataba de reuniones «estacionarias», sin que la organización fuera responsable del movimiento de personas entre las plazas donde habían de celebrarse.

Pues bien, el 17 de junio el Gobernador revocó las resoluciones recurridas, con varios argumentos: así, el Alcalde había informado de sus decisiones a los medios de comunicación antes que a los demandantes; y, sobre todo, la afirmación de la garantía de la libertad de reunión, en la Constitución y en la Ley de 1990, limitándose la obligación del Estado a asegurar su desarrollo pacífico y sin que el Derecho aplicable implicase un sistema de autorización para su ejercicio. En el presente supuesto, la aplicación de la Ley de Tráfico Vial carecía de base jurídica en relación con la Ley de Reuniones de 1990, amén de la falta de proporcionalidad que implicaba la prohibición de las concentraciones. A mayor abundamiento, no podía compartirse que existiese una amenaza de violencia entre las manifestaciones y contramanifestaciones organizadas, pues habría supuesto tanto como aceptar que la Administración asumía las intenciones de quienes clara y deliberadamente se proponían alterar el orden público, siendo obligación de los poderes públicos proteger el ejercicio de la libertad de expresión garantizada por la Ley de Reuniones. Al igual que sucedía en el otro recurso, la autoridad que resuelve la apelación se limitó a estos pronunciamientos, ya que, al haber transcurrido ya las fechas de las manifestaciones, el procedimiento de recurso quedaba desprovisto de contenido.

Un elemento que será de la máxima relevancia en la Sentencia del TEDH es la transcripción de la entrevista al Alcalde de Varsovia, publicada en la «*Gazeta Wyborcza*» el 20 de mayo de 2005, en la que, entre otras declaraciones, efectuaba las siguientes: «no habrá propaganda pública de la homosexualidad», «no les prohibiré manifestarse si quieren hacerlo como ciudadanos, no

como homosexuales», «no se me persuadirá de dar mi autorización para una manifestación así», o «en mi opinión, la propaganda de la homosexualidad no equivale a ejercer la libertad de reunión».

Otro argumento ciertamente decisivo es la Sentencia del Tribunal Constitucional polaco, de 18 de enero de 2006, en la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Tráfico Vial, en relación con los requisitos impuestos a los organizadores de actos públicos en la medida en que incidiesen en la libertad de reunión. Partiendo de que su ejercicio, en la Constitución y en la Ley de 1990, no exige ninguna licencia o permiso, el Tribunal observa que la Ley de Tráfico Vial había incorporado varios requisitos administrativos que venían a reemplazar el sistema de registro por uno basado en la autorización, equiparando a las reuniones y manifestaciones, reguladas por la Ley de 1990, con eventos de carácter comercial o deportivo, lo que devenía incompatible con la posición especial que la libertad de expresión ocupa en una sociedad democrática, haciendo inútil el lugar que aquéllas ocupan en el sistema constitucional. La falta de proporcionalidad de estas restricciones de la libertad de reunión lleva al Tribunal Constitucional a declarar el artículo 65 de la Ley de Tráfico Vial incompatible con la Constitución en la medida en que se aplicase a las reuniones y manifestaciones.

### 4.3. Fundamentos de Derecho

— En primer lugar, el Gobierno de la República de Polonia formula una serie de objeciones preliminares sobre si los demandantes ante el TEDH reunían o no la condición de víctimas de una violación del CEDH en el sentido de su artículo 34, así como sobre el agotamiento de la vía interna antes de acudir a esta jurisdicción. No nos detendremos en ellas por no concernir al derecho aquí examinado; el Tribunal, en ambos casos, se remite, para resolver sobre la admisibilidad de la demanda, a los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, lo que supone afirmar implícitamente su admisión.

— En cuanto a la vulneración alegada del artículo 11 del CEDH, el Gobierno polaco niega que haya existido interferencia en los derechos garantizados en el mismo, reiterando, en buena medida, argumentos ya dados con anterioridad.

Por su parte, los demandantes se quejan de que sí ha existido violación de su derecho de reunión pacífica, por la forma en que las autoridades nacionales habían aplicado a su caso el Derecho doméstico relevante; las Leyes imponían a los organizadores requisitos que debían restringirse a un mínimo razonable y de carácter técnico, pudiendo las autoridades prohibir las manifestaciones sólo cuando su propósito contraviniese las disposiciones de la legislación penal o supusiese peligro para la vida o la integridad física de las personas o sus propiedades.

Las condiciones impuestas basándose en la clasificación de la reunión como «evento» a tenor de la Ley de Tráfico Vial excedían con mucho tales

previsiones y carecían de precisión. Por ello, las resoluciones denegatorias del Alcalde carecían de justificación; las solicitudes cumplían con los escasos requisitos establecidos por la Ley de Reuniones, y las autoridades nunca habían exigido el «plan de organización del tráfico» antes de la prohibición, siendo así que las reuniones tenían objetivos lícitos y no había fundamento que pudiera justificar la misma.

El Tribunal reitera su doctrina según la cual no ya es que la democracia sea el rasgo esencial del orden público europeo, sino que la Convención tiene por designio promover y mantener los ideales y valores de una sociedad democrática, añadiendo, que, en virtud del ap. 2 del artículo 11, así como de los artículos 8 a 10 del CEDH, el único elemento capaz de justificar una injerencia en cualquiera de los derechos reconocidos en los mismos es aquél que provenga de las exigencias de una «sociedad democrática». De entre los signos distintivos de lo que sea ésta, el Tribunal ha atribuido particular importancia al pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, destacando que debe procurarse un trato adecuado a las minorías, evitando abusos de las posiciones dominantes de las mayorías. Igualmente, se resalta que las libertades de reunión y asociación no sólo tienen una dimensión negativa, sino que el Estado tiene obligaciones positivas para asegurar su disfrute efectivo, en especial por personas que sostienen puntos de vista no extendidos o pertenecientes a minorías, porque éstas son más susceptibles de victimización.

Pasando a este caso concreto, el Tribunal constata que las negativas administrativas a la autorización pudieron desanimar la participación en las reuniones y concentraciones, al carecer éstas de presunción de legalidad, característica ésta esencial para un ejercicio no restringido de aquellas libertades, de suerte que las marchas no habían tenido protección oficial frente a eventuales agresiones de los contramanifestantes. El Tribunal llega, por ello, a la conclusión de que los demandantes fueron negativamente afectados por el rechazo a la autorización de tales reuniones y manifestaciones, dándose de ese modo una interferencia en sus derechos, garantizados en el artículo 11 del CEDH, y una violación de éste, al no venir tal injerencia prescrita por la ley, tal como habían señalado las autoridades que resolvieron las respectivas apelaciones, teniendo en cuenta, asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 18 de enero de 2006, antes citada. Por todo ello, considera superfluo analizar las otras dos condiciones establecidas en el artículo 11.2, declarando la existencia de la violación del artículo 11 del CEDH.

— En lo que se refiere a la vulneración alegada del artículo 13 del CEDH, la discusión gira en torno al momento de las resoluciones finales, en la vía interna, sobre las manifestaciones prohibidas, pues las mismas fueron de una fecha posterior a aquélla en que estaba prevista su celebración, subrayando el Tribunal la importancia del aspecto temporal de los encuentros o reuniones públicas para dar a conocer opiniones, pues el mismo puede llegar a ser crucial para la relevancia política y social que alcancen los mismos.

Basándose en que, así como los organizadores estaban obligados a cumplir una serie de requisitos formales para que las manifestaciones pudieran celebrarse, las autoridades no estaban constreñidas por ningún plazo, intervalo o marco temporal jurídicamente vinculante, el Tribunal concluye que ha existido violación del artículo 13, en conjunto con el artículo 11 del CEDH, al no haber contado los demandantes con un remedio efectivo en la vía interna para que su queja encontrase satisfacción.

— Finalmente, en lo que aquí nos interesa, los demandantes alegaron que habían sido de tratados de forma discriminatoria, ya que se les había denegado el permiso para organizar la manifestación itinerante, así como algunas de las concentraciones, invocando no sólo el artículo 11, sobre cuya violación ya se ha pronunciado el Tribunal en los términos antedichos, sino, en conjunción con él, el artículo 14, donde se proclama el principio de no discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

En primer lugar, el Gobierno polaco arguye que las decisiones de sus autoridades habían sido suficientemente razonadas, sin que pudiera sostenerse que se hubieran adoptado por la influencia de las opiniones personales del Alcalde de Varsovia, tal como las presentaba la entrevista publicada en la «*Gazeta Wyborcza*» el 20 de mayo de 2005. Por ende, ninguna disposición, acto u omisión de esas autoridades había expuesto a los demandantes a un trato menos favorable que aquél que otras personas en situación análoga habían experimentado, por lo que no había existido discriminación en el ejercicio de su libertad de reunión, contraria al artículo 14 del CEDH.

Por su parte, los demandantes hicieron hincapié en que habían sido requeridos para presentar el «plan de organización del tráfico», mientras que a otras organizaciones no se les había exigido, de modo que, en ausencia de motivos particularmente serios o de razones proporcionadas por el Gobierno para justificar tales diferencias de trato, la aplicación selectiva del requisito ponía claramente de manifiesto que habían sufrido discriminación.

A todo ello, añadían que el motivo esencial de la misma había sido que se les había denegado el permiso mientras que otras organizaciones y personas habían obtenido «autorizaciones pertinentes». Esta diferencia de trato no había perseguido un objetivo legítimo, sino que el Alcalde y sus colaboradores habían pretendido poner de manifiesto que prohibirían las manifestaciones por la orientación homosexual de los organizadores, con independencia del fundamento jurídico de tal decisión. Aquí, se remiten a la entrevista con el Alcalde, afirmando que no era razonable concluir que no había existido relación entre las afirmaciones vertidas en la misma por tal autoridad y las decisiones adoptadas por otras autoridades en su nombre.

El Tribunal reitera su doctrina sobre el artículo 14 del CEDH, señalando que el mismo no es autónomo, sino que tiene efecto sólo en relación con los derechos de la Convención, con las disposiciones sustantivas de ésta y de los Protocolos, tal como se desprende de la literalidad del precepto. Aunque su

aplicación no presupone necesariamente una vulneración de tales disposiciones, y en este sentido sí es autónomo, no hay lugar para la misma a menos que los hechos en cuestión caigan dentro del ámbito de una de aquéllas. En apoyo de estas afirmaciones, se cita jurisprudencia del propio Tribunal: Sentencias de 21 de febrero de 1997, *Ván Raalte contra los Países Bajos*, y de 16 de septiembre de 1996, *Gaygusuz contra Austria*.

A renglón seguido, el Tribunal destaca que las decisiones de las autoridades administrativas en primera instancia no eran referibles a ningún motivo directo que pudiera calificarse como uno de los posibles de discriminación, en el sentido que la Convención atribuye a este término. Estas resoluciones se basaban en aspectos técnicos de organización de las manifestaciones, sin que haya quedado probado que otros organizadores hubieran sido igualmente requeridos para cumplir condiciones iguales o similares. También resulta llamativo, para el Tribunal, que dichas autoridades prohibieran las manifestaciones por razones de orden público y que éstas mismas no se invocasen con respecto a las contramanifestaciones, entre cuyos respectivos participantes podían suscitarse incidentes violentos.

El Tribunal, tras señalar que no puede especular sobre los motivos que habían llevado a la denegación de las solicitudes para celebrar las reuniones y concentraciones, más allá de lo resuelto en aquellas decisiones administrativas, se fija especialmente en la entrevista al Alcalde, en la que afirmaba que llevaría a efecto tal denegación. Reitera que existe muy poco margen, en aplicación del artículo 10.2 del CEDH, para las restricciones del discurso político o del debate sobre cuestiones de interés público, en particular por parte de los políticos electos; pero el ejercicio de la libertad de expresión por éstos, sobre todo si a la vez ejercen cargos públicos en el Poder Ejecutivo, conlleva una singular responsabilidad, dadas algunas de las decisiones que han de tomar, que inciden sobre el ejercicio de derechos individuales, los cuales son susceptibles de verse indebidamente afectados. Al ejercer su libertad de expresión, deben contenerse, teniendo en cuenta, además, que sus opiniones pueden ser percibidas como instrucciones por servidores públicos que actúan en su nombre y cuyo trabajo y carrera depende de su aprobación.

Más allá de eso, el Tribunal sostiene que, habida cuenta de la posición prominente de la libertad de reunión y asociación en una sociedad democrática, incluso las apariencias pueden revestir una importancia real en los procedimientos administrativos en los que los poderes ejecutivos ejercen funciones relevantes para el ejercicio de dichas libertades (STEDH *De Cubber contra Bélgica*, de 26 de octubre de 1984). Igualmente, el Tribunal tiene presentes las diferencias entre los procedimientos administrativos y judiciales, siendo exigible sólo en los segundos la imparcialidad, subjetiva y objetiva, de los Tribunales que deben enjuiciar un determinado caso sometido a su jurisdicción.

Sin embargo, en el presente supuesto, el Tribunal considera que no puede pasar por alto las contundentes opiniones personales expresadas en público por el Alcalde, en cuestiones directamente relevantes para las decisiones que conciernen al ejercicio de la libertad de reunión, siendo así que las autoridades municipales las habían tomado en su nombre y después de que el

Alcalde hubiera dado a conocer tales opiniones al público, lo que hizo cuando estaba pendiente de resolución la solicitud de permiso para celebrar las reuniones y concentraciones. Por ello, puede suponerse razonablemente que tales opiniones pudieron haber afectado el proceso de toma de decisiones en este caso, y, como consecuencia de ello, incidido en la libertad de reunión de los demandantes de forma discriminatoria.

Por todo ello, y tomando en consideración global las circunstancias del caso, el Tribunal declara la existencia de una violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 11 del CEDH.

#### 4.4. Fallo

Por tales motivos, el Tribunal, unánimemente, desestima las objeciones preliminares del Gobierno de la República de Polonia; y declara que ha existido violación del artículo 11 del CEDH, así como del artículo 13 en conjunto con el mismo artículo 11 y del artículo 14, igualmente en conjunto con el artículo 11. No se hace pronunciamiento sobre ningún tipo de resarcimiento, al no haber solicitado los demandantes ninguna compensación por daños, en relación con la violación de la Convención.

## V. COMENTARIO

La Sentencia hace perdurar, como no podía ser de otra manera, la jurisprudencia del TEDH en punto al carácter relativamente autónomo del artículo 14 del CEDH, pues no otra cosa permite su literalidad, al referirse a la igualdad y, por tanto, a la proscripción de toda discriminación en el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Sí es cierto que supone una ruptura con la línea jurisprudencial en virtud de la cual el artículo 14 es de aplicación subsidiaria, de suerte que una violación de alguno de los derechos sustantivos haría superfluo entrar a valorar la posible vulneración de éstos con relación a la prohibición de discriminación que proclama dicho artículo 14 (Ss. TEDH de 9 de octubre de 1979, *Airey contra Irlanda*; de 22 de octubre de 1981, *Dudgeon contra el Reino Unido*, o de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia y otros contra Austria*).

Por otra parte, resulta curioso que el Tribunal no profundice en la que, a nuestro juicio, parece la auténtica causa de discriminación, entendida como diferencia de trato injustificada y no razonable, que subyace a las resoluciones de las autoridades polacas en primera instancia: la orientación homosexual de los organizadores de la manifestación y de las concentraciones no itinerantes objeto de prohibición, sin que hubiera existido un remedio jurisdiccional efectivo que enjuiciase tales decisiones antes de las fechas en que habían de tener lugar las manifestaciones, en el contexto de las Jornadas para la Igualdad —semejante, por ejemplo, al procedimiento especial para la tutela del derecho de reunión y manifestación, que en la legislación española se con-

tiene en el art. 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por remisión de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión—.

En lugar de ello, el Tribunal «da un rodeo» al reputar relevantes las declaraciones del Alcalde de Varsovia en la entrevista concedida a la «*Gazeta Wyborcza*» y enfocar la cuestión por la auto-limitación que tal cargo público debería haber ejercido en su libertad de expresión, por la influencia de sus opiniones en los servidores y funcionarios públicos a su cargo.

A nuestro juicio, podría haberse fundamentado la Sentencia en la existencia de ese motivo de discriminación que, si bien no se encuentra entre los que el artículo 14 del CEDH menciona nominativamente, es uno de los habitualmente dados en la realidad y, por tanto, tenidos en cuenta por los Tribunales en los casos que están llamados a resolver; aparte de que puede encuadrarse en el inciso final de aquél: «... o cualquier otra situación», y de que el propio TEDH lo ha considerado un criterio de distinción cubierto por la prohibición de discriminación en los dos casos *L. y V. y S.L. contra Austria*, objeto de sendas Sentencias de 9 de enero de 2003, precedidos por la STEDH de 21 de diciembre de 1999, *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*.

A partir de ahí, podría haber argumentado bien por la existencia de una discriminación indirecta, al contener las resoluciones denegatorias o prohibitivas de las manifestaciones motivos relacionados con la organización de las mismas que encubrían un móvil discriminatorio inconfeso en tales decisiones, a modo de presumible subterfugio; bien por la negación de la razonabilidad y/o proporcionalidad de la diferenciación entre los organizadores de las reuniones y concentraciones antidiscriminatorias y los de las contramanifestaciones, según los conocidos *tests* establecidos al efecto.

Con todo, esta segunda vía no fue ni siquiera utilizada por los demandantes, si bien pensamos que habría sido posible pese a que los organizadores de las manifestaciones perseguían denunciar otros motivos de discriminación, no sólo los relativos a la homosexualidad, aunque es ésta la que deviene relevante. En cuanto a la primera, el TEDH podría haber empleado un canon probatorio que conocemos por la jurisprudencia constitucional española, al presumir la existencia de discriminación en cuanto se dan unos mínimos indicios que pueden dar a entender su existencia o la del móvil discriminatorio, incumbiendo a quien adopta la decisión —en este caso, las autoridades que denegaron la solicitud para celebrar las reuniones y concentraciones— la carga de demostrar que la misma no estaba animada por tales motivos, siendo insuficiente la mera negación de su concurrencia; aunque es cierto que estas reglas de distribución del *onus probandi* se han aplicado, esencialmente, a los litigios provenientes de las relaciones jurídico-laborales, más que a las injerencias de los poderes del Estado en los derechos fundamentales y libertades públicas.