

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



tirant
lo blanch

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Directores

**INFORMES NACIONALES EUROPEOS
SOBRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS**

(ALEMANIA, ESPAÑA, FRANCIA, ITALIA, POLONIA)

**INFORMES NACIONALES EUROPEOS
SOBRE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS**

(Alemania, España, Francia, Italia, Polonia)

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

INFORMES NACIONALES EUROPEOS SOBRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Alemania, España, Francia, Italia, Polonia)

Directores

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Autores

HUBERT ALCARAZ
TERESA FREIXES
MARIO KÖLLING
ADAM KRZYWOŃ
ANNA LORENZETTI
FRANCISCO JAVIER MATIA



tirant lo blanch

Valencia, 2018

Copyright © 2018

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Libro financiado por el Proyecto de investigación DER2016-75993-P, España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos, con financiación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación.

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-9190-259-1
IMPRIME: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

Índice

INTRODUCCIÓN.....	11
FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA	

ALEMANIA

MARIO KÖLLING

1. Introducción.....	15
2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal alemán.....	17
3. Datos estadísticos.....	20
3.1. Número de demandas y número de condenas.....	20
3.2. Condenas reiteradas.....	21
4. Temas específicos que hayan presentado una especial importancia para el país.....	23
5. Temas sensibles para Alemania.....	29
5.1. Derecho de familia y derecho de la protección de la personalidad.....	29
5.2. Libertad de expresión.....	30
5.3. Discriminación de hijos ilegítimos.....	31
5.4. Libertad religiosa.....	31
5.5. Lucha contra terrorismo internacional.....	33
6. Derechos o facetas novedosas de derechos humanos (en especial, relacionados con la identidad y orientación sexual y con la familia).....	33
7. Resoluciones del TEDH relacionados con el Derecho de la Unión Europea.....	34
8. Reformas legislativas relacionadas con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	34
9. Una valoración final.....	35

ESPAÑA

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

1. Presentación.....	37
2. Algunos datos generales.....	38
3. Sobre los derechos más afectados.....	41
3.1. Delimitación de los derechos por examinar.....	41
3.2. El derecho a un tribunal.....	42
3.3. El derecho a no padecer dilaciones indebidas.....	47
3.4. El principio de inmediación en segunda instancia penal.....	50
3.5. El derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes en su enfoque procesal.....	51
3.6. El derecho a un tribunal imparcial.....	54

4. Jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos relevante para el reino de España	55
5. Otros frentes abiertos	57
6. Sentencias del tribunal europeo de derechos humanos condenatorias y otros Asuntos citados	60

FRANCIA

HUBERT ALCARAZ

1. Las condenas en cifras	72
1.1. Presentación de las cifras	72
1.2. Valoración	74
2. El contenido de las condenas	76
2.1. La supremacía numérica de las violaciones del artículo 6 del Convenio	77
2.2. La aparición de violaciones de los derechos sustanciales del Convenio europeo	85

ITALIA

ANNA LORENZETTI

1. Introducción	99
2. La jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo sobre Italia: unos datos de conjunto	100
3. Las condenas a Italia	102
3.1. Los temas	102
3.2. La justicia y la cárcel: la crítica situación en Italia	104
3.2.1. El trato de los migrantes de terceros países	106
3.2.2. <i>Repetita iuvant?</i>	109
3.3. Los temas sensibles y <i>cold Cases</i>	110
3.3.1. Desde la perspectiva material	111
3.3.2. Por el número de personas implicadas	115
4. Efectos y consecuencias de los pronunciamientos del tribunal de Estrasburgo: reformas legislativas, jurisprudenciales y praxis	115
4.1. Consecuencias y efectos a nivel interno	116
4.2. Las modalidades de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo	120
5. Una breve síntesis de la señalado hasta ahora	122
6. Mirar al futuro	127

POLONIA

ADAM KRZYWOŃ

1. Polonia como miembro del Consejo de Europa	129
2. Una aproximación estadística	130

3. Balance de los años más recientes	136
4. La transición democrática de Polonia	139
5. El recurso del TEDH a las Sentencias piloto	142
6. La duración <i>razonable</i> de la detención.....	144
7. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	146
8. El derecho a la propiedad privada	149
9. La lucha contra el terrorismo	152
10. Valoración final	154

A MODO DE CONCLUSIONES

TERESA FREIXES SANJUÁN

1. Las estadísticas	159
2. Temas específicos de especial relevancia para el país.....	161
3. La ejecución de las sentencias	163

Introducción

Este libro constituye el primer volumen vinculado al proyecto estatal de investigación DER2016-75993-P, España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos fundamentales (AEI/FEDER, UE), que me honro en coordinar.

La protección de los derechos humanos es un tema recurrente. Son abundantes los trabajos publicados sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es la principal norma de referencia en nuestro Continente. Sin embargo, ha de admitirse que junto a ese relevante interés del Convenio Europeo, existe también una preocupación por examinar la interacción de los derechos humanos sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea o sobre los derechos constitucionalmente garantizados en los distintos Estados miembros

Nuestro proyecto de investigación pretende centrar su mirada, fundamentalmente, en dos principales aspectos. El primero es el examen crítico de las condenas impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Reino de España. No solo tratamos de analizar las sentencias condenatorias (en ocasiones reiteradas), sino que nos proponemos también buscar remedios para impedir que se repitan en el futuro. El segundo consiste en analizar tanto el régimen de los derechos en transformación (como puede ser el derecho a la vida privada en el ámbito del Consejo de Europa) como las nuevas amenazas que pesan sobre derechos humanos clásicos (vinculadas, por ejemplo, con el uso de las nuevas tecnologías).

Pero antes de abordar estas materias, nos parece oportuno realizar un estudio de Derecho comparado en el que se presente un balance general de la situación del Reino de España para compararlo con lo que ocurre con otros Estados de nuestro entorno. Y esta es la finalidad principal del presente libro. En sus páginas el lector podrá encontrar una serie de informes sobre diversos Estados europeos (Alemania, España, Francia, Italia y Polonia) que, salvo el de Polonia, no precisan justificación. Nos ha parecido conveniente analizar la situación de este país, desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la inquietante deriva seguida por las autoridades del Estado. Ello ha dado lugar a que la Comisión Euro-

pea haya solicitado al Consejo Europeo la activación del mecanismo previsto en el artículo 7 TUE.

Aunque no parece conveniente anticipar consideraciones conclusivas en esta nota introductoria, resulta oportuno subrayar algunos datos en lo que se refiere al caso español. El primero es que el número de condenas no es significativamente alto en relación con el de los otros países analizados. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que el desenlace del asunto era tan evidente que no se entiende muy bien por qué nuestros Tribunales no lo han evitado. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el asunto *Cuenca Zarnoso* o en una muy reciente condena relacionada con la quema de una foto del Rey. Resulta imprescindible que los operadores jurídicos (especialmente la Administración y los Tribunales de Justicia) interioricen la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la utilicen como criterio de resolución cuando se alegue, en sede judicial, la eventual vulneración de derechos humanos. Si el proyecto de investigación impulsado sirve, cuando menos, para conseguir una mayor difusión de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo y contribuye a sugerir eventuales medidas que contribuyan a afianzar su respeto, el esfuerzo colectivo habrá merecido la pena.

La publicación de este libro no hubiera sido posible sin la colaboración de varias personas y entidades a quien hemos de expresar nuestro agradecimiento. Debemos de destacar, en primer lugar, la labor desarrollada por los autores que han trabajado en una lengua no propia (lo que siempre añade un esfuerzo adicional a su actividad científica) y que expusieron sus conclusiones en el Seminario que se celebró el 26 de octubre de 2017, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, generando un interesante debate entre los miembros del proyecto de investigación. Por eso hemos contraído una deuda especial de gratitud con los profesores Alcaraz, Kölling, Krzywoń y Lorenzetti, que se extiende también al hecho de haberse involucrado en la gestación de un ambicioso proyecto de investigación, que comienza a mostrar ahora sus frutos.

La revisión crítica de los trabajos, destinada a corregir giros idiomáticos y a supervisar la versión en castellano, que ahora aparece publicada, ha corrido a cargo del profesor Álvarez Rodríguez. A él deberán imputarse los aciertos e incorrecciones que se hayan podido cometer. Le agradecemos la tarea realizada, que es primordial para la edición de la presente obra.

También ha resultado esencial en este trabajo colectivo la presencia de la profesora Freixes Sanjuán, que tuvo a bien presidir y moderar el citado Seminario, así como enriquecerlo con sus interesantes opiniones. Además de esta intervención, la profesora Freixes ha aceptado elaborar unas reflexiones finales a la obra colectiva. Por ello nuestro agradecimiento es doble. Conviene también resaltar la pertinencia de intensificar la evaluación de los trabajos realizados en el seno de los proyectos de investigación, y una buena forma de hacerlo es pedir a un experto externo al mismo y de indudable prestigio que muestre su parecer sobre ellos.

Por otra parte, debemos dejar pública constancia de nuestra gratitud al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales que nos facilitó su sede para celebrar la reunión en la que se presentaron y debatieron los informes que ahora ven la luz. Aunque fue un seminario a puerta cerrada, contamos con la presencia de otros profesores externos al proyecto a los que también queremos mostrar nuestro agradecimiento.

Asimismo hemos de agradecer el apoyo prestado a esta obra colectiva por el *Grupo de Investigación Reconocido de Derecho Constitucional* de la Universidad de Valladolid, que personalizamos en su Directora, la profesora Biglino Campos.

Finalmente, acoge esta publicación la editorial Tirant Lo Blanch. Con ella se consolida una larga colaboración que alcanza ya algunos lustros y que permite que nuestro trabajo tenga una difusión asegurada dentro y fuera de nuestras fronteras. Por este motivo no podemos concluir estas líneas sin expresar nuestra gratitud a la editorial y, en particular, a María José Gálvez, con la que es muy fácil trabajar.

Como se indicaba al comienzo de la introducción, esta es la primera publicación relacionada con el proyecto de investigación *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos*. En un breve espacio de tiempo, será acompañada de otros libros colectivos e individuales, que esperamos que contribuyan a un mayor conocimiento científico de la protección de los derechos humanos y a una mayor efectividad en su protección. No es otro el fin de cualquier Estado constitucional que merezca tal nombre.

Valladolid, dieciséis de marzo de dos mil dieciocho

Francisco Javier MATIA PORTILLA

ALEMANIA

Mario Kölling

Profesor de Ciencia Política

(Universidad Nacional de Educación a Distancia)

Fundación Manuel Giménez Abad

MKoelling@fundacionmgimenezabad.es

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales garantizados y protegidos por la Ley Fundamental son el pilar central del estado de derecho en Alemania. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) tiene un rol destacado en el desarrollo constitucional de la República Federal —resultado directo de la historia alemana durante la primera mitad del siglo XX—. Su significado se reforzó también cuando se derrumbó el régimen comunista en Alemania Oriental en 1989 y se produjo la reunificación bajo la Ley Fundamental en 1990. Pero también eventos más recientes determinan la estrecha relación entre el CEDH y el marco constitucional alemán. Especialmente la crisis de los refugiados, en la que alrededor de 900.000 personas huyeron de sus países y buscaron protección en Alemania, y la lucha contra el terrorismo internacional son elementos claves en la reciente historia alemana con una dimensión clave para el CEDH¹.

Desde hace algunos años se puede hablar, como ha hecho el Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, de una unión de jurisdicciones en forma de triángulo (Karlsruhe, Luxemburgo, Estrasburgo), al igual que se habla de un constitucionalismo multinivel, para indicar la internacionalización la jurisprudencia alemana². En este

¹ Deutsches Institut für Menschenrechte (2016), Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland: Januar 2015 – Juni 2016, Bericht an den Deutschen Bundestag gemäß § 2 Absatz 5 DIMRG: <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechtsinstrumente/>.

² García Roca, F. Javier (2012), El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. Teoría y realidad constitucional (30), segundo semestre, pp. 183-224.

sentido, la magistrada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Angelika Nussberger, clasificó al Tribunal Constitucional Federal (TFC) como la “Cámara del Corazón de la República”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la “Conciencia de Europa”³. Aunque la Ley Fundamental no conoce una cláusula constitucional de apertura al Derecho Internacional, como la Constitución española, existe una consecuencia lógica de la imposibilidad de contradicción entre las obligaciones internacionales y las normas internas dentro del ordenamiento alemán⁴. Por un lado la Ley Fundamental expresa el compromiso con los derechos humanos inviolables e inalienables no sólo en los artículos 1 a 19 GG, sino que se recogen otras garantías en el capítulo sobre el poder judicial p.e. el derecho a un juez legítimo en el artículo 101.143 GG, a las garantías procesales específicas en caso de detención y encarcelamiento en el artículo 104 GG y a la garantía de un juicio justo en el artículo 103 GG. Por otro lado, como se puede ver más adelante el TCF exige la revisión de los efectos de las leyes sobre los derechos humanos periódicamente y, en el caso de ser necesario, modificar el marco legal o administrativo – realidad que corresponde al carácter internacional de la Ley Fundamental. El respeto y la protección de los derechos humanos es, en este sentido, una tarea permanente para todas las autoridades estatales en Alemania.

Con la europeización y la internacionalización han entrados nuevos actores el terreno⁵. Pero también la Ley Fundamental, se abre a los vínculos internacionales e incluso rige que las autoridades públicas deben comprometerse, programáticamente, con la cooperación

Tomuschat, Christian (2015), Die Entwicklung der Rechtspolitik und Rechtskultur unter besonderer Berücksichtigung der Urteile der europäischen Gerichte und des Bundesverfassungsgerichts, Institut für Europäische Politik, Berlin.

³ Faenger, Julia (2015), Der Schutz der Menschenrechte in der Europäischen Union – ein Dialog zwischen den Gerichten in Paris, Karlsruhe, Luxemburg und Straßburg, en: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 15/2015, p. 574.

⁴ Haug, Thomas (2016), Die Bedeutung der EMRK in Deutschland und ihre Auslegung durch den EGMR. In: AfP 3/2016, pp. 223-227.

⁵ Voßkuhle, Andreas (2015), Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte, Referat, Bundesarbeitsgericht, Erfurt, 23-24. April 2015.

Voßkuhle, Andreas (2011), Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsverbund, JöR 59, p. 215.

internacional y la integración europea, conforme al art. 1 par. 2 GG: “El pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

A pesar de la internacionalización la jurisprudencia alemana, el Tribunal Constitucional Federal sigue siendo el garante máximo de los derechos fundamentales en Alemania. Karlsruhe se concibe no solo como guardián de la Constitución sino el “Gang nach Karlsruhe” sigue siendo la última estancia para aquellos que ven violados sus derechos fundamentales.

2. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

Cuando se habla de las relaciones entre tribunales se refieren a menudo al concepto de “diálogo entre tribunales”. Ciertamente, se trata de una noción que se ha empleado con significados muy distintos, que van desde la mera cita por un tribunal de resoluciones de otro, hasta la presencia de una efectiva interacción entre tribunales, es decir, de un proceso de influencias recíprocas en el sentido de que un tribunal reacciona conscientemente ante la apreciación que de su conducta haya realizado otro tribunal⁶. En cuanto a la interrelación entre el TEDH y el TCF, se puede observar una evolución durante las últimas décadas. En algunos casos, el TCF ha aplicado sin reservas la interpretación del CEDH llevada a cabo por el TEDH; en otras el TCF ha reconocido el efecto de cosa interpretada pero planteando la necesidad de una matización, pero también se ha dado una reconsideración de la doctrina del TEDH. En este sentido, no siempre ha habido un diálogo bidireccional entre el TEDH y el TCF⁷, sino que el TCF se ha posicionado también frente a la jurisprudencia del TEDH⁸. Sin embargo lo que comenzó con el caso von Hannover, se elevó a un nivel más

⁶ García Roca, F. Javier. ob. cit., pp. 183-224.

⁷ González Pascual, M. (2010), El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid.

⁸ Von Hannover, asunto 59320/00.

teórico en el caso Görgülü y finalmente condujo a un compromiso en el caso de la detención preventiva⁹. Estos casos representan el tránsito desde una perspectiva nacional del CEDH por parte del TCF, con su fragilidad inherente a un rango que no le inmuniza frente a la ley posterior, hasta el reconocimiento por parte del TCF de que el legislador debe comprometerse en remediar los vacíos legales que dificulten el cumplimiento de las sentencias del TEDH, y de que los tribunales alemanes deben tomar en consideración la jurisprudencia del TEDH, interpretando el ordenamiento interno en conformidad con ella¹⁰.

Esta transición ha sido determinada por diferentes factores. En primer lugar, la importancia de la jurisprudencia del TEDH ha aumentado rápidamente en los últimos años¹¹ y su influencia en la jurisprudencia de los diferentes tribunales alemanes ha crecido. Esto se debe, entre otras cosas, a que el TEDH abandonó gradualmente su prudente jurisprudencia exigiendo a los Estados miembros del CEDH que cumplan más rigurosamente sus sentencias¹².

En segundo lugar, aunque la TCF se ha negado a considerar el CEDH como parte de los principios del derecho internacional, ha encontrado la manera de garantizar su aplicación. En esta línea, el TCF ha reiterado en varias sentencias que conforme al art. 25 GG el CEDH tiene el rango de una ley federal y, por tanto, se sitúa por debajo de la

⁹ Nußberger, Angelika, The European Court of Human Rights and the German Federal Constitutional Court, http://www.cak.cz/assets/pro-advokaty/mezinarodni-vztahy/the-echr-and-the-german-constitutional-court_angelika-nussberger.pdf

¹⁰ Revenga Sánchez, M. (2012), El Tribunal Constitucional Alemán y los Dilemas del Constitucionalismo de los Derechos, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril, pp. 445-450.

¹¹ Peters, Birgit (2012), Germany's Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundesverfassungsgericht's Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention, en: *German Law Journal* pp. 757-772.
Morales Yago, Francisco José (2013), El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles: coincidencias y divergencias, en: *Teoría y realidad constitucional* (32), segundo semestre.

¹² Haß, Solveig (2006), *Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Charakter, Bindungswirkung und Durchsetzung*, en: *Beiträge zum nationalen und internationalen öffentlichen Recht*, Peter Lang.

propia Ley Fundamental¹³. Desde la perspectiva del derecho interno alemán, el CEDH como tratado internacional, tiene el mismo estatuto jurídico que una ley federal y los derechos contenidos en el CEDH pueden ser invocados en los tribunales alemanes como cualquier otra ley federal. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sus garantías tienen un significado constitucional y determinan la interpretación de los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho. La jurisprudencia del TEDH¹⁴ se utiliza como guía en este contexto. Las sentencias del TEDH plasman también que el estatuto del CEDH está evolucionando, lo que da lugar a nuevos aspectos para la interpretación de la Ley Fundamental. El TCF debe mantener su jurisprudencia abierta al desarrollo de esta dinámica¹⁵. Aunque históricamente los tribunales alemanes no se refirieron al CEDH porque las garantías constitucionales fueron consideradas suficientes, el TCF incorpora el CEDH y las sentencias del TEDH en su jurisprudencia “[...] to the contrary: given that the domestic courts often do not apply the ECHR directly, this does happen, and can even happen with respect to judgments by the FCC”¹⁶.

Desde entonces y recientemente reiterado en la decisión relativa a la detención preventiva, el TCF ha hecho hincapié en diferentes sentencias en que la interpretación no debe conducir a una restricción o reducción de la protección de los derechos fundamentales de la propia Ley Fundamental¹⁷. En este sentido, todos los tribunales alemanes deben incluir el CEDH y las decisiones del TEDH, en la medida en que ello sea metodológicamente justificable y compatible con las disposiciones de la Ley Fundamental. Sin duda la elasticidad de la interpretación constitucional del TCF ha abierto la puerta para este

¹³ Con carácter general González Pascual, Maribel (2010), *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters.

¹⁴ BVerfGE 128, 326. Siehe zur Orientierungswirkung auch Polakiewicz, *Mobile, Counterpoint or Pyramid – The Interaction Between National and European Courts in Human Rights Protection*, in: Callies (Hrsg.), *Herausforderungen an Staat und Verfassung*, 2015, S. 1050

¹⁵ Voßkuhle, Andreas (2014), *Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte*, EuGRZ 2014, pp. 165-167.

¹⁶ Nußberger, Angelika ob. cit.

¹⁷ BVerfGE 128, 326; BVerfGE 111, p. 307.

cambio de la jurisprudencia alemana en cuando al CEDH. Además, según Herdegen, en la tradición de la Ley Fundamental, la voluntad histórica del constituyente no juega un papel dominante por lo que la interpretación convencional amistosa de la Ley Fundamental se ha desarrollado casi sin fronteras¹⁸. “Conflicts were thus solved on the basis of an interpretation based on openness for international law (*völkerrechtsfreundliche Auslegung*).”¹⁹ Finalmente la apertura de la Ley Fundamental a un cambio constitucional fue favorecida por el contexto político. Según Herdegen, en el debate político alemán se está acostumbrado a respetar las decisiones de un tribunal constitucional fuerte. Además en la jurisprudencia del TCF no hay evidencia de que se utilicen “prioridades” nacionales, como por ejemplo la seguridad nacional, para invalidar las normas de protección de los derechos fundamentales establecidos por el CEDH²⁰.

3. DATOS ESTADÍSTICOS

3.1. Número de demandas y número de condenas

Las estadísticas demuestran que, desde una perspectiva comparada, existen muy pocas condenas del TEDH por violaciones de la CEDH en el caso de la República Federal. La mayoría de ellas están relacionados con el art. 6 CEDH sobre la duración de procedimientos jurídicos. Entre 1959 y 2016 se adoptaron cerca de 300 sentencias contra Alemania, casi la mitad en relación con el art. 6 CEDH.

En 2016, el TEDH tramitó 677 solicitudes relativas a Alemania, de las cuales 658 fueron declaradas inadmisibles o fueron desestimadas. El TEDH dictó 18 sentencias (en relación con 19 solicitudes), 4 de las cuales constataron al menos una violación del CEDH.

¹⁸ Herdegen, Matthias (2016), *Verfassungswandel durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* http://www.dirittifondamentali.it/media/1693/2_2016_herdegen_verfassungswandel-durch-die-rechtsprechung-des-europaeischen.pdf

¹⁹ Nußberger, Angelika ob. cit.

²⁰ Lock, Tobias (2015), *Human Rights and EU reform in the UK and the ‘German question*, <https://ukconstitutionallaw.org/2015/11/25/tobias-lock-human-rights-and-eu-reform-in-the-uk-and-the-german-question/>

Tabla 1: Número de demandas contra Alemania ante el TEDH

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Inadmisibles o desestimadas	1120	1690	1580	1711	1544	1095	2468	3033	1182	901	658
Sentencias	10	12	10	23	47	46	23	7	13	12	19

Fuente: TEDH²¹

3.2. Condenas reiteradas

Entre 1959 y 2011, el TEDH dictaminó 102 sentencias relacionadas con procedimientos excesivos contra Alemania. El derecho alemán no previa la posibilidad de recurso contra una duración excesiva de los procedimientos, tal como se estipula en el art. 13 CEDH²². La decisión de Sürmeli²³ representa en este tipo de condenas un punto

²¹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2015): Bericht über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Umsetzung seiner Urteile in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2014. Berlin.

²² Artículo 13 CEDH. Derecho a un recurso efectivo: 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.

²³ Sürmeli (Sentencia del 8 de junio 2006, asunto 75529/01) Otros casos, según Deutscher Bundestag (2008), Verurteilungen wegen überlanger Gerichtsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: König, Sentencia de 28 de junio de 1978, Asunto 6232/73; Eckle, Sentencia de 15 de julio de 1982, asunto 8130/78; Deumeland, Sentencia de 29 de mayo de 1986, asunto 9384/81; Bock, Sentencia de 29 de marzo de 1989, asunto 11118/84; Pammel, Sentencia de 1 de julio de 1997, asunto 17820/91; Probstmeier, Sentencia de 1 de julio de 1997, asunto 20950/92; Klein, Sentencia de 27 de julio de 2000, asunto 33379/96; H. T., Sentencia de 11 de octubre de 2001, asunto 38073/97; Janssen, Sentencia de 20 de diciembre de 2001, asunto 23959/94; Niederböster, Sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto 39547/98 15; Trippel, Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto 68103/01 16; Uhl, Sentencia de 10 de febrero de 2005, asunto 64387/01 17; Wimmer, Sentencia de 24 de febrero de 2005, asunto 60534/00 18; Gisela Müller, Sentencia de 6 de octubre de 2005, asunto 69584/01; Nold, Sentencia de 29 de junio de 2006, asunto 27250/02 21; Stork, Sentencia de 13 de julio de 2006, asunto 8033/02 22; Klasen, Sentencia de 5 de octubre de 2006, asunto 75204/01; Grässer, Sentencia de 5 de octubre de 2006, asunto 66491/01 24; Kirsten, Sentencia de 15

de inflexión, ya que el TEDH comenzó a investigar más determinadamente las infracciones del art. 6 (1) CEDH relacionadas con la duración de las instancias del procedimiento legal. Finalmente en la sentencia Rumpf²⁴, el TEDH determina que la falta de recursos judiciales contra los procedimientos excesivos planteaba un problema estructural en Alemania. Por consiguiente, el TEDH pidió que se adoptaran medidas correctivas, según las cuales, Alemania debe introducir un recurso efectivo contra los procedimientos judiciales excesivos. Como consecuencia el Bundestag aprobó el 27 de septiembre de 2011 la ley de protección jurídica en caso de procedimientos judiciales e investigaciones penales excesivos, que entró en vigor el 3 de diciembre de 2011²⁵. Recientemente en la sentencia del caso Kuppinger²⁶ el TEDH determinó que el *Rechtsschutzgesetz* (Ley de protección jurídica) de 2011 no era suficiente para satisfacer en todos los casos una protección jurídica que cumpliera con los requisitos de los artículos 6 y 13 CEDH.

Recientemente se han impuesto condenas a Alemania por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (C., asunto 48144/09, Sentencia del 15 de enero 2015) y, en bastantes casos, del derecho al debido proceso (casos E. K., asunto 2130/10, Sentencia del 12 de noviembre 2015; E. K., asunto 8824/09 y 42836/12, Sentencia del 9 de julio 2015; S., asunto 9154/10, Sentencia del 15 de diciembre de 2015; F., asunto 54648/09, Sentencia del 23 de octubre de 2014; H., asunto 26171/07, Sentencia del 19 de julio de 2012 y N., asunto 30804/07, Sentencia del 8 de noviembre de 2012).

de febrero de 2007, asunto 19124/02 25; Laudon, Sentencia de 26 de abril de 2007, asunto 14635/03 27; Skugor, Sentencia de 10 de mayo de 2007, asunto 76680/01 28; Nanning, Sentencia de 12 de julio de 2007, asunto 39741/02 30; Glösen, Sentencia de 10 de enero de 2008, asunto 1679/03 31.

²⁴ Rumpf (Sentencia de 2 de septiembre 2010, asunto 46344/06)

²⁵ BGBl. I, 2011, No. 60, pp. 2302-2312.

²⁶ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2015), Bericht über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Umsetzung seiner Urteile in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2014. Berlin.

Tabla 2: Condenas contra Alemania entre 1959 y 2011

Total condenas hasta 2011)	Prohibición de tratos inhumanos o degradantes (Art. 3)	Libertad y seguridad (Art. 5)	Derecho al proceso debido (Art. 6)	Procedimiento sin dilaciones indebidas (Art. 6)	Vida privada/familias (Art. 8)	Libertad de opinión (Art. 10)	Effektives Rechtsmittel (Art. 13)	Protección de la propiedad (ZP 1 Art. 1)
234	3	23	16	102	18	4	23	2

Fuente: TEDH

4. TEMAS ESPECÍFICOS QUE HAYAN PRESENTADO UNA ESPECIAL IMPORTANCIA PARA EL PAÍS

Toda una serie de decisiones del TEDH han hecho que el CEDH haya conseguido gran atención en la opinión pública en Alemania. A parte de la excesiva duración de los procedimientos jurídicos, hay varios temas específicos que han presentado una especial importancia para Alemania.

En primer lugar, podríamos definir un grupo de casos específicos que están estrechamente relacionados con las particularidades de la historia alemana durante²⁷ y después de la Segunda Guerra Mundial, en concreto con la división de Alemania en dos partes, una democrática occidental y una comunista oriental. En este contexto destaca la sentencia Vogt²⁸. En ese caso, la demandante sostuvo, entre otras cosas, que su despido de la administración pública (en la que era maestra) a causa de sus actividades políticas como miembro del Partido Comunista había infringido su derecho a la libertad de expresión amparada en el artículo 10 del CEDH. El TEDH encontró una violación, incluso si “la posición de Alemania en el contexto político de la época”, así como la “experiencia bajo la República de Weimar y

²⁷ En el asunto S. y otros (asunto 24120/06), el Tribunal declaró inadmisibles las denuncias de varios supervivientes de la masacre de las SS en Distomo en 1944 (Grecia) y de sus descendientes, que tenían por objeto indemnizaciones compensatorias.

²⁸ Vogt (Article 50), 2 de septiembre de 1996, y resolución DH(97)12.

durante el amargo período que siguió al colapso de ese régimen” fue especialmente reconocida²⁹.

Después de la reunificación, la TEDH tuvo que decidir en casos de propiedad y restitución, así como en casos relacionados con condenas de prisión por delitos cometidos durante el régimen de la República Democrática de Alemania (RDA), especialmente contra fugitivos en la frontera entre las dos partes de Alemania. En ninguno de esos casos el TEDH encontró una violación del CEDH, aunque las cuestiones planteadas fueron muy controvertidas³⁰. Relacionado con ello, se puede mencionar también el procedimiento en el asunto 12923/03, donde el TEDH se ha ocupado de la transición de los derechos de pensión de la antigua RDA al sistema de pensiones de la República Federal de Alemania. Afirmó que el legislador tenía un amplio margen de discrecionalidad y que la transición no constituía una violación del CEDH.

En el procedimiento relativo a la expropiación de tierras de un determinado grupo de herederos, los llamados nuevos agricultores (asunto 72203/01), la Gran Sala del TEDH desestimó los recursos por infundados. La segunda ley por la que se modifica la ley sobre los derechos de propiedad, no tenía por objeto establecer una norma de indemnización y estaba en consonancia con el requisito de lograr un equilibrio justo entre la protección de los derechos de propiedad y las exigencias del interés general.

Un segundo grupo de sentencias —con una especial relevancia para el ordenamiento interno— comenzaron con el conflicto entre la TCF y el TEDH en el conocido asunto von Hannover. A diferencia de casos anteriores que se refirieron a cuestiones fundamentales y que involucran cuestiones de la justicia transicional, el tema de este caso era en principio bastante banal. Sin embargo, el conflicto entre la TCF y el

²⁹ Lambert Abdelgawad (2008), *The execution of judgments of the European Court of Human Rights.*, Council of Europe Publishing y Schumann, E. (2008), *At last, after more than 50 years: The finding of the violation of human rights by the ECHR is in Germany for civil procedure restitution reason*, NWV, 902.

³⁰ V. Maltzan, Sentencia de 2 de marzo de 2005, asuntos 71916/01, 71917/01 y 10260/02; Jahn, Sentencia de 30 de junio de 2005, asuntos 46720/99, 72203/01 y 72552/0; Streletz, Kessler and Krenz, judgment of 22.3.2001, asuntos 34044/96, 35532/97, 44801/98, 34044/96, 35532/97 y 44801/98, K.-H.W., Sentencia de 22 de marzo de 2001, asunto 37201/97.

TEDH que se desarrolló en este caso no se limitó al conflicto entre la libertad de prensa y el derecho a la vida privada, sino que la cuestión resultó ser un asunto sobre diferentes enfoques de la protección de los derechos humanos.³¹

El asunto *von Hannover*³², se basa en la denuncia por la negativa de los tribunales alemanes a prohibir la publicación de fotografías de vacaciones de los demandantes tomadas sin su consentimiento. En este sentido, la Princesa Carolina de Mónaco demandó la República Federal de Alemania (RFA) en el año 2000 por vulneración de su derecho al respeto de su vida privada y familiar garantizado en el artículo 8 del CEDH por la falta de protección de los tribunales alemanes tras la publicación de unas fotografías que mostraban detalles de su vida cotidiana. En este caso, el TEDH consideró que Alemania había violado el derecho al respeto de la vida privada y familiar porque se trataba de fotografías de actos estrictamente privados, como entrar en un restaurante o pasear por la calle. El TEDH consideró que las fotografías no tenían trascendencia alguna pues la demandante no ejercía funciones públicas.

En la segunda sentencia *von Hannover* del año 2012, el TEDH concretó la sentencia del año 2004 y confirmó la jurisprudencia alemana. Este caso versa sobre la publicación, sin consentimiento, de fotografías de la princesa Carolina junto a Ernesto de Hannover de vacaciones, acompañadas de un artículo sobre el estado de salud del príncipe Rainiero de Mónaco. Los tribunales alemanes concluyeron que los demandantes no habían aportado pruebas que indicaran que las fotografías hubieran sido tomadas en un contexto de acoso, como alegaron³³. El TEDH observó que, tras la primera sentencia del año 2004, el TCF había realizado un cambio de jurisprudencia. Siguiendo la línea de la sentencia del año 2004 el TCF había considerado que el interés del lector de ser entretenido tiene un peso menor ante que el interés de proteger la esfera privada de los personajes públicos. En conclusión, el TEDH consideró que los tribunales alemanes han

³¹ Nußberger, Angelika ob.cit.

³² No. 59320/00

³³ Bouazza Ariño, Omar (2012), Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en: Revista de Administración Pública, núm. 187, Madrid, enero-abril (2012), pp. 183-196

realizado una ponderación de los derechos e intereses en conflicto; en concreto, el derecho de las revistas a la libertad de expresión y el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar siguiendo la sentencia von Hannover del año 2004. Por todo ello, concluyó que en este caso no había habido una violación del artículo 8 CEDH. Pero el conflicto se mantuvo latente, también en el caso de Springer AG³⁴ se trataron aspectos fundamentales relacionados con la libertad de expresión. En un caso civil, se ordenó a la editorial Springer AG que se abstuviera de publicar un artículo que examinaba críticamente el cambio profesional del antiguo canciller alemán Gerhard Schröder a la presidencia del consejo de administración del grupo ruso Gazprom en 2005, inmediatamente después de su partida como Canciller. El TEDH declaró aquí que este cambio era una cuestión de interés general que debía debatirse libremente, incluso si se mencionaban todas las circunstancias.

Por otro lado, se debe citar entre estos casos destacados el caso Görgülü³⁵ que resume varias disputas familiares en las que un ciudadano turco que vive en Alemania, Kazim Görgülü, discutió durante años sobre el cuidado de su hijo y el derecho de contacto con él. Hasta este caso, una sentencia del TEDH no constituía un motivo para la reapertura de la decisión de un tribunal alemán. En este caso se trataban los principios generales relativos a la ejecución interna de una sentencia del TEDH. El TEDH detuvo la negativa de un tribunal nacional para otorgar la custodia al padre biológico de un niño y el derecho de visita por ser incompatible con el derecho del padre al respeto de la vida familiar (artículo 8 del CEDH). En un segundo procedimiento, el padre intentó nuevamente que la custodia le fuera transferida. Después de que el tribunal de primera instancia admitiera su demanda, el tribunal de apelación dejó sin efecto la decisión, basándose en la cosa juzgada y en el supuesto de que las sentencias del TEDH no eran directamente aplicables. Tras la denuncia individual del padre, la TCF aclaró los efectos de una sentencia del TEDH³⁶. Recordó que

³⁴ Springer AG/Deutschland, Beschwerde 48311/10, 10. Juli 2007

³⁵ Görgülü/Deutschland, Urteil vom 26. Mai 2004, Nr. 74969/01

³⁶ Gantier Perez, Ronald Joaquin (2016), La Efectiva Aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/16851/1/TFM-D_0056.pdf

en el ordenamiento jurídico alemán, el CEDH tiene el estatus de una ley ordinaria y que el TCF deja en manos de los tribunales la decisión de qué manera cumplen con su deber de observar las disposiciones de la CEDH³⁷. En este sentido, los tribunales y órganos administrativos están obligados a manejar el caso a la luz de la conclusión del TEDH. Como consecuencia a esta decisión, una sentencia del TEDH es generalmente motivo de la reapertura del fallo de un tribunal nacional³⁸. “Consiguientemente, el Tribunal entiende que el Derecho alemán, incluyendo la Constitución, debe ser interpretada tanto como sea posible de tal manera que esté en armonía con las obligaciones de Alemania situadas bajo el Derecho internacional.”³⁹

Sin embargo, esta sentencia especificó el estatuto jurídico de la CEDH y de las decisiones del TEDH en el sistema jurídico alemán de una manera que ha causado cierta consternación. Lo que suscitó críticas fue que el TCF utilizara los términos “tener en cuenta” y “considerar” (en lugar de: acatar, obedecer o aplicar) para especificar las obligaciones de los tribunales nacionales en el tratamiento de las sentencias del TEDH. Esto ha contribuido probablemente a la impresión de que el TCF está cuestionando la autoridad de la Convención o incluso buscando un conflicto con el TEDH⁴⁰.

Recientes condenas en esta materia contra Alemania son las recaídas en los casos K. (asunto 62198/11, sentencia del 15 de enero de 2015) y B.B. y F.B. (asuntos 18734/09 y 9424/11, sentencia del 14 de marzo de 2013).

Finalmente, entre estos casos se encuentra la Sentencia Prisión Preventiva del 4 de mayo de 2011, sentencia clave para determinar la interrelación entre el CEDH y el marco constitucional alemán⁴¹. El legislador alemán había ampliado las posibilidades de ordenar la detención preventiva de delincuentes peligrosos después de cumplir

³⁷ BVerfG 10.14.2004, 2 BvR 1481/04, NIW 2004, 3407, en Gantier Perez, Ronald Joaquin (2016), ob. cit.

³⁸ Gantier Perez, Ronald Joaquin (2016), ob. cit.

³⁹ Lübbe-Wolff, Gertrude (2006), ECHR and national jurisdiction – The Görgülü Case, Humbolt Forum, Aufsätze, no. 12.

⁴⁰ Lübbe-Wolff, Gertrude (2006), ob. cit.

⁴¹ Prisión Preventiva *Sentencia del 4 de mayo de 2011*. Prisión Preventiva I. 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10

su condena. Entre otras cosas, abolió la limitación de la detención preventiva por un período máximo de 10 años. El nuevo reglamento reforzado debería aplicarse también a los casos antiguos y, por lo tanto, a los autores que no pudieron prever esta consecuencia cuando cometieron el delito. Los demandantes objetaban su permanencia en prisión preventiva una vez expirado el período máximo de diez años establecido por la legislación anterior y la imposición retroactiva de la nueva ley de prisión preventiva.

El TCF decidió que todas las previsiones del Código Penal y de la Ley Judicial Juvenil (*Jugendgerichtsgesetz*) relativas a la imposición y duración de la prisión preventiva, fueron incompatibles con el derecho fundamental a la libertad de quienes se encuentran detenidos preventivamente. El TCF sostuvo que la aplicación retroactiva de las nuevas previsiones que prolongan la prisión preventiva más allá del límite de diez años que establecía la legislación anterior infringe el precepto del Estado de Derecho. Tras la sentencia recaída en el año 2009 en el caso M⁴², por la cual el TEDH sostuvo que la retrospectiva prolongación de la detención preventiva viola el derecho a la libertad del artículo 5 del CEDH y la prohibición de la punición retroactiva prevista en el artículo 7 del CEDH, el TCF emitió una sentencia el 4 de mayo de 2011 en la que señaló que la prolongación retroactiva de la detención preventiva por un máximo de diez años era incompatible con la Constitución alemana. El TCF reiteró que aunque el CEDH se encuentra por debajo de la Ley Fundamental, las disposiciones de la Ley Fundamental han de interpretarse de una manera abierta al derecho internacional.

Algunas de las condenas impuestas en esta materia han sido las recaídas en los casos Großkopf (asunto 24478/03, Sentencia de 21 de octubre de 2010); Haidn (asunto 6587/04, Sentencia del 13. enero 2011), G. (asunto 7345/12, Sentencia del 28 de noviembre 2013); K (asunto 21906/09, Sentencia de 19 de enero de 2012); B. (asunto 61272/09, Sentencia de 19 de abril de 2012) y S. (asunto 3300/10, sentencia de 28 de junio de 2012).

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en varias ocasiones que son siempre inadmisibles las pruebas

⁴² M., asunto 19359/04.

obtenidas en forma coactiva, basándose en el artículo 3 del CEDH. Tal fue el caso en la sentencia Jalloh (2006), en que se había hecho vomitar al acusado varias bolsas de droga que transportaba en su estómago: posteriormente, fue condenado en virtud del resultado de ese tratamiento. En posteriores ocasiones el TEDH se ha confrontado con supuestos de admisión y empleo de pruebas obtenidas mediante tortura, amenazas de tortura o mediante tratamientos inhumanos o degradantes (Gäfgen, 2010)⁴³.

5. TEMAS SENSIBLES PARA ALEMANIA

5.1. *Derecho de familia y derecho de la protección de la personalidad*

El derecho alemán entra en conflicto con el CEDH sólo en la medida en la que éste otorgue a los ciudadanos derechos más amplios. No obstante el art. 53 del CEDH deja claro que el CEDH no tiene por objeto impedir que los Estados concedan, en virtud de su derecho interno, derechos que vayan más allá de los que les otorga el CEDH. “However, as the German Constitutional Court has pointed out in *Görgülü*, a problem can arise in areas where the rights of different parties are connected in a conflicting way, to the effect that any extension of the right of one party will be tantamount to a restriction of the right of another or may conflict with other provisions of the domestic constitution. In such areas, an extensive interpretation, by the ECtHR, of one of the rights involved may result in a conflict with domestic constitutional law in so far as domestic constitutional law protects conflicting rights of others.”⁴⁴ En este contexto el TCF menciona como posible materia de conflicto el derecho de familia. Conforme al caso *Görgülü*, una interpretación amplia de los derechos de un padre biológico del art. 8 del CEDH, puede restringir los derechos protegidos por la Ley Fundamental de los padres adoptivos o de los niños que viven con ellos. Por otro lado, el TCF menciona como otra posible materia de conflicto el derecho de la protección de personali-

⁴³ B. gegen Deutschland (asunto 22978/05).

⁴⁴ Lübbe-Wolff, Gertrude (2016), ob.cit.

dad, especialmente el equilibrio entre la libertad de prensa y los derechos personales de las personas públicas. A diferencia de la exégesis tradicional de la Ley Fundamental, en la jurisprudencia del TEDH el derecho de la protección de la vida privada y los derechos personales prevalecen a la libertad de expresión, a menos que se refiera específicamente a cuestiones de especial interés político o a aspectos de un discurso público relevante para la comunidad. En este sentido, el *right to be left alone* de la jurisprudencia del TEDH difiere de la concepción del TCF.

5.2. Libertad de expresión

Este caso⁴⁵ se refería a una medida cautelar del tribunal que prohibía al denunciante distribuir un folleto. En este folleto, pedía que no se eligiera a un candidato determinado a las lecciones locales, porque el candidato simpatizaba con una agrupación que difundía ideas de ultraderecha y, por lo tanto, apoyaba a los miembros de los neonazis. El TEDH subrayó que las declaraciones realizadas en el contexto de la campaña electoral eran de carácter político y se referían a una cuestión de interés público. El Tribunal señaló que ya había dictaminado que los límites de las críticas aceptables a un político debían considerarse más amplias que los de un particular. El TEDH discrepó con la opinión de los tribunales alemanes de que la acusación del demandante de que la agrupación era una organización neonazi constituía una mera alegación. El TEDH señaló que el Tribunal alemán, que dictó la medida cautelar, había subrayado que incluso la Oficina de Protección de la Constitución había sospechado de la agrupación por tendencias extremistas. Por otro lado, había un amplio debate público sobre la interrelación de la *v* con movimientos radicales.

Recientes condenas en esta materia contra Alemania son las recaídas en los asuntos 3690/10 (Sentencia del 26 de noviembre 2015), 5709/09 (Sentencia del 17 de abril 2014), 48311/10 (Sentencia del 10 de Julio 2014) y 39954/08 (Sentencia del 7 de febrero de 2012).

⁴⁵ B. gegen Deutschland (asunto 5709/09, Sentencia de 17 de abril de 2014).

5.3. Discriminación de hijos ilegítimos

El TEDH ha condenado a Alemania también por discriminar a los hijos ilegítimos en el derecho de sucesiones, especialmente en relación a la “regulación de la fecha límite” *Stichtagsregelung*. La sentencia establece que esta regulación es discriminatoria y viola el derecho fundamental a la protección de la vida familiar. El TEDH dio la razón a una mujer⁴⁶, nacida en 1940, que fue excluida de la herencia de su padre debido a esta regulación. Esto también se aplicó a dos casos similares contra Alemania que fueron sometidos por hombres que nacieron de forma ilegítima en 1943 y por lo tanto no tuvieron derecho a la herencia de sus padres. El TEDH había denunciado el trato desigual entre hijos legítimos e ilegítimos en la ley de sucesiones alemana el 28 de mayo de 2009. La ley de sucesión se modificó entonces, pero sólo para las muertes posteriores a esa fecha⁴⁷.

5.4. Libertad religiosa

En el procedimiento de denuncia individual contra Alemania⁴⁸, el TEDH declaró que en el procedimiento ante el Tribunal de Trabajo se

⁴⁶ Sentencia de 28 de mayo de 2009 —asunto 3545/04—, Brauer/Deutschland, NJW-RR 2009

⁴⁷ BVerfGK (2014), Kammerentscheidungen, Band 20, Cf Muller. Der Gesetzgeber nahm die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Anlass, den bisherigen Art. 12 § 10 NEhelG mit dem Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetz (Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung vom 12. April 2011, BGBl I S. 615 – ZwErbGleichG) zu reformieren. Rückwirkend ab dem 29. Mai 2009 wurde die Vorschrift unter anderem dahingehend geändert, dass die bisher in Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a.F. vorgenommene Differenzierung zwischen vor und nach dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kindern für die ab diesem Zeitpunkt eintretenden beziehungsweise eingetretenen Erbfälle nicht mehr besteht; bei vor diesem Zeitpunkt eingetretenen Erbfällen, in denen der Nachlass dem Bund oder einem Land zugefallen war, wurde dem nichtehelichen Kind ein Wertersatzanspruch zuerkannt (Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG n.F.). Für alle sonstigen Erbfälle, d.h. diejenigen vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, bei denen der Nachlass nicht an den Staat gefallen war, ergaben sich für vor dem 1. Juli 1949 geborene nichteheliche Kinder insoweit keine Änderungen.

⁴⁸ Asunto 1620/03, Bernhard Josef SCHÜTH, sobre el despido de un organista y jefe de coro en una parroquia católica.

había infringido el derecho del demandante a respetar su vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH), ya que los tribunales alemanes no habían tenido debidamente en cuenta el hecho de que los derechos del demandante y los del empleador eclesiástico no se ajustaban al CEDH.

En un caso similar⁴⁹, el TEDH consideró convincente la ponderación hecha y no constató ninguna infracción del CEDH.

En el procedimiento de Siebenhaar⁵⁰, el TEDH no aceptó ninguna infracción de las obligaciones positivas de protección en el marco del derecho a la libertad de religión (art. 9 del CEDH). La decisión de los tribunales alemanes, que afirmaba que el despido era necesario para preservar la credibilidad de la iglesia, no era objetable desde el punto de vista de la Sala, debido a una cuidadosa consideración de los intereses.

En el procedimiento Appel-Irrgang⁵¹, el TEDH dictaminó que la introducción de la asignatura obligatoria de ética para los alumnos berlineses no vulnera el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión consagrado en el artículo 9 del CEDH, ni el derecho a la educación, de conformidad con el derecho de los padres a la educación religiosa para sus hijos, establecido en el artículo 2 del Protocolo no 1 del CEDH.

En la sentencia *Kopftuchurteil*⁵² del 27 de enero de 2015, el Tribunal Constitucional Federal aprovecha la oportunidad para expresar de nuevo su opinión sobre la clasificación del CEDH en el ordenamiento jurídico alemán. En este contexto, el TCF considera para la interpretación del art. 4 GG, el artículo 9 del CEDH en su desarrollo por el TEDH y declara que el TEDH concede a los Estados miembros

⁴⁹ Asunto 425/03, OBST, sobre el despido de un director europeo de relaciones públicas de la Iglesia mormona, a causa del incumplimiento de la obligación de fidelidad conyugal.

38254/04, BAUDLER, sobre la excedencia forzosa de un pastor protestante tras la pérdida de confianza con su consejo parroquial.

⁵⁰ Asunto 18136/02, SIEBENHAAR contra Alemania, sobre el despido extraordinario de una educadora que trabajaba en una guardería.

⁵¹ Asunto 45216/07, Appel-Irrgang y otros.

⁵² Bundesverfassungsgericht (2015), Beschluss vom 27. Januar 2015, 1 BvR 471/10, en: Europäische GrundrechteZeitschrift, p. 181.

una discrecionalidad considerablemente más amplia que permite el art. 4 GG.

5.5. Lucha contra terrorismo internacional

La Ley de residencia (art. 58a) permite la expulsión de personas sin nacionalidad alemana “para evitar un peligro especial para la seguridad de la República Federal de Alemania o una amenaza terrorista” en un procedimiento acelerado. En julio de 2017 el TEDH detuvo la deportación de una persona peligrosa para Alemania. No obstante el TEDH levantó su suspensión temporal de la deportación, que concedió a finales de julio⁵³. Una reciente condena se ha vinculado con esta misma cuestión (Sentencia de 23 de abril de 2015, asunto 38030/12).

6. DERECHOS O FACETAS NOVEDOSAS DE DERECHOS HUMANOS (EN ESPECIAL, RELACIONADOS CON LA IDENTIDAD Y ORIENTACIÓN SEXUAL Y CON LA FAMILIA)

“El matrimonio y la familia encuentran especial protección en el ordenamiento del Estado”. Así se pronuncia el art. 6. 1 GG de la RFA⁵⁴. En el caso Stübing⁵⁵, el TEDH falló unánimemente que la pena impuesta al demandante que fue condenado a prisión por actos sexuales con su hermana, sobre la base del párrafo 2 del artículo 173 del Código Penal no constituye una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar de conformidad al artículo 8 del CEDH. Aunque la condena puede afectar a la vida familiar del demandante, pero la intervención está justificada porque existe una necesidad social urgente de la medida. Dado que no existe consenso entre los Estados miembros sobre la responsabilidad penal de los actos sexuales consensuales entre hermanos adultos, los Estados miembros disponen de un amplio margen de discrecionalidad a este respecto.

⁵³ Asunto 54646/17.

⁵⁴ Geerlings, Jörg (2007), Matrimonio y Familia en el Ordenamiento Jurídico Europeo, Revista de Derecho Político, núm. 68, pp. 317-335.

⁵⁵ Stübing, Sentencia del 12 de abril de 2012, asunto 43547/08

7. RESOLUCIONES DEL TEDH RELACIONADOS CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Sobre la posibilidad fundamental de interponer recurso contra un Estado ante las medidas nacionales de aplicación del Derecho comunitario, (si el Estado no dispone de margen de apreciación) se puede citar el caso *M & Co*⁵⁶. El denunciante, una empresa, se quejó de que Alemania había ejecutado una multa impuesta a la empresa por la Comisión Europea (en un procedimiento antimonopolio) que fue confirmada por el Tribunal de Justicia. La Comisión subrayó que, en principio, Alemania era responsable de la medida de aplicación del Derecho comunitario (donde no disponía de ningún margen de apreciación). Sin embargo, la Comisión declaró la denuncia inadmisibles, ya que el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas garantiza una protección de los derechos fundamentales equivalente a la del Convenio. También tuvo en cuenta que era contrario a la idea básica de transferir competencias a una organización internacional si los Estados miembros debían ser considerados responsables de tener que comprobar, en cada caso concreto, antes de emitir un título ejecutivo para una sentencia del TJCE, si se respetaba el derecho a un juicio justo garantizado por el Convenio.

8. REFORMAS LEGISLATIVAS RELACIONADAS CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En las diferentes sentencias que se adoptaron desde 1959 contra Alemania, sólo en un poco más de la mitad de ellas se encontraron violaciones del CEDH. Dado que la mayoría de las incompatibilidades se deben a la aplicación de la ley en casos específicos y no a la propia legislación, no se requerían cambios importantes en el sistema jurídico.

Ya se han comentado las reformas en relación a un juicio justo, y el derecho de herencia.

⁵⁶ *M & Co.* (Sentencia de 9 de noviembre de 1990, asunto 13258/87).

9. UNA VALORACIÓN FINAL

Sin duda hoy en día se puede hablar, como ha hecho el Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, de una “unión de jurisdicciones” o de constitucionalismo multiniveles para indicar la internacionalización y europeización de las jurisdicciones constitucionales. Una unión de jurisdicciones no reclama unas interpretaciones judiciales totalmente coincidentes, sino equivalentes, o “mutuamente compatibles”. El sistema europeo de protección de derechos fundamentales supone una compleja interrelación entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales alemanes. El TCF tiene la tarea de “traducir” las decisiones del TEDH a la legislación nacional. No se trata de adoptar los términos del TEDH al 100%, y tampoco se lo requiere desde el CEDH. Como instrumento de Derecho internacional, no obliga a seguir una vía de aplicación específica, sino a lograr un resultado. Por lo tanto, no es necesario adaptar los términos, sino llegar a las mismas evaluaciones. Esto funciona a través de una valoración de proporcionalidad. Cualquiera que sea la valoración del cumplimiento de la RFA en determinados ámbitos o casos con el CEDH, Alemania siempre ha sido, sin duda y con el apoyo del TCF, una parte muy interesada en el CEDH y dispuesta a cumplir sus obligaciones.

ESPAÑA

Francisco Javier Matia Portilla
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
javierfacultad@gmail.com

1. PRESENTACIÓN

La protección de los derechos fundamentales resulta la tarea esencial del Estado constitucional, en general, y de los órganos que encarnan el Estado de Derecho (poder judicial y Tribunal Constitucional), especialmente. Y resulta evidente que dicha labor resulta ejemplar en la mayoría de las ocasiones. Sin embargo, existen también desfallecimientos puntuales en esta labor. De ahí que sea esencial que las democracias europeas actuales sometan sus decisiones en materia de derechos a una supervisión externa e independiente, dispensada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El examen de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la que se condena al Estado resulta útil en un doble plano. Desde una perspectiva general, permite valorar si el respeto estatal de los derechos es la norma o la excepción, y analizar la evolución en esta materia. Desde otra perspectiva, más concreta, permite determinar cuáles son los principales problemas detectados en el sistema español de protección de los derechos fundamentales y, así, tratar de corregirlos.

Es de justicia recordar que dejamos, así, de lado, conscientemente, un número muy numeroso de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que confirman la correcta actuación de las autoridades españolas. Nos centramos, así, en el examen de la excepción, de la patología, para tratar de extraer algunas lecciones útiles.

Antes de comenzar a desarrollar el trabajo propuesto, conviene añadir que el estudio de la doctrina elaborada por el Tribunal de Estrasburgo ofrece hoy, en nuestro país, un motivo añadido de interés. La decisión del legislador español de dificultar el régimen de admisión de los recursos de casación y de amparo ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional hace que hoy sea más difícil encontrar

Sentencias de estos tribunales que sirvan para aclarar el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Esta tarea viene siendo asumida, de forma desigual, lógicamente, por tribunales de menor alcance, por lo que estamos más necesitados de que el Tribunal de Estrasburgo ofrezca una protección que, cuando menos, imponga parámetros mínimos que vinculen a todos los operadores jurídicos en nuestro país.

2. ALGUNOS DATOS GENERALES

En una primera aproximación se aprecia una interesante evolución en el número de condenas impuestas al Reino de España. En muchos años se impone una condena (1988, 1989, 1992, 1993, 1996, 1999, 2001 y 2002) o ninguna (1990, 1991, 1995, 1997 y 2005), que ascienden a dos en 2007, 2008 y 2015 y tres condenas en 1994, 1998 y 2000. Se manejan cifras más altas en 2014 (cuatro), 2004 y 2006, en 2017 (cinco), 2010 (seis), 2013 (siete), 2003 y 2012 (ocho), 2011 (nueve) y 2009 (once) y 2016 (doce). Si proyectamos todos estos datos en un gráfico quedaría así representado.



(Gráfico de elaboración propia)

Antes de valorar este cuadro de elaboración propia conviene hacer ver que existen algunas variables que deben condicionarla. En primer

lugar, por supuesto, el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sea hoy una instancia muy conocida en nuestro país, a diferencia de lo acaecido en los primeros años noventa. Eso podría explicar que hubiera un incremento permanente en el número de demandas presentadas y que eso se proyectara, también, al menos en parte, en las estimadas.

Pero también existen razones que explicarían una progresiva aminoración de las demandas interpuestas ante el Tribunal de Estrasburgo. Así, por ejemplo, la propia consolidación del modelo constitucional y de la cultura de los derechos fundamentales en que se encarna debería haberse traducido, lógicamente, en una aminoración de los conflictos con ellos relacionados. También, lógicamente, la propia jurisprudencia europea debería haber conllevado las reformas (normativas, en su caso, y jurisprudenciales) que impidieran que quejas similares ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos supusieran nuevas condenas del Reino de España. Y no debemos olvidarnos que el Estado puede evitar la condena alcanzando previamente un acuerdo amistoso con el justiciable que ha optado por acudir ante el Tribunal de Estrasburgo. Esto ha ocurrido, recientemente, en dos asuntos¹, lo que ha evitado, cuando menos, una condena adicional sobre el Reino de España.

En todo caso, se aprecia una preocupante bolsa de condenas en los últimos años. En los últimos siete años (2011-2017) se han impuesto 53 condenas, cifra que superan el 51% del total de las Sentencias condenatorias impuestas al Reino de España hasta 2017². Y es una

¹ Son los asuntos G.V.A. (2015) y Raji y otros (2014).

² En lo que va de año, el Tribunal de Estrasburgo ha resuelto mediante Sentencia los asuntos López Ribalda y otros, Cuenca Zarnoso, Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal y Stern Taula y Roura Capellera, y en todos ellos ha condenado al reino de España por vulneración del derecho a la vida privada (por el uso ilícito de cámaras de vigilancia de los trabajadores, en el primer caso, y por no hacer cesar las lesiones medioambientales en el domicilio de los recurrentes, en el segundo). La Sentencia Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal constata la lesión de la dimensión procesal (y, por primera vez, material) del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. Finalmente, la Sentencia Stern Taula y Roura Capellera presume vulnerada la libertad de expresión de los recurrentes a los que se les impuso una condena penal que podría entrañar una privación de libertad por quemar, boca abajo, una foto de los reyes de España en una concentración política organizada contra la dinastía Borbón.

cifra que, al menos, debería haberse incrementado si el Tribunal de Estrasburgo se hubiera pronunciado sobre el asunto G.V.A. También en tiempos recientes, los justiciables han comenzado a solicitar a esta jurisdicción internacional la adopción de medidas cautelares para que la protección de sus derechos sea, en su caso, efectiva.

Algunas razones se pueden avanzar, siempre de forma provisional, que expliquen el alto volumen de condenas impuestas al Estado español.

En primer lugar, y acaso sea el principal motivo, resulta evidente que nuestras autoridades no interiorizan suficientemente las razones de las condenas impuestas y extraen lecciones que eviten futuras lesiones de los derechos humanos. Si nos centramos ahora en sentencias recaídas en los dos últimos años, veremos que algunas de ellas aluden a materias que ya han sido frecuentemente tratadas por el Tribunal de Estrasburgo. Se trata, en cierta manera, de condenas anunciadas.

- a) La Sentencia recaída en el asunto *Vlieeland boody y Marceloa Lanni* censura que se deniegue una indemnización a la persona sometida a una privación de libertad y que finalmente no ha sido condenada por delito alguno, porque ello cuestiona, manifiestamente, la presunción de inocencia. Pues bien, esta jurisprudencia no es novedosa, como acredita la lectura de las Sentencias recaídas en los asuntos *Puig Panella* (2006) y *Tendam* (2010).
- b) En las Sentencias *Porcel Terribas* y otros, *Gómez Olmeda y Atutxa Mendiola* y otros se reitera la necesidad de respetar el principio de inmediación de una persona condenada en la segunda instancia penal, ya proclamada previamente en los asuntos *Igual Coll* (2009), *Marcos Barrios* (2010) o *García Hernández* (2010), entre otras muchos, pero no vulnerar el derecho al proceso debido.
- c) Finalmente, en las Sentencias *Menéndez García y Álvarez González*, *Comunidad de Propietarios Pando* número 20 y *Ruiz-Villar Ruiz* se condena al Estado español por la existencia de dilaciones indebidas en la instrucción y el enjuiciamiento de diversas causas judiciales. Una vez más se recuerda que las dilaciones indebidas, una lacra en nuestro modelo judicial, vulneran el derecho al proceso debido, como ya se había avanzado

en las Sentencias recaídas en los asuntos Unión Alimentaria Sanders (1989), González Doria Durán de Quiroga (2003), López Sole y Martín de Vargas (2003), entre otras muchas.

Resulta claro que estas condenas, impuestas en tiempos recientes a nuestro país, se podrían haber evitado si se hubieran adoptado las medidas necesarias para corregir los defectos apreciados en resoluciones previas del Tribunal de Estrasburgo.

También puede explicar, al menos en parte, un aumento de litigiosidad (y, por tanto, de condenas) ante el Tribunal de Estrasburgo a raíz de la reforma del amparo constitucional de 2007, que pretende objetivarlo.

No deja de ser sorprendente, sin embargo, que en algunos recursos de amparo que sí han sido examinados por el Tribunal Constitucional, este opte por separarse, manifiestamente, de la jurisprudencia vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como veremos en la última parte de esta contribución.

Tampoco el legislador ha mostrado gran diligencia a la hora de modificar aquéllos preceptos que cuestionaban derechos fundamentales. El caso más claro es el de la normativa que regula la interceptación de las comunicaciones por orden judicial, que solamente ha sido modificado en 2015³, pese a que había sido censurada en la STEDH Valenzuela Contreras, en 1998. No altera esta necesidad el hecho de que el mismo Tribunal de Estrasburgo considere que la jurisprudencia de los más altos Tribunales complementa esta regulación y subsana dichas carencias (STEDH Prado Bugallo, 2003).

3. SOBRE LOS DERECHOS MÁS AFECTADOS

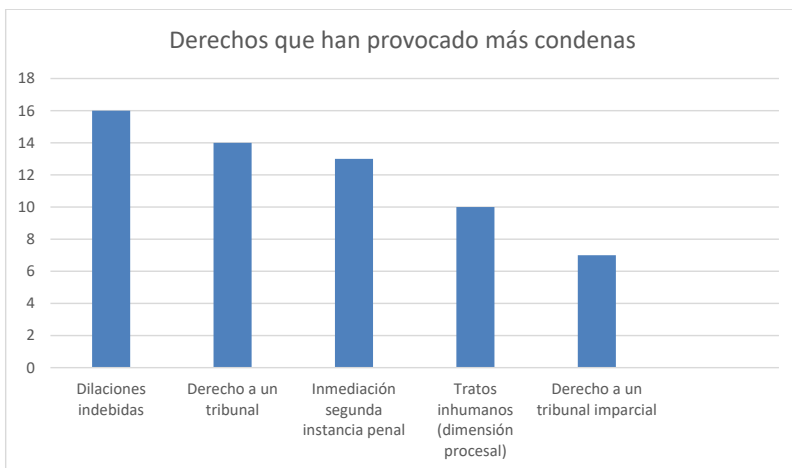
3.1. *Delimitación de los derechos por examinar*

A la hora de buscar los problemas endémicos del Estado español en la protección de los derechos humanos, resulta útil examinar la

³ A través de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

reincidencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de señalar la vulneración de uno u otro de ellos.

En el siguiente gráfico se muestran los derechos humanos que el Reino de España ha vulnerado en mayor número de ocasiones.



(gráfico de elaboración propia)

El número total de condenas impuestas por estos derechos es de sesenta y siete, muy superior al 50% del total (103 hasta este momento⁴). Apuntan a problemas endémicos de nuestra justicia que deben ser afrontados seriamente por nuestros poderes públicos. La pregunta, claro, es cómo. Y aquí es donde solamente se pueden plantear algunas vías, generales y específicas, en relación con cada una de ellas.

3.2. *El derecho a un tribunal*

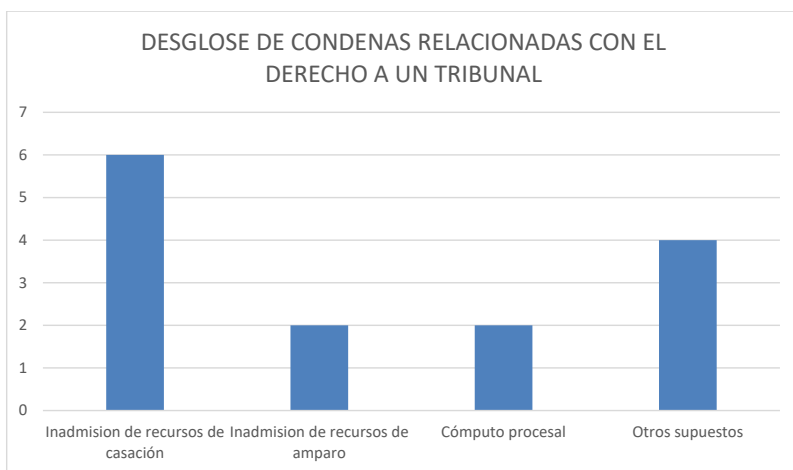
Pero antes de entrar a examinarlos en detalle, merece la pena invertir un segundo para hacer notar que todos los derechos afectados

⁴ Este dato debe ser relativizado porque algunas Sentencias incluyen condenas por vulneración de más de un derecho fundamental. Esto ocurre en los asuntos Ruiz Mateos (1993), Iribarren Pinillos (2009), Tendam (2010), Serrano Contreras (2012), Del Río Prada (2012), B.S. (2012), Sociedad Anónima del Ucieza (2014) y N.D. y N.T. (2017).

tienen que ver con el derecho a la tutela judicial efectiva en nuestro país⁵. Es importante retener este dato para hacer notar la importancia que tiene que el amparo constitucional siga ofreciéndose en relación con este derecho fundamental, aunque ello puede suponer la revisión de decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo y pese a que, en esta materia, resultaría muy difícil la admisión de cualquier asunto si se aplicara estrictamente la reforma de 2007.

También debemos hacer alguna referencia adicional al derecho a un tribunal, que forma parte del derecho al proceso debido reconocido en el artículo 6.1 CEDH. La traslación de este derecho al plano constitucional nos permite afirmar que dentro del derecho a un tribunal se encierran diversas facetas de nuestro derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Si se especifican en un cuadro los supuestos relativos a este derecho, se puede concluir que destaca, manifiestamente, las lesiones que se vinculan con la inadmisión del recurso de casación.



(gráfico de elaboración propia)

⁵ Aunque el TEDH afirma que la falta de diligencia judicial en la investigación de si se han infringido, o no, malos tratos al recurrente lesiona el artículo 3 y no el 6.1 CEDH, entre nosotros sería más lógico situar esta queja como una denegación de justicia, como una ausencia de tutela judicial efectiva (más cerca, pues, del artículo 24.1 que del 15).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que vulnera el derecho a un Tribunal que el Tribunal Supremo opte por admitir, primero, un recurso de casación y decida, después, inadmitirlo. Esto puede ocurrir siete años después (asunto Sáez Maeso, 2004), o cinco (asunto Barrenechea Atucha, 2008), o cuatro (asuntos Salt Hiper S.A., 2007 y Llavador Carretero⁶, 2009) o tres (asunto Golf de Extremadura S.A., 2008). No compartimos, con carácter general, esta opinión, por entender que los tribunales pueden detectar y, lógicamente, evidenciar el incumplimiento de óbices procesales (que, debe recordarse, son de *ius cogens*) cuando se examina, con detalle, el fondo del asunto.

Esto no obsta para entender que las dilaciones existentes entre la primera y segunda decisión sea cuestionable desde la perspectiva del derecho a no sufrir dilaciones indebidas.

También se cuestiona la indebida inadmisión de un recurso de casación en el asunto Stone Court Shipping Company SA (2003), pero en este caso lo que se critica es que el Tribunal Supremo rechace la presentación del mismo a través del Juzgado de Guardia, y no a través de los medios previstos en la Ley. Lo que aquí se cuestiona es el oportuno cumplimiento de los requisitos para recurrir.

En esta materia, son relevantes las dos Sentencias relacionadas con el cómputo de los plazos procesales. Especial interés ha tenido entre nosotros el asunto Pérez de Rada Cavanilles (1998) en el que se crítica la inadmisión de un recurso de reposición presentado contra un Auto dictado por un Juzgado de Primera Instancia de Aoiz en el que se anulaba el acto de conciliación celebrado con su vecino por haberse remitido, en plazo, por vía postal desde la ciudad en que el mismo había sido notificado. No ocurre lo mismo, obviamente, cuando el envío postal que pretende interponer un recurso de amparo se realiza el último día de plazo, porque resulta evidente para un abogado, como era el recurrente, que llegaría fuera de plazo (asunto Rodríguez Valín, 2001). Siguiendo con las condenas, que es el objeto de nuestro estudio, interesa también recordar que el plazo para la interposición de un

⁶ Distinto es el caso Sociedad Anónima del Ucieza (2014), en el que cuestiona que el Tribunal Supremo no considere superada la cuantía exigida para recurrir en casación cuando se está discutiendo la propiedad de una iglesia medieval.

recurso no comienza a correr el día de la aprobación de una Sentencia o de notificación a las partes, sino el día en que alguien, que no ha sido parte en el proceso previo, tiene conocimiento de su existencia (reclamación económica a través del oportuno recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Tribunal Supremo, asunto Miragall Escolano y otros, 2000).

El Tribunal de Estrasburgo ha cuestionado la inadmisión de sendas demandas de amparo. En el primer supuesto porque se inadmite por falta de agotamiento (previamente, por prematura) pese a que la resolución judicial señalaba que contra ella no cabía recurso alguno (asunto De la Fuente Ariza, 2007). En el segundo por considerarla extemporánea, al entender que debió ser interpuesta contra la denegación de nulidad de un procedimiento hipotecario sumario y no tras las resoluciones judiciales en las que se cuestiona ese previo procedimiento hipotecario en su contra a través de un juicio declarativo ordinario, del que conocieron diversas autoridades judiciales (Juez de Primera Instancia 21 de Barcelona y la Audiencia Provincial de Barcelona) (asunto Ferre Gisbert, 2009). Mientras que la primera censura resulta cuestionable, a nuestro entender, la segunda no admite reproche alguno.

Las restantes condenas relacionadas con el derecho a un tribunal recaen sobre supuestos diferentes y particulares. En el asunto *García Manibardo* (2000) se censura la obligación de consignar la cantidad de la condena para poder interponer un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Tarragona por considerarlo una carga excesiva que vulnera el derecho de acceso a un tribunal. La Sentencia *Lacarcel Menéndez* (2006) considera lógicamente cuestionable que no se decretara la nulidad de un proceso dada la evidente falta de cordura de una de las partes procesales con el argumento de que su declaración judicial de incapacidad tuvo lugar más tarde. En el asunto *Díaz Ochoa* (2006) se impide, indebidamente, la acción de nulidad interpuesta por el recurrente ante el Juzgado laboral por habersele notificado mediante edictos, pese a disponer de su dirección postal. Finalmente, en el asunto *Juez Albizú* se constata la manifiesta ausencia de motivación por parte de la Audiencia Provincial que rechaza el recurso de apelación interpuesto por el recurrente.

A la vista de estas consideraciones, se entenderá que no consideremos preciso detenernos en las resoluciones relacionadas, con carácter general, con el derecho a un tribunal del artículo 6 CEDH. De un lado porque se refieren a cuestiones que merecerían desigual tratamiento en nuestro ordenamiento, como son las referidas a los concretos derechos a la motivación de las resoluciones judiciales y a los derechos al acceso a la justicia y al recurso. De otro porque el desglose de estos asuntos evidencia que estamos ante condenas que no son sistemáticas, siendo la más abundante (y discutible al tiempo, como ya se ha indicado, la referida a la inadmisión de recursos de casación).

Sin embargo, es de justicia señalar que esta jurisprudencia no impone que, en todo caso, se justifiquen debidamente los motivos de inadmisión de un recurso de casación o de amparo. En el primer caso, las citadas Sentencias del Tribunal de Estrasburgo censuran que el Tribunal Supremo admita el recurso y posteriormente declare, en fase de enjuiciamiento, que incumple un requisito de admisibilidad. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que, “vista la especificidad del papel que cumple el Tribunal Supremo, puede admitirse un formalismo más intenso en el procedimiento seguido ante él” en lo que atañe a la inadmisión de los recursos de casación⁷.

Y lo mismo ha ocurrido con el Tribunal Constitucional, lo que resulta más cuestionable, desde el momento en que el alto Tribunal se limita a citar el artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que justifica la inadmisión de la demanda. A juicio del Tribunal de Estrasburgo “puede ser suficiente que una jurisdicción superior rechace un recurso refiriéndose únicamente a las disposiciones legales que prevén este procedimiento si las cuestiones planteadas en el recurso no revisten una importancia particular o no presentan una posibilidad suficiente para prosperar”⁸.

También se ha dado por bueno que el Tribunal Constitucional pueda inadmitir un recurso de amparo por considerar que carece de especial trascendencia constitucional, sin que tenga que fundamentar esta afirmación. Ahora bien, por el contrario, sí que deberá explicitar la aplicación de la especial trascendencia constitucional

⁷ Asunto Dosmantes (2012).

⁸ Asuntos Beraza Oroquieta (2012, que se cita) y Bellid y Bellid (2013).

“en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de la justicia”⁹. No deja de ser paradójico que la decisión de inadmisión, que es la más radical para el demandante, no merezca una motivación detallada y sí que ésta sea precisa cuando, superada esta fase, su interés se centra, como resulta lógico, en el fondo del asunto.

3.3. El derecho a no padecer dilaciones indebidas

Atenuada la importancia numérica de las quejas referidas al derecho a un tribunal, debemos comenzar nuestro examen por las dilaciones indebidas, que es el principal problema que presenta nuestro modelo procesal.

Estas quejas deben ser examinadas desde una doble perspectiva, material y cronológica.

Entrando en la primera, estamos en presencia de una lacra que afecta a todas las fases y tipos del proceso. Encontramos Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que decretan la existencia de dilaciones indebidas en procesos civiles (asunto Unión Alimentaria Sanders, 1989), penales (asuntos González Doria Durán de Quiroga, 2003; López Sole y Martín de Vargas, 2003 y Serrano Contreras, 2012), contencioso-administrativos (asuntos Alberto Sánchez, 2004; Iribarren Pinillos, 2009; Comunidad de Propietarios Pando número 20, 2016 y Ruiz-Villar Ruiz, 2016) y sociales (asunto Quiles González, 2004). También se aprecian estas dilaciones en la tramitación del recurso de amparo (asuntos Díaz Aparicio, 2001; Soto Sánchez, 2003 y Menéndez García y Álvarez González, 2016). Finalmente, las dilaciones se pueden producir en otras actuaciones judiciales, como son las referidas a la instrucción penal (asunto Moreno Carmona, 2009), la ejecución de un proceso penal (asunto Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan, 2009) o la ejecución de liquidación del régimen matrimonial de la comunidad de gananciales (asunto Ortuño Ortuño, 2011). También a la tramitación de (sendas) cuestiones de inconstitucionalidad (asunto Ruiz Mateos, 1993).

⁹ Asunto Arribas Antón (2015).

Si nos fijamos ahora en las condenas, de forma cronológica, apreciaremos que el ritmo de condenas ni se detiene ni se atenúa en el tiempo. Hay una condena en 1989, otra en 1993 y otra en 2001. Tres condenas por esta razón en 2003, dos un año después, otras tres en 2009, sendas condenas impuestas en 2011 y 2012 y tres en 2016.

Resulta, pues, evidente, que el problema de las dilaciones indebidas, además de afectar a todos los órdenes procesales está lejos de resolverse. ¿Este problema tiene una solución fácil? No resulta fácil dar una respuesta a este interrogante. Resulta evidente que reformas normativas pueden contribuir a aminorar la burocracia judicial, pero dudamos que resuelvan el problema.

- a) La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Una de sus pretensiones es “evitar dilaciones innecesarias”, para lo que se prevén una serie de medidas concretas: (a) la modificación de las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales; (b) la reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido; (c) la fijación de plazos máximos para la instrucción; y (d) la regulación de un procedimiento monitorio penal. De todas ellas, la más debatida ha sido la referida a la fijación de plazos máximos para la instrucción penal¹⁰.

Resulta positivo, en principio, que el legislador centre su mirada en el proceso penal, en el que las dilaciones indebidas son especialmente cuestionables, tanto en lo que atañe a la persona que ha sido acusada de la comisión de un delito como a la posición de las presuntas víctimas, en particular y del interés

¹⁰ Ver la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2015, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción. La medida ha sido cuestionada por entender que puede ser una puerta a que las casusas complejas no puedan ser instruidas en dichos plazos y ellos suponga la impunidad de los investigados. Ver, a título de ejemplo <http://www.abc.es/espana/20150619/abci-jueces-criticas-catala-201506191303.html> y <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10654-los-jueces-alaya-ruz-coinciden-en-su-critica-a-los-nuevos-plazos-de-instruccion-de-la-lecgrim/>.

objetivo que con él se ventila. Ahora bien, resulta evidente el legislador no puede alterar, por sí solo, la realidad. Resultaría ingenuo pensar que esta modificación normativa resolverá todos los problemas. De hecho, el precepto que ahora se deroga indicaba que la instrucción se desarrollaría en un mes. Y ha sido una norma muerta...

- b) Debemos recordar que las dilaciones indebidas se producen en todos los órdenes jurisdiccionales y no sólo en el penal, que es patente la falta de medios con los que cuentan los Juzgados y Tribunales en nuestro país. Resulta esencial dotar de medios, personales y técnicos, a los tribunales de nuestro país. Por ejemplo, la digitalización de los documentos procesales puede ahorrar, y ofrecer, además, una mejor conexión entre los expedientes judiciales, haciendo innecesarias miles de pequeñas gestiones que alargan mucho las causas.
- c) Pero tampoco es únicamente responsable de este mal la Administración. Los ciudadanos también tienen una importante responsabilidad por un uso en ocasiones abusivos de los recursos judiciales. En nuestro país existe una clara tendencia a recurrir todo lo recurrible, incluido aquello que está condenado al fracaso. Mi experiencia en el Tribunal Constitucional es que más de un 90% de las demandas rozaban manifiestamente en la temeridad o bien del recurrente o bien, y eso sería más grave, del abogado que, teóricamente, defiende sus intereses. La propia justicia, que es un servicio público muy caro, debería poner coto a tales excesos a través de un sistema serio de multas y sanciones que se nos antojan más justas que las costas impuestas a todos los usuarios del sistema judicial que fueron promovidas en el pasado, si bien han sido posteriormente eliminadas para las personas físicas.

No podemos concluir este apartado sin subrayar que la celebración de los procesos judiciales en un plazo razonable es, sin ninguna duda, uno de los retos más evidente a los que se enfrenta nuestra justicia. Aunque se han propuesto algunas medidas concretas, la obtención de una justicia eficiente requiere de un estudio mucho más profundo que el apuntado en estas líneas.

3.4. *El principio de inmediación en segunda instancia penal*

Debemos detenernos ahora en la segunda queja más amparada por el Tribunal de Estrasburgo, que es la referida a la inmediación del procesado en la segunda instancia penal. Dicho de forma resumida, y en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, “el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción”¹¹.

Esto supone que, en segunda instancia, se deberá de oír nuevamente a los testigos, peritos y al propio acusado. Es posible cuestionar el acierto de esta doctrina, dado que diluye la idea de apelación penal y convierte ésta, en realidad, en un nuevo proceso penal. El tribunal *ad quem* deja de revisar la corrección o no de la actuación del tribunal a quo, y comienza a realizar una valoración nueva, a la vista directa e inmediata de las pruebas presentadas en el (nuevo) plenario. Es verdad, sin embargo, que este derecho presenta límites, ya que nada impide al Tribunal *ad quem* que, sin inmediación, se pronuncie sobre aspectos técnicos no referidos a la autoría o no de delito en relación con pruebas de carácter personal.

En todo caso, lo cierto es que la introducción de este nuevo derecho ha exigido un gran esfuerzo de adaptación a nuestros tribunales. Es de justicia señalar que existía además una importante disfunción en nuestro modelo procesal que dificultaba, aún más, la asunción de que el Tribunal Supremo actuará como segunda instancia penal a través del recurso de casación. Es sabido que este recurso tiene carácter extraordinario y que sirve, fundamentalmente, para la revisión de la aplicación de la Ley realizada por los tribunales de instancia y para la unificación de criterios jurisprudenciales, fines ajenos a examinar la culpabilidad de la persona condenada. En efecto, se indica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que procede “el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma” (art. 847). Sin em-

¹¹ STC 191/2014/3, de 17 de noviembre.

bargo, en la medida en que actuaba, *de facto* como segunda instancia penal, era lógico que el Tribunal de Estrasburgo impusiera también la necesidad de que se respetara la inmediación en sede casacional (asuntos Lacadena Calero, 2011; Serrano Contreras, 2012; Vilanova Goterris y Llop García, 2012 y Atutxa Mendiola y otros, 2017).

Afortunadamente, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha terminado con esta evidente disfunción, atribuyendo ahora el conocimiento de la apelación contra las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente (art. 846ter LECr). Es muy probable que esta medida sea especialmente útil para evitar futuras condenas por vulnerar el citado principio de inmediación.

3.5. El derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes en su enfoque procesal

La cuarta causa de las condenas impuestas a nuestro país trae causa de la lesión del derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes, en su dimensión procesal. La simple mención de este derecho, incompatible con cualquier Estado que quiera seguir siendo democrático, nos evidencia que estamos ante un serio problema que debería ser atajado de inmediato.

Pero antes de describir los posibles remedios que impidan (o, cuando menos mitiguen) la eventual existencia de malos tratos en nuestras comisarías y prisiones conviene recordar, brevemente, el alcance de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Éste no condena, por lo general, al reino de España porque se haya constatado que autoridades públicas han torturado o infringido malos tratos a los recurrentes, sino porque se evidencia que las denuncias de estos no han sido mínimamente investigadas. Es esta falta de celo en la búsqueda de la verdad material la que ha justificado que el Reino de España haya sido condenado en una media docena larga de casos.

Sin embargo, debe recordarse que una de las más recientes condenas (Sentencia Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal) sí que condena

al Reino de España por vulneración material del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. Queda acreditado que uno de los detenidos presenta “contusiones y erosiones múltiples, y especialmente una fractura y una contusión pulmonar, confirmando así un pronóstico muy grave”, y diversos testimonios prestados en el plenario explican que las lesiones eran debidas a una agresión reiterada y directa, y no a una técnica de inmovilización. Y a la vista de los inconsistentes argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo (que las citadas lesiones traen causa de factores posteriores en el tiempo e indeterminados) y de la existencia cierta y no cuestionada de los daños provocados, termina imponiendo la primera condena vinculada con la comisión material de tratos inhumanos y degradantes. Procede recordar también que algunos Jueces discrepantes (Keller, Pastor Vilanova y Serghides) defienden que estamos en presencia de torturas, por el carácter deliberado del comportamiento de la Guardia Civil, por el tiempo que precisó el primer recurrente para su recuperación y por vincular su finalidad con el deseo de humillación y venganza. Si la mayoría no sigue esta dirección es por no haber quedado acreditada la finalidad de los abusos cometidos y sí sus efectos limitados en el tiempo.

Centrando nuestra mirada en la dimensión procesal del artículo 3, que es la que nos ocupa, conviene reiterar, de entrada, que nuestros tribunales no situarían, en estos casos, este desfallecimiento judicial en la órbita del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), sino en la del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que sería el órgano judicial quién no la prestaría eficazmente.

Pero, en todo caso, resulta sorprendente que no se hayan adoptado medidas concretas y eficientes que prevengan los malos tratos, dado el volumen de condenas impuestas por esta lesión (diez) y su persistencia a lo largo del tiempo (hay condenas en los asuntos Martínez Sala y otros, 2004; Iribarren Pinillos, 2009; San Argimiro Isasa, 2010; Beristain Ukar, 2011; B.S. y Otamendi Egiguren, ambos en 2012; Etxebarria Caballero y Ataún Rojo, ambos en 2014; Arratibel Garcíandia, 2015 y Beortegui Martínez, 2016).

No puede afirmarse seriamente que estas condenas sean sorprendentes para el Estado español. “Amnistía Internacional ha denunciado la falta de investigaciones prontas, exhaustivas e imparciales frente a

múltiples casos que ha documentado de tortura y otros malos tratos. España tiene la obligación de garantizar que las personas señaladas de haber cometido actos de tortura u otros malos tratos sean debidamente investigadas y puestas a disposición judicial para ser sometidas a un juicio justo, así como de proporcionar a las víctimas un recurso efectivo, que incluya el acceso a una reparación adecuada”¹².

Sorprende la persistencia de un problema que, a diferencia de los tratados con anterioridad no presenta ni una gran complejidad ni problemas teóricos de delimitación nada desdeñables, como ocurre con las dilaciones indebidas o la inmediatez en la segunda instancia penal, respectivamente.

En efecto, en estos casos resulta posible adelantar algunos eventuales remedios que limiten la eventual existencia de malos tratos de personas detenidas o retenidas y que permitan establecer, en su caso, procedimientos que ventilen las eventuales responsabilidades, administrativas y penales, en que puedan incurrir los agentes públicos que participen en tan deleznable comportamientos.

De un lado, debería aprobarse una normativa que advirtiera a todos los policías que se podrán instalar cámaras ocultas en todas las instalaciones de comisarías y prisiones sin previo aviso por decisión administrativa, y que dicha medida podrá alcanzar a espacios vinculados con la intimidad (baños, celdas, etc.) cuando así lo determine la autoridad judicial. De otro lado, sería conveniente también crear un protocolo mucho más exigente para tramitar las denuncias de malos tratos realizadas por agentes públicos, incluyendo una pronta identificación de las personas investigadas, y una instrucción rigurosa de dichos expedientes.

Somos pesimistas en este punto. Y lo somos por distintas razones. La primera es que el Estado español no ha reaccionado ante los contundentes informes del Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (de 2003,

¹² En España. Informe para el Comité contra la tortura de las Naciones Unidas, aprobado en la 54ª sesión, celebrada entre el 20 de abril y el 15 de mayo de 2015, p. 9. Disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4113502015SPANISH.PDF>.

de 2007, de 2011 y de 2013¹³) que denuncian las carencias existentes en esta materia. La segunda, y más grave, es que el Gobierno de la Nación ha tenido a bien indultar, y por dos veces, a unos Moscosos d'Esquadra condenados por Sentencia firme por delitos contra la integridad moral, tortura y lesiones, con el fin de que no entraran en prisión y pudieran seguir prestando sus servicios en la fuerza policial¹⁴. Resulta inquietante que el Estado indulte delitos tan graves como estos, generando una suerte de impunidad en comportamientos que deberían ser erradicados de raíz.

3.6. *El derecho a un tribunal imparcial*

Quedaría por examinar el derecho al juez imparcial, que ha provocado siete condenas al Reino de España. Como es sabido, lo que este derecho impide es que una de las personas que forma parte del órgano judicial que debe resolver una cuestión no esté comprometida ni con el asunto que se enjuicia ni con las partes en el proceso.

Las condenas impuestas son dispersas a lo largo de los años, entre 1998 a 2015, pasando por otras decretadas en 2002, 2003, 2008, 2010 y 2012.

El problema general en nuestro país, a la vista de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que esta contaminación es objetiva, y trae causa de que un determinado Magistrado, que ya ha actuado previamente en otra resolución previa sobre la misma causa, deba pronunciarse sobre otra, pudiendo verse condicionado por la primera. Por ejemplo, si un Magistrado deniega la libertad provisional a una persona que se le va a juzgar, y esgrime para ello que dadas las evidencias que pesan sobre él podría huir, no es una persona apta para conformar la Sala que deba enjuiciar el fondo del asunto. Es evidente que ya tiene un prejuicio que podría condicionar su imparcialidad.

Esto puede ocurrir cuando se decreta un auto de procesamiento por parte de sendos jueces que luego intervendrán en el tribunal penal

¹³ Ver <http://www.cpt.coe.int/fr/etats/esp.htm>.

¹⁴ Ver https://elpais.com/ccaa/2012/11/23/catalunya/1353685762_721715.html y https://elpais.com/ccaa/2012/02/17/catalunya/1329502498_773998.html.

militar sentenciador (asunto Castillo Algar, 1998) o de aquéllos Magistrados que confirman el auto de procesamiento y decretan medidas en su contra (prisión) (asunto Perote Pellón, 2002). En los asuntos Cardoña Serrat (2010) y Alony Kate (2012) se cuestiona que un Magistrado acuerde, al tiempo, la prisión provisional del encausado y su condena posteriormente (en el segundo caso, además, en calidad de ponente).

También se incurre en un supuesto de falta de imparcialidad objetiva en el asunto Gómez de Liaño y Botella (2008) y Cardoña Serrat (2010). Otro supuesto, ocurrido en los asuntos Pescador Valero (2003) y Blesa Rodríguez (2015), es que forme parte de la Sala un profesor asociado de la Universidad que es parte procesal. Es tan evidente que ésta no es una práctica aconsejable que resulta difícil entender cómo, tras la Sentencia del año 2003, se ha vuelto a producir una situación tan desafortunada.

Más allá de casos tan evidentes como estos dos últimos que se acaban de enunciar, puede afirmarse que las condenas impuestas no son significativas ni por su volumen ni por su relevancia. Siendo obvio que se debe mostrar especial cautela en incurrir en supuestos en que pueda ser invocada la imparcialidad objetiva, debe subrayarse, en positivo, que no se hayan producido condenas porque un Juez o Magistrado haya incurrido en imparcialidad subjetiva.

Hasta aquí una breve examen y valoración de los principales problemas que nuestro país presenta en materia de derechos humanos, a la vista del número de condenas impuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como ya se indicó al comienzo de estas líneas, este informe dará igualmente cuenta de algunos temas que presentan especial relevancia para el Estado español, así como algunos otros frentes que, al modesto entender de este profesor, puedan originar nuevas condenas al Reino de España.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELEVANTE PARA EL REINO DE ESPAÑA

Como la idea es publicar este estudio en el marco de un estudio comparado, puede ser útil (especialmente para el lector foráneo) dar

cuenta de aquellos asuntos que presentan una especial relevancia para el ordenamiento constitucional español. Y ello con independencia de que en ellos han terminado por condenar, o no, al Reino de España. A ellos aludiremos a continuación.

Destaca, en primer lugar, el asunto Ruiz Mateos (1993), porque de su lectura se deduce que una parte procesal debió poder personarse ante el Tribunal Constitucional en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad. Resulta claro que esta doctrina resulta discutible, dado que lo que en este proceso constitucional se ventila es la constitucionalidad, o no, de una norma con fuerza de Ley, cuestión ajena, en principio, a los intereses de las partes procesales en el proceso *a quo*. Lo relevante es que esta doctrina ha sido posteriormente matizada (asunto Gorráiz Lizárraga y otros, 2004), por entender el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la norma cuestionada tiene carácter general y que, en todo caso, las alegaciones de las partes sobre el planteamiento y la viabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad se incluyen en el conjunto de las actuaciones procesales de las que ya dispone el Tribunal Constitucional. No deja de ser llamativo, a la vista de esta nueva jurisprudencia, más respetuosa con nuestra Constitución, que la LO 6/2007 haya contemplado (además, con carácter general e incondicionado) la personación de las partes en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad (art. 37.2 LOTC).

También debemos aludir, en segundo lugar, a la problemática del terrorismo en nuestro país. En lo que ahora interesa, la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos reguló la eventual ilegalización de aquéllos partidos políticos y agrupaciones de electores que apoyen el terrorismo. La consiguiente disolución de partidos políticos que apoyaban la violencia terrorista, candidaturas electorales y agrupaciones de electores ha sido objeto de diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Destacan las Sentencias dictadas en los asuntos Herri Batasuna y Batasuna (2009), Etxeberría Barrena Arza Nafarroako Audeterminazio Bilgunea y Airako y otros (2009), Heritarrren Zerrenda (2009), Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) (2010), Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) (2015), en las que se ha descartado la lesión de diversos derechos humanos (de asociación, libertad de expresión, celebración de elecciones periódicas, etc.).

Dos cuestiones debemos destacar. La primera es que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, en este caso, más restrictiva que la española. Mientras que entre nosotros solamente se puede disolver una formación política si, de una u otra forma, está al servicio del terrorismo, el Tribunal de Luxemburgo entiende que también es compatible con el Convenio su disolución cuando persiga fines incompatibles con el principio democrático.

La segunda consideración que queremos realizar es que compartimos la práctica totalidad de esta jurisprudencia, excepto la Sentencia recaída en el asunto Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) (2010). En esta Sentencia se avala la anulación parcial de las candidaturas presentadas por ANV a un concreto proceso electoral, como ya hizo el Tribunal Constitucional español (STC 112/2007, de 10 de mayo). A nuestro modesto entender, tal actuación no estaba entonces prevista en la Ley, ya que ésta permitía, exclusivamente, disolver un partido que continuara la actuación de otro previamente ilegalizado o anular la proclamación de candidaturas impulsadas por agrupaciones de electores con el mismo fin. La decisión de anular, selectivamente, algunas de las candidaturas presentadas por una formación política que no se ilegaliza al tiempo no encuentra, pues, respaldo legal, por lo que debió encontrar amparo la formación política.

5. OTROS FRENTE ABIERTOS

Queremos hacer hincapié en algunos de los retos que en materia de derechos humanos tiene nuestro país.

El primero de ellos es el cumplimiento de la legislación en materia de asilo¹⁵, que debe respetar el Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Pues bien, resulta evidente que el Estado español no ha mostrado un serio compromiso con respetar el derecho de asilo, y esto

¹⁵ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre), modificada por la Ley 2/2014, de 25 de marzo.

ha obligado al Tribunal de Estrasburgo a tener que tomar medidas cautelares que impidan la expulsión del solicitante de asilo a aquéllos países de los que huyen mientras se ventilan los recursos presentados, siempre que estos no sean manifiestamente temerarios¹⁶.

Resulta manifiestamente sorprendente que la interposición de un recurso contra la denegación de asilo no conlleve la suspensión automática de la orden de suspensión, mientras se sustancia. Tal práctica procesal convierte el derecho de asilo en papel mojado.

Puede comprenderse que, en la concreta coyuntura actual, con miles de seres humanos buscando asilo en Europa, los países del viejo continente puedan articular medidas generales (distribución de cupos, medidas que faciliten su mejor integración), pero no resulta posible incumplir manifiestamente los convenios internacionales que vinculan a todos los Estados miembros. El temor de la eventual entrada de terroristas en este proceso resulta, simplemente, tendencioso, puesto que los atentados producidos en Estados Unidos, Francia y Bélgica han sido realizados, en todo los casos, por personas que tienen nacionalidades americana y europeas, respectivamente. Y conviene recordar, además, que esta savia nueva sería de utilidad para paliar el envejecimiento de nuestras sociedades.

Una de las más recientes condenas impuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Reino de España (asunto N.D. y N.T., 2017) pone fin a la práctica de la “devolución en caliente” de aquéllos extranjeros que, de forma ilícita, logran traspasar la valla de Melilla. El Tribunal entiende que se vulnera el derecho a un recurso efectivo de las personas expulsadas, y se incurre, además, en expulsiones colectivas que han sido prohibidas por el artículo 4 del Protocolo 4 anejo al Convenio. Incide esta jurisprudencia, una vez más, en la necesidad de rodear nuestra legítima protección de fronteras con el respeto de las personas que pretenden acceder a las mismas.

Otro foco de interés es el de los nuevos derechos que impone el derecho a la vida privada, y que se conectan, en primer lugar, con el derecho a la paz medioambiental en el domicilio (ver asuntos López Ostra, 1994; Moreno Gómez, 2004 y Martínez Martínez, 2011). El Tribunal Constitucional ha entendido que esta dimensión debe inte-

¹⁶ Ver asunto O.G.S. y D.M.L. (2015).

grarse en el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución española, aunque no prestó una tutela eficaz de tal doctrina en el amparo resuelto en la STC 150/2011, de 29 de septiembre, lo que ha supuesto la condena del Reino de España en la reciente Sentencia Cuenca Zarnoso.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en la STC 186/2013, a se ha negado integrar en el mismo precepto el derecho, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vincula con el derecho a la vida privada, a no separar a los padres e hijos menores. En el caso en especie, ha consentido que se expulsará a la madre de una hija menor, decisión que contrariaba la doctrina del Tribunal de Estrasburgo más reciente en la materia (asunto Udeh c. Suiza. Demanda 12020/09, Sentencia de la Sección Segunda de 16 de abril de 2013). Esta denegación material de justicia, unida a la segura lesión del Convenio, explica que el Estado español haya preferido llegar a un acuerdo amistoso con la mujer expulsada, antes de que el Tribunal de Estrasburgo impusiera una condena segura¹⁷.

En el mismo sentido, sorprende que el Tribunal Constitucional confirme la condena penal impuesta a unas personas que, en una concentración, quemaron una imagen de los reyes de España (STC 177/2015, de 22 de julio de 2015), cuando el Tribunal de Estrasburgo ha amparado comportamientos mucho más ofensivos contra el Gobierno (asunto Castells, 1992) y la propia Corona (asunto Otegi Mondragón, 2011) para garantizar la libertad de expresión. No resulta sorprendente, por estas razones, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya amparado recientemente a los recurrentes en la Sentencia Stern Taulats y Roura Capellera (2018).

A la vista de todos estos elementos, debemos alegrarnos de que el Tribunal de Estrasburgo siga construyendo un estándar mínimo de protección de los derechos humanos. De esta forma no solamente se garantiza la libertad propia del Estado constitucional, sino que también se contribuye a crear un nivel efectivo de protección de los derechos humanos en suelo europeo. Aunque en ocasiones se pueda discrepar de la argumentación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando ampara o desestima determinadas quejas, resulta

¹⁷ Asunto G.V.A. (2015).

indudable que hoy juega un papel imprescindible que siempre debe ser subrayado.

6. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CONDENATORIAS Y OTROS ASUNTOS CITADOS

1988

- Asunto **Barbera, Messegue y Jabardo** c. Esp. (Demanda 10590/83, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en sesión plenaria de 6 de diciembre de 1988).

1989

- Asunto **Unión Alimentaria Sanders** c. Esp. (Demanda 11681/85, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 7 de julio de 1989).
- 1992
- Asunto **Castells** c. Esp. (Demanda 11798/85, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 23 de abril de 1992).
- 1993
- Asunto **Ruiz-Mateos** c. Esp. (Demanda 12952/87, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en sesión plenaria de 23 de junio de 1993).

1994

- Asunto **Hiro Balani** c. Esp. (Demanda 18064/91, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 9 de diciembre de 1994).
- Asunto **López Ostra** c. Esp. (Demanda 16798/90, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 9 de diciembre de 1994).
- Asunto **Ruiz Torija** c. Esp. (Demanda 18390/91, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 9 de diciembre de 1994).

1996

- Asunto **Scott** c. Esp. (Demanda 21335/93, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 18 de diciembre de 1996).

1998

- Asunto **Valenzuela Contreras** c. Esp. (Demanda 27671/95, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 30 de julio de 1998).
- Asunto **Castillo Algar** c. Esp. (Demanda 28194/95, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 28 de octubre de 1998).
- Asunto **Pérez de Rada Cavanillas** c. Esp. (Demanda 28090/95, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 28 de octubre de 1998).

1999

- Asunto **Riera Blume y otros** c. Esp. (Demanda 37680/97, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de octubre de 1999).

2000

- Asunto **Miragall Escolano y otros** c. Esp. (Demandas 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 y 41509/98, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000).
- Asunto **García Manibardo** c. Esp. (Demanda 38695/97, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de febrero de 2000)
- Asunto **Fuentes Bobo** c. Esp. (Demanda 39293/98, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000).

2001

- Asunto **Díaz Aparicio** c. Esp. (Demanda 49468/99, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2001).
- Asunto **Rodríguez Valín** c. Esp. (Demanda 47792/99, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2001).

2002

- Asunto **Perote Pellón** c. Esp. (Demanda 45238/99, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de julio de 2002).

2003

- Asunto **Prado Bugallo** c. Esp. (Demanda 58496/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2003).
- Asunto **Iglesias Gil y A.U.I.** c. Esp. (Demanda 56673/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de abril de 2003).
- Asunto **Pescador Valero** c. Esp. (Demanda 62435/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de junio de 2003).
- Asunto **Gabarrí Moreno** c. Esp. (Demanda 68066/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2003).
- Asunto **González Doria Durán de Quiroga** c. Esp. (Demanda 59072/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003).
- Asunto **López Sole y Martín de Vargas** c. Esp. (Demanda 61133/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003).
- Asunto **Stone Court Shipping Company S.A.** c. Esp. (Demanda 55524/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003).
- Asunto **Soto Sánchez** c. Esp. (Demanda 66990/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2003).

2004

- Asunto **Gorráiz Lizárraga y otros** c. Esp. (Demanda 62543/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2004).
- Asunto **Quiles González** c. Esp. (Demanda 71752/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2004).
- Asunto **Martínez Sala y otros** c. Esp. (Demanda 58438/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2004).
- Asunto **Sáez Maeso** c. Esp. (Demanda 77837/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004).
- Asunto **Alberto Sánchez** c. Esp. (Demanda 72773/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004).

- Asunto **Moreno Gómez** c. Esp. (Demanda 4143/02, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004).

2006

- Asunto **Puig Panella** c. Esp. (Demanda 1483/02, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006).
- Asunto **Lacarcel Menéndez** c. Esp. (Demanda 41745/02, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de junio de 2006).
- Asunto **Díaz Ochoa** c. Esp. (Demanda 423/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 2006).
- Asunto **Olaechea Cahuas** c. Esp. (Demanda 24668/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de agosto de 2006).
- Asunto **Dacosta Silva** c. Esp. (Demanda 69966/01, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2006).

2007

- Asunto **Salt Hiper S.A.** c. Esp. (Demanda 25779/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de junio de 2007).
- Asunto **de la Fuente Ariza** c. Esp. (Demanda 3321/04, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de noviembre de 2007).

2008

- Asunto **Barrenechea Atucha** c. Esp. (Demanda 34506/02, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2008).
- Asunto **Gómez de Liaño y Botella** c. Esp. (Demanda 21369/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2008).

2009

- Asunto **Golf de Extremadura SA** c. Esp. (Demanda 1518/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009).

- Asunto **Iribarren Pinillos** c. Esp. (Demanda 36777/03, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009).
- Asunto **Igual Coll** c. Esp. (Demanda 37496/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2009).
- **Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan** c. Esp. (Demanda 28142/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 2009).
- Asunto **Moreno Carmona** c. Esp. (Demanda 26178/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 2009).
- Asunto **Exteberria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Atarako y otros** c. Esp. (Demandas 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2009).
- Asunto **Herri Batasuna y Batasuna** c. Esp. (Demandas 25803/04 y 25817/04, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2009).
- Asunto **Herritarren Zerrenda** c. Esp. (Demanda 43518/04, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2009).
- Asunto **C.C.** c. Esp. (Demanda 1425/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de octubre de 2009).
- Asunto **Ferré Gisbert** c. Esp. (Demanda 39590/05, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de octubre de 2009).
- Asunto **Juez Albizu** c. Esp. (Demanda 25242/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2009).
- Asunto **Muñoz Díaz** c. Esp. (Demanda 49151/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009).
- Asunto **Gurguchiani** c. Esp. (Demanda 16012/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2009).
- Asunto **Llavador Carretero** c. Esp. (Demanda 21937/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2009).

2010

- Asunto **Gutiérrez Suárez** c. Esp. (Demanda 16023/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de junio de 2010).
- Asunto **Tendam** c. Esp. (Demanda 25720/05, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2010).
- Asunto **Marcos Barrio** c. Esp. (Demanda 17122/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2010).
- Asunto **San Argimiro Isasa** c. Esp. (Demanda 2507/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2010).
- Asunto **Cardona Serrat** c. Esp (Demanda 38715/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 2010).
- Asunto **García Hernández** c. Esp (Demanda 15256/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2010).

2011

- Asunto **Beristain Ukar** c. Esp (Demanda 40351/05, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de marzo de 2011).
- Asunto **Otegi Mondragón** c. Esp (Demanda 02034/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2011).
- Asunto **Saleck Bardi** c. Esp (Demanda 66167/09, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 2011).
- Asunto **Lizaso Azconobieta** c. Esp (Demanda 28834/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2011).
- Asunto **Ortuño Ortuño** c. Esp (Demanda 30350/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011).
- Asunto **Martínez Martínez** c. Esp (Demanda 21532/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2011).
- Asunto **Almenara Álvarez** c. Esp (Demanda 16096/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de octubre de 2011).

- Asunto **Lacadena Calero** c. Esp (Demanda 23002/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011).
- Asunto **Valbuena Redondo** c. Esp (Demanda 21460/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de diciembre de 2011).

2012

- Asunto **Alony Kate** c. Esp (Demanda 05612/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2012).
- Asunto **Serrano Contreras** c. Esp (Demanda 49183/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2012).
- Asunto **Manzanas Martín** c. Esp (Demanda 17966/10, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2012).
- Asunto **K.A.B.** c. Esp (Demanda 59819/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2012).
- Asunto **Del Río Prada** c. Esp (Demanda 42750/09, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2012).
- Asunto **B.S.** c. Esp (Demanda 47159/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de julio de 2012).
- Asunto **Beraza Oroquieta** (Demanda 26000/10, Auto de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 2012).
- Asunto **Otamendi Egiguren** c. Esp (Demanda 47303/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de octubre de 2012).
- Asunto **Vilanova Goterris y Llop García** c. Esp (Demandas 05606/09 y 17516/09, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2012).
- Asunto **Dosmantes** c. Esp (Demanda 20996/10, Auto de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de diciembre de 2012).

2013

- Asunto **Bellid y Bellid** c. Esp (Demandas 32336/12 y 32340/12, Auto de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2013).

- Asunto **García Mateos** c. Esp (Demanda 38285/09, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de febrero de 2013).
- Asunto **Varela Geis** c. Esp (Demanda 61005/09, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de marzo de 2013).
- Asunto **R.M.S.** c. Esp (Demanda 28775/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2013).
- Asunto **Nieto Macero** c. Esp (Demanda 26234/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de octubre de 2013).
- Asunto **Roman Zurdo y otros** c. Esp (Demandas 28399/09 y 51135/11, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de octubre de 2013).
- Asunto **Naranjo Acevedo** c. Esp (Demanda 35348/09, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de octubre de 2013).
- Asunto **Sáinz Casla** c. Esp (Demanda 18054/10, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 2013).

2014

- Asunto **A.C. y otros** c. Esp (Demanda 06528/11 y otros, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de abril de 2014).
- Asunto **Etxebarria Caballero** c. Esp (Demanda 74016/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de octubre de 2014).
- Asunto **Ataun Rojo** c. Esp (Demanda 03344/13, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de octubre de 2014).
- Asunto **Sociedad Anónima del Ucieza** c. Esp (Demanda 38963/08, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 2014).
- Asunto **Raji y otros** c. Esp (Demanda 03537/13. Auto de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 2014).

2015

- Asunto **Arribas Antón** c. Esp (Demanda 16563/11, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015).

- Asunto **O.G.S. y D.M.L.** c. Esp (Demanda 62799/11, Auto de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015).
- Asunto **G.V.A.** c. Esp (Demanda 35765/14. Auto de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de marzo de 2015).
- Asunto **Arratibel Garcíandia** c. Esp (Demanda 58488/13, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de mayo de 2015).
- Asunto **Blesa Rodríguez** c. Esp (Demanda 61131/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2015).

2016

- Asunto **Rodríguez Ravelo** c. Esp (Demanda 48074/10, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016).
- Asunto **Vieland Boody y Marcelo Lanni** c. Esp (Demandas 53465/11 y 09634/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2016).
- Asunto **Porcel Terribas y otros** c. Esp (Demanda 47530/13, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de marzo de 2016).
- Asunto **Menéndez García y Álvarez González** c. Esp (Demandas 73818/11 y 09634/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2016).
- Asunto **Gómez Olmeda** c. Esp (Demanda 61112/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de marzo de 2016).
- Asunto **Beortegui Martínez** c. Esp (Demanda 36286/14, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de mayo de 2016).
- Asunto **Jiménez Losantos** c. Esp (Demanda 53421/10, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2016).
- Asunto **Flores Quiros** c. Esp (Demanda 75183/10, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de julio de 2016).
- Asunto **Cano Moya** c. Esp (Demanda 03142/11, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016).

- Asunto **Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. Esp** (Demanda 23298/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016).
- Asunto **Comunidad de Propietarios Pando número 20 c. Esp** (Demanda 64204/10, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de diciembre de 2016).
- Asunto **Ruiz-Villar Ruiz c. Esp** (Demanda 16476/11, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de diciembre de 2016).

2017

- Asunto **Aparicio Navarro Reverter y Garcia San Miguel y Orueta c. Esp** (Demanda 39433/11, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2017).
- Asunto **Rubio Dosamantes c. Esp** (Demanda 20996/10, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 2017).
- Asunto **Trabajo Rueda c. Esp** (Demanda 32600/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2017).
- Asunto **Atutxa Mendiola y otros c. Esp** (Demanda 41427/14, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 2017).
- Asunto **N.D. y N.T. c. Esp** (Demandas 08675/15 y 08697/15, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de octubre de 2017).

2018

- Asunto **López Ribalda c. Esp** (Demandas 1874/13 y 8567/13, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018).
- Asunto **Cuenca Zarnoso c. Esp** (Demanda 23383/12, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de enero de 2018).
- Asunto **Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. Esp** (Demandas 1653/13, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2018).
- Asunto **Stern Taulats y Roura Capellera c. Esp** (Demandas 51168/15 y 51186/15, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018).

FRANCIA

Hubert Alcaraz

*Profesor titular de derecho público
Université de Pau et des pays de l'Adour,
Institut d'études ibériques et ibérico-américaines
(CNRS UMR 7318)*

Como cada uno sabe, Francia figura dentro de los Estados fundadores del Consejo de Europa, lo que produce esa situación paradójica según la cual fue pionera en la construcción de un sistema supranacional de protección de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, muy cautelosa o tímida en su implicación individual en esa construcción. Así, Francia, quien aloja el Tribunal europeo de derechos humanos, firmó el Convenio en 1950, a través la persona de Robert Schuman, es decir el año mismo de su elaboración. Y entonces, no se pudo imaginar que Francia iba a manifestar tantas resistencias.

Sin embargo, es ahora una evidencia y un hecho fundado que este sistema sofisticado y revolucionario, consistiendo en una garantía internacional y jurisdiccional de los derechos, no fue aceptado con entusiasmo por Francia. Los hechos son numerosos que confirman esa apreciación: Francia ratificó el Convenio sólo en 1974, el 3 de mayo, aceptando exclusivamente la competencia del Tribunal europeo, después de las amenazas de renuncia de René Cassin, premio Nobel de la paz en 1968, y presidente del TEDH en aquel momento. De la misma manera, por lo que se refiere a la admisión del recurso individual, tuvimos que esperar hasta 1981, año durante la cual, después la victoria electoral del partido socialista, André Chandernagor y Robert Badinter favorecieron esa evolución esencial, Badinter, ministro de justicia del nuevo gobierno, convenciendo al Presidente de la República, François Mitterrand, de la importancia de este acto¹.

¹ G. Cohen-Jonathan, "La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme", *AFDI*, 1981, p. 269.

Más allá de esos elementos puramente fácticos, todo esto significa que Francia perteneció de manera concreta y efectiva al sistema europeo de control sólo a partir de 1986, año durante el cual el Tribunal europeo de derechos humanos le impuso su primera condena con la sentencia *Bozano*. Entonces, las primeras sentencias condenatorias aparecieron bastante tarde y 1986 se manifiesta como el año de la madurez en esta materia².

Hoy, las relaciones entre el sistema europeo y el hexágono son bastante pacificadas, pero siempre objetos de evoluciones, más o menos profundas, más o menos tensas, dependiendo muy a menudo del desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos. De toda forma, observamos que las condenas fueron numerosas y en distintas materias. Si durante mucho tiempo, la fuente principal fue la vulneración del artículo 6 del Convenio, desde los últimos años las cosas empezaron a cambiar. Para darse cuenta de esas evoluciones, hay de examinar, primero, las cifras, de manera cuasi cruda (§ I). Pero esa presentación y esta primera aproximación merece estar completada por un análisis de las condenas según la disposición del convenio que origina la vulneración (§ II).

1. LAS CONDENAS EN CIFRAS

Para empezar con elementos bastante generales que permiten evaluar la situación francesa frente al Convenio europeo de derechos humanos, podemos adelantar unas cifras, cuasi crudas, que permiten medir un poco las relaciones propiamente judiciales que se formaron entre Francia y el sistema europeo de protección de derechos (A). Después, intentaremos valorarlas (B).

1.1. *Presentación de las cifras*

Observamos, primero, que las condenas no son ausentes, aunque se pretende con mucho gusto, al menos desde el lado francés, que

² L. Burgorgue-Larsen, «La France et la protection européenne des droits de l'homme», *Annuaire français de relations internationales*, 2005, La Documentation française, VI, p. 598.

Francia es el país de los derechos humanos, como él en el cual nacieron a través en particular la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Sin embargo, en ciertos casos, las cifras no son de bajo nivel.

Así, de 1959 hasta 2016, Francia fue objeto de 985 sentencias del Tribunal europeo. Dentro de esas 985 sentencias, 722 apreciaron al menos una violación del Convenio. Frente a esas cifras, 162 sentencias concluyeron a una ausencia de violación, aunque el asunto fue admitido y distribuido a una formación de jueces. 64 asuntos fueron objeto de un acuerdo amistoso durante este mismo periodo.

Por supuesto, según los artículos, el número de condenas varía. Se puede distinguir de acuerdo al volumen de condenas. Por un lado, tenemos los artículos que suscitaron pocas condenas: eso es el caso de los artículos 4, 7 y 9. Para todas esas disposiciones, no superamos, como máximo, las cuatro condenas. Así ocurre en relación a la prohibición de la tortura (2 condenas), al principio “no hay pena sin ley” (3 condenas) y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (4 condenas).

En relación con los artículos 2, 11 y 14, superamos la cifra de cinco condenas, pero quedando bajo las diez, puesto que son 7 las condenas en materia de derecho a la vida, 6 las relativas a la libertad de reunión y de asociación y 9 las que tratan de prohibición de discriminación.

Después aparece un grupo que reúne las condenas que superan las 10 pero que quedan bajo la cifra simbólica de 100: aquí figuran los 32 asuntos relativos a la violación del artículo 3 del Convenio, es decir, más precisamente, los casos de tratos inhumanos o degradantes, las 44 condenas por menoscabo del derecho al respecto a la vida privada y familiar, los 36 casos de violación de la libertad de expresión, 35 son los casos de vulneración del derecho a un recurso efectivo y 30 los de protección de la propiedad privada. Entonces, en este conjunto, la cifra más elevada es relativa a las 70 vulneraciones del derecho a la libertad y a la seguridad.

Y finalmente, quedan las dos cifras más destacables e importantes que superan las 200 condenas. Se tratan de 272 y 282 condenas, pero que no son relativas a derechos “de fondo” pero de procedimiento puesto que son 272 las condenas en materia de derecho a un proceso equitativo y 282 las relativas al plazo procedural.

De manera general, más allá del caso francés, tenemos que añadir que, durante el periodo de 1959 hasta 2016, el Tribunal dictó más de 19500 sentencias, dentro de las cuales 5, 03% son relativas a Francia. Observamos igualmente que, aunque el Tribunal fue objeto de 31 533 demandas atribuidas a un juez o una formación judicial del Tribunal, 29 639 fueron declaradas inadmisibles, y solo 1087 acabaron con una sentencia. Más precisamente, son más de 93% de las demandas las que son atribuidas a un juez único que las declara inadmisibles, como cada uno sabe.

1.2. Valoración

Examinando esas cifras, una primera conclusión surge: Francia fue siempre objeto de un contencioso importante frente al Tribunal europeo desde que aceptó el derecho de recurso frente al Tribunal para los particulares en 1981. Además, ocupó durante muchos años el segundo lugar dentro de los Estados más relacionados con el contencioso frente al Tribunal, después de Italia.

Pero el fuerte aumento de asuntos y condenas para Turquía, en un primer momento, y después relativamente a los Estados de Europa oriental, retrocedió Francia mucho más bajo. También se puede añadir una apreciación de la evolución de las cifras durante los diez últimos años. Desde este punto de vista, la tendencia general que observamos es una bajada del número de asuntos relativamente a Francia.

Así, 2004 fue un año como máximo histórico, con 3025 demandas relativas a las autoridades francesas. De 2001 a 2005, la media era de 2904 demandas contra Francia. Y hasta 2005, Francia era cuarta en cuanto al número de demandas anuales (pero las demandas no son todas admitidas entonces cuidado), muy lejos de países comparables como Reino Unido, Italia o Alemania.

Pero desde 2005, la cuota de las demandas introducidas frente al Tribunal contra Francia va disminuyendo. Así, por un lado, el número de demandas formadas cada año frente al Tribunal y relativas a Francia desde 2005 va bajando: fue de 2963 en 2005, de 2676 en 2010 y de 1539 en 2012. A partir de 2013, pasa bajo la barrera simbólica de 1000 (645 en 2013) y se establece en 2016 a 403 demandas.

Por otro lado, en cuanto a las demandas formadas y atribuidas a una formación judicial, las cifras bajan igualmente: en 2005 eran de 1821, en 2010 de 1619, y desde 2016 son inferiores a 1000 puesto que son de 916.

Además, y de manera más general, para entender bien la importancia de las cifras, no tenemos que olvidar que el número de demandas comunicadas por el Tribunal a los Estados aumenta de manera constante. Entonces, el número de demandas transmitidas a las autoridades francesas sufrió también un aumento regular durante este periodo. El crecimiento fue particularmente fuerte entre 2004 y 2005 (+ 82%).

Y si no referimos al número total de condenas desde la creación, el balance en 2016 pone de relieve que Francia se encuentra en el noveno país más condenado. Pero aquí también una pequeña valoración permite matizar un poco los hechos. Así, hay países por los cuales el escaso número de condenas se explica por su reciente ratificación del Convenio; es el caso, por ejemplo, de Albania (adhesión en 1995), Bosnia Herzegovina (ratificación en 2002), Estonia (ratificación en 1996) o el Montenegro (ratificación en 2004). Por otros se explica por su tamaño y su carácter poco poblado respecto a un Estado como Francia; pensamos por ejemplo a Mónaco (una condena), Liechtenstein (9 condenas), o Islandia (16 condenas).

Finalmente, los Estados con los cuales se puede comparar son Alemania (186 condenas), Austria (256 condenas), España (98 condenas), Grecia (828 condenas), Italia (1791), Portugal (249 condenas) o Reino Unido (312 condenas), por ejemplo. En ese grupo, Francia no aparece como el mejor modelo de respecto del Convenio, aunque dentro del conjunto de los 47 Estados miembros, la observación merece más matices.

Por fin, para acabar con esas cifras, notamos que el número de sentencias respecto a Francia y el número de sus condenas se van reduciendo. Sobre todo, desde 2001, que es el año a partir del cual el Tribunal europeo produce cifras oficiales, el número de condenas bajo de manera muy significativa. Así era 32 en 2001. Los años 2002 y 2003 sufrieron un aumento, respectivamente con 61 y 76 condenas, así como el año 2006 con 87 condenas. Pero, fuera de estos años, las cifras van bajando de manera muy regular, pasando

entonces de 61 condenas en 2002 a 39 en 2007, 24 y 20 en 2008 y 2009. Después 28 en 2010, misma cifra que en 2013, solo en el año 2011 superan las 20 condenas. Y en 2012 se establece a 19, 17 en 2014 y 2015 y 14 en 2016. Entonces, estamos ahora, y aparentemente de manera bastante estable, lejos de las 87 condenas de 2006, la media quedándose alrededor de 20 condenas anuales o menos. A ver lo que será en 2017.

2. EL CONTENIDO DE LAS CONDENAS

Aunque sea bastante difícil, la observación de la jurisprudencia del Tribunal a propósito de Francia, y sobre todo las condenas que sufrió, pueden manifestar dos fenómenos o dos tendencias. La primera es relativa al tema de las condenas. En esta materia, desde 1986 y la primera sentencia de condena, la sentencia *Bozano*, y hasta 2016, la disposición del Convenio que causa más condenas es el artículo 6. Y esta disposición, y sus violaciones, se distribuyen en realidad en dos quejas distintas: el incumplimiento del derecho a un proceso equitativo y el incumplimiento del plazo razonable del procedimiento. Entonces dentro de las 722 condenas que Francia soportó, 554 son relativas al artículo 6 y, como dije, son 272 las condenas en materia de derecho a un proceso equitativo y 282 las relativas al plazo procedural. Entonces, al fin y al cabo, esas 554 condenas representan 76, 7% de todas las condenas sufridas por Francia desde su adhesión al Convenio.

En segundo lugar, y de manera general, notamos sin embargo que desde 2012, la supremacía numérica de las violaciones del artículo 6 no sigue tan segura. Así, en 2012, el número de condenas más elevado no es relativo al artículo 6 pero por primera vez al artículo 5. En 2013, son las condenas relacionadas con el artículo 3 (a través una violación condicional en el caso de expulsión hacia un Estado donde el demandante podría sufrir malos tratos). En 2014, es el artículo 8 que provoca más condenas y en 2016, son las violaciones del artículo 5 que son las más numerosas. Entonces, durante los cinco últimos años, sólo en 2015 el artículo 6 fue el primer motivo de incumplimientos. Por esas razones, podemos distinguir entre las condenas fun-

dadas en el artículo 6 y las que nacen de la vulneración de los otros artículos del Convenio.

2.1. La supremacía numérica de las violaciones del artículo 6 del Convenio

A propósito del artículo 6, los incumplimientos salen de distintas quejas. El *primer grupo* de condenas es relativo al artículo 6 en sí mismo es decir como fuente de derechos procedimentales que deben respetar los tribunales francés dentro de los casos que conocen, pero igualmente dentro de su funcionamiento interno.

Primero, en relación con el derecho de acceder a un tribunal. Sobre este tema, ciertas sentencias son destacables. Por ejemplo, la sentencia *Reichman contra Francia* del 12 de julio de 2016 que concluye a la violación del artículo 6 § 1. El Tribunal considera que la inadmisibilidad del recurso de casación del señor Reichman por la razón que dio el mandata especial para formar recurso de casación a su abogado antes de que la corte de apelación había emitido su fallo, es decir con demasiada anticipación, es una solución excesivamente formalista que produce una violación desproporcionada del derecho de acceder a un tribunal. Encontramos el mismo tipo de querrela en una sentencia de 2011, *Poirot c. France*, a propósito, igualmente del excesivo formalismo procedimental, esta vez en materia de calificación jurídica de una infracción sexual. En 2015, la sentencia *Henrioud c. France*, del 5 de noviembre, concluyo en un sentido parecido.

Las sentencias *Sfez c. France* (del 25 de julio de 2013) y *Rivière c. France* (del mismo día) adoptan una apreciación distinta, siempre a propósito de la eventual violación del artículo 6 § 1. Sólo la segunda, el asunto *Rivière*, concluye a una violación del artículo 6: los dos asuntos son relativos a la denegación por parte de las autoridades judiciales de una demanda de aplazamiento de una audiencia. En el caso *Rivière*, la corte de apelación no indicó por qué rechazo la demande de aplazamiento, ausencia de motivación que impide ejercer un control sobre este punto y constituye un incumplimiento del artículo 6 § 1.

En cuanto al derecho a un proceso equitativo, las sentencias son numerosas, como sabemos. En 2016 de nuevo, Francia fue condenada

en el caso *Beausoleil* (*Beausoleil c. France*, 6 de octubre de 2016). Se trataba de una sentencia del Tribunal de cuentas francés que según el demandante es parcial. Sin decidir sobre este punto, el Tribunal europeo observa que la evocación por el informe anual de 1995 del Tribunal de cuentas del asunto y del procedimiento en los cuales, durante muchos años, el demandante, el señor Beausoleil, fue parte, antes de decidir definitivamente sobre su culpa en 2008, es suficiente para crear dudas objetivas en materia de imparcialidad del Tribunal de cuentas.

Con la sentencia *Duceau c. France* (30 junio 2016), la violación del artículo 6 § 1 es el resultado del rechazo de la apelación por razón de la elección no respetuosa de una regla procedimental de un nuevo abogado. En efecto, el juez de instrucción consideró que la designación del nuevo abogado del demandante no fue válida porque no fue informado. Sin embargo, elementos formales del procedimiento demuestran el contrario. Entonces, el rechazo del juez de apelación, como del juez de casación, en considerar como representante del demandante su nuevo abogado vulneró el artículo 6 § 1. De nuevo aquí, la vulneración no es dudosa y el análisis no presenta dificultades peculiares.

El asunto famoso, *Largardère c. France*, es igualmente una ilustración de las deficiencias que siguen existiendo en el procedimiento penal francés y sus posibilidades de mejora. Así, el debate fue relativo a la acción de la fiscalía general y sobre todo a la cuestión de si la existencia de una decisión de fondo, tomada por la fiscalía, durante la vida del acusado, permite a la fiscalía perseguir su acción penal contra el heredero del acusado. Eso es lo que fue el caso de Arnauld Lagardère, hijo del famoso jefe de empresa Jean-Luc Lagardère; el Tribunal europeo concluyó a la violación del artículo 6 § 1 y, esta vez también del artículo 6 § 2, es decir de la presunción de inocencia.

Entonces, todos son elementos procedimentales, imperfecciones o defectos relativos al desarrollo del procedimiento, en muchos casos del procedimiento penal, que suscitan la vulneración del artículo 6, en sus párrafos uno y dos, es decir puntos muy precisos no exactamente de fondo puesto que no radican en derechos sustanciales o materiales, pero en garantías más formales. Además, de manera general, podemos observar que el procedimiento judicial, sobre todo frente a

jurisdicciones civiles y penales, siempre fue objeto de condenas por el Tribunal europeo, y no solamente, como vemos, a propósito del plazo de los procedimientos.

Por ejemplo, además de los asuntos ya recordados, en el caso de las sentencias dictadas por la *Cour d'assises* (tribunal de lo penal francés competente en materia de crimen, es decir de las infracciones tipificadas como las más graves), Francia fue condenada recientemente en relación con la motivación del fallo de condena en una hipótesis muy peculiar: el asunto *Agnelet* dentro del cual Maurice Agnelet, después de un fallo de sobreseimiento y de un fallo de absolución, fue condenado por la *Cour d'assises* a 20 años de prisión por asesinato de su pareja, propietaria de un casino en la Costa azur francesa. Por esas razones peculiares, juntadas con las especificidades del procedimiento frente a la *Cour d'assises*, que impide al jurado disponer de la totalidad de los informes del procedimiento, en el caso de Maurice Agnelet, el fallo condenatorio no contenía suficientes detalles para permitir al acusado entender el fallo, lo que justificó la condena por el Tribunal europeo. Sobre este punto, es decir las peculiaridades del procedimiento penal frente a la *Cour d'assises*, el derecho francés, más precisamente la ley de enjuiciamiento penal, fue modificada en 2011 para mejorar la motivación en este tipo de procedimiento³.

Del mismo modo, pero esta vez en cuanto al juez contencioso administrativo, es la figura del comisario del gobierno que suscitó muchos debates y, para decir la verdad, tensiones o incompreensión entre el sistema francés y el sistema europeo. Como se sabe, este magistrado es designado dentro de la jurisdicción contencioso administrativa para analizar el asunto sobre el cual la sala, integrada por distintos magistrados contencioso administrativo, tiene que fallar. Además de analizar el asunto, ofrece una exposición muy completa de la jurisprudencia relativa a la materia examinada por el tribunal y finalmente su ponencia propone una solución al tribunal, todo esto a través de una ponencia que se llama, en derecho francés, "conclusiones". Tres elementos merecen ser subrayados en la medida en que, en distintas sentencias del Tribunal europeo, y en particular la más famosa (*Kress*

³ Ley n° 2011-939 del 10 de agosto de 2011 que crea un nuevo artículo 365-1 en el código de enjuiciamiento penal.

c. France), fueron en el centro de la argumentación y de la reflexión del Tribunal de Estrasburgo: primero, el sentido y el contenido de sus conclusiones no son conocidos por las partes antes del fallo; segundo, las partes y sus abogados no tienen posibilidad de responder a esas conclusiones y, tercero, el comisario está presente durante la deliberación del tribunal. En la sentencia *Kress*, Francia fue condenada en relación con esta institución del comisario del gobierno, sobre uno de los puntos mencionados: su presencia durante la deliberación previa al fallo. Aunque que en un primer momento su jurisprudencia admitió esas peculiaridades⁴, la sentencia *Kress* constituye una evolución en la apreciación de las exigencias que nacen del artículo 6, entre otras cosas a través de la “teoría de las apariencias”. Sobre esta base, el Tribunal europeo, en 2001, condena Francia por razón de la participación del comisario del gobierno a la deliberación del tribunal contencioso administrativo, y más precisamente en este caso concreto del Consejo de Estado.

Este episodio no fue el único sino el primero de una bastante larga historia de tensiones y reajustes entre el Tribunal europeo de derechos humanos y el Consejo de Estado. Por lo tanto, después de la sentencia *Kress*, la primera reacción del Consejo consistió en sistematizar los elementos que permitieron al Tribunal considerar como no violado el artículo 6 relativamente a la no-comunicación por el comisario del gobierno de sus conclusiones y la imposibilidad de responder o replicar a esas conclusiones. Para empezar, una directiva del presidente de la sección contenciosa del Consejo de Estado pidió a los comisarios del gobierno dar conocimiento del sentido general de sus conclusiones a los abogados que lo pidieron, como a las partes, aun cuando no están representadas por un letrado. Después, esta directiva fue convertida en una obligación a través su inclusión en el artículo R. 711-3 del Código de justicia administrativa. Las partes tienen que conocer antes la audiencia todos los elementos del dispositivo de la decisión que el comisario del gobierno, convertido en ponente público (*rapporteur public*), propone a la formación que dictara el fallo.

⁴ En una sentencia *Delcourt* del 17 de enero de 1970, el Tribunal de Estrasburgo consideró respetuoso del Convenio y del artículo 6 el papel del fiscal general en la Corte de casación belga. *Idem*: Commission eur., *Bazerque c. France*, 3 sept. 1991, a propósito del comisario del gobierno.

En cuanto a la posibilidad de responder a las conclusiones, *la note en délibéré*, es decir la observación producida por las partes o sus representantes después de la presentación de las conclusiones, fue consagrada, primero por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵, y después por un decreto del 19 de diciembre de 2005.

Pero quedó la cuestión de la participación o de la presencia del comisario del gobierno durante la deliberación previa al fallo. En un primer momento, el Consejo de Estado quiso considerar que lo único que estaba prohibido por el artículo 6 era la participación efectiva del comisario a la deliberación previa al fallo, es decir en cierta forma su participación a la formación del fallo; por el contrario, su presencia durante la deliberación, sin participación, es decir como simple espectador, parecía válida. No convenció el Tribunal de Estrasburgo y con una sentencia *Martinie*, del pleno del Tribunal, de 12 de abril de 2006, condenó de nuevo Francia indicando que la jurisprudencia *Kress* prohíbe, sobre la base de la teoría de las apariencias, tanto la participación del comisario del gobierno, como su presencia durante la deliberación.

El Código de justicia administrativa fue modificado para tener en cuenta esta nueva condena y su doctrina, a través de un decreto del 1 agosto de 2006. De tal forma que en los procedimientos frente a los tribunales contencioso administrativos y las cortes de apelación contencioso administrativas, la presencia del comisario del gobierno durante la deliberación es prohibida. Frente al Consejo de Estado, la prohibición no es general y se aplica únicamente cuando una de las partes lo pide. Es decir que asiste a la deliberación, salvo solicitud en contrario de una de las partes según el artículo R. 733-3 del Código de justicia administrativa. En efecto, desde el punto de vista de los miembros del Consejo de Estado, la asistencia del comisario del gobierno a la deliberación le permite conocer las razones por las cuales la sala que conoce del caso sigue o no sus conclusiones. E una nueva sentencia de 2009, *Etienne c. France*, el Tribunal europeo admitió que este sistema no atenta al artículo 6.

Sin embargo, para protegerse contra una eventual nueva condena, el decreto del 7 de enero de 2009 completó la evolución. Para evitar

⁵ Conseil d'Etat, 12 juillet 2002, M. et Mme Leniau.

toda equivocación a propósito del papel del comisario del gobierno, modificó su denominación que es, desde entonces, la de ponente público o *rapporteur public*, lo que parece hasta ahora corresponder con las exigencias del artículo 6⁶. En cuanto a la Corte de casación, la solución respecto al artículo 6 del Convenio es la misma, pero a propósito, esta vez, de las conclusiones del abogado general desde la sentencia de condena, *Reinhardt et Slimane Kaïd c. France* del 31 de marzo de 1998.

Entonces, el artículo 6 no produce solamente efectos respecto a la jurisprudencia del Consejo de Estado y por lo tanto de los tribunales y cortes del contencioso-administrativo, o de las jurisdicciones judiciales y la Corte de casación, que tienen que aplicar este artículo a los asuntos sobre los cuales fallan, pero también, y de forma muy espectacular, respecto al funcionamiento y la actividad de las cortes supremas francesas que se encuentran examinados en relación con las prescripciones de dicho artículo. Y las peripecias, como la persistencia del Tribunal europeo, no fueron pocas.

Menos notorio, pero sin embargo notable, un *segundo grupo* de condenas es distinto porqué es relativo a sentencias que sancionan el no respecto de derechos consagrados únicamente en el ordenamiento francés, es decir sin equivalentes en el Convenio europeo, pero derechos que se encuentran mal o, en realidad, no suficientemente prácticamente protegidos por el juez nacional. Como el acto defectuoso es atribuible al juez, esto tipo de asuntos entran en el ámbito de aplicación del artículo 6 § 1. Entonces, a propósito de lo que en Francia se llama derecho a una vivienda oponible (DALO) con la sentencia *Tchokontio Happi contre France* (9 abril de 2015). Así, encontramos últimamente unos casos en los cuales la queja relativa al respecto del artículo 6 § 1 es secundaria en el sentido de que esta demanda se produce como consecuencia de una primera queja relativa a un derecho substancial o de fondo, en particular con el artículo 8 (sentencia *Vinci Construction et GTM génie civil et services c. France* del 2 de abril de 2015; sentencia *André et autre c. France* del 24 de julio de 2008).

Al lado de estos dos primeros grupos de sentencias relativas al artículo 6§1, encontramos un *tercero* que junta todas las sentencias

⁶ CEDH, 4 juin 2013, *Marc Antoine c. France*.

que tienen relación con el tema del plazo razonable. Y en esta materia, las condenas tratan tanto del procedimiento judicial como del procedimiento contencioso administrativo. De cierta manera, salen aún de los pleitos puesto que el artículo 6 § 1 en esta materia tiene también aplicación en relación con las liquidaciones judiciales. Explica igualmente condenas relativas al procedimiento de expropiación que, según el Tribunal europeo vulnera la igualdad de armas o de medios procesales entre las partes⁷. Evidentemente, son los jueces judiciales y los jueces del contencioso-administrativo que fueron los más condenados desde 1986.

En materia de contencioso administrativo, la primera condena es de 1989 y puso de relieve los fallos de los procedimientos jurisdiccionales franceses en general, y de los procedimientos contencioso administrativo en particular. Sabemos desde este punto de vista que, aunque el artículo 6 trate de los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal, su alcance no es concebido limitado a esos únicos tipos de asuntos, es decir que no es objeto de una concepción estricta. Entonces, juez judicial como administrativo tienen que respetar las prescripciones de este artículo, como lo confirmó por primera vez la sentencia *H. c. France*⁸. Hasta tal punto que a partir de los años 200-2005, un debate nació en Francia a propósito del funcionamiento de la justicia, y sobre todo relativamente a su funcionamiento deficiente, debate abierto en particular por el entonces ministro del interior Nicolas Sarkozy.

Como ilustración o demostración del carácter agudo de esta cuestión, observamos que para el año 2005, dentro de las 192 demandas transmitidas, 66% fueron relativas al ministerio de justicia para el tema del contencioso judicial. Y si juntamos lo que ya hemos dicho, los datos son claros puesto que hasta 2007, el contencioso francés frente al Tribunal europeo tiene como repartición principal dos áreas: el plazo de los procedimientos (tanto frente al juez contencioso administrativo como frente al juez judicial) y el procedimiento frente a la Corte de casación (particularmente a propósito de la comunicación

⁷ CEDH, *Yvon c. France*, 24 avril 2003, req. n° 44962/98.

⁸ 24 octobre 1989, req. n° 10073/82.

del sentido de las conclusiones del abogado general y del informe del consejero encargado de la redacción de dicho informe). De tal forma que finalmente, para el juez judicial, una reforma intervino y es ahora el artículo L. 141-1 del código del ordenamiento judicial que constituye la base de las quejas relativas al plazo razonable. Este texto permite obtener la reparación del perjuicio que tiene origen en el funcionamiento anormal del servicio de justicia; pero esta cuestión del respeto de un plazo razonable no tiene ninguna influencia en la validez de los procedimientos en causa.

Frente al juez contencioso administrativo, las condenas provocaron, en un primer momento, la reacción del Consejo de Estado a través la sentencia *Magiera* del 28 de junio de 2002 que aceptó la posibilidad de un recurso en responsabilidad contra el Estado en base de su culpa por el malo funcionamiento del servicio judicial. Una vez admitido, este régimen de responsabilidad del Estado fue codificado en el artículo R. 311-7° del Código de justicia administrativa⁹. Sin embargo, esta disposición es de simple naturaleza procedimental, entonces para ampliar la aplicación de la exigencia de un pleito en un plazo razonable frente a todas las jurisdicciones, incluido lo que se llama en Francia las jurisdicciones administrativas especializadas (como la Corte de disciplina presupuestaria y financiera), se basó en “los principios generales que gobiernan el funcionamiento de las jurisdicciones administrativas” dentro de los cuales encontramos el “derecho para los justiciables a que su causa sea tratada en un plazo razonable”¹⁰.

Entonces si desde este punto de vista, la existencia de una vía judicial que permite reparar los perjuicios, queda justamente, y como si el problema fuera insoluble, la cuestión del plazo para indemnizar que puede también presentarse como demasiado irrazonable. Es lo que juzgo y que justificó la condena de Francia por la sentencia *Palmero c. France* del 30 de octubre de 2014 a propósito de un plazo de más de seis años para acabar con un procedimiento de reparación justamente en materia de violación del derecho a un plazo judicial razonable¹¹.

⁹ Que instituye la competencia del Consejo de Estado en primera y última instancia para conocer de esos casos.

¹⁰ Conseil d'Etat, 22 janvier 2007, 4^{ème} et 5^{ème} ss. sect. réunies, req. n° 286292.

¹¹ Req. n° 77362/11.

2.2. *La aparición de violaciones de los derechos sustanciales del Convenio europeo*

Después de unos largos años de supremacía de la cuestión de la violación del artículo 6 del Convenio europeo, surgen desde unos años otros temas que son relativos a derechos más sustanciales, es decir que no son relativos a unas garantías formales, pero a derechos que podríamos decir, en cierta medida, de fondo. Distintas materias, que ya eran objeto de la atención del Tribunal de Estrasburgo y suscitaban condenas, fueron traídas a la luz del día por la actualidad.

Lo que aparece es que, finalmente, casi ningún artículo del Convenio está libre de condenas, aun cuando se trata de un derecho consagrado en el derecho francés hace muchos años. Para intentar sintetizar esos asuntos y clarificar un poco las cosas, podemos detallar los campos o sectores en los cuales las condenas son bastante numerosas y sobre todo más simbólicas para la cuestión del sistema de protección de los derechos fundamentales y de la calidad de salvaguardia que ofrece.

Primero, sin que sea un sector propiamente dicho, pero más como la consecuencia de la concepción bastante rigurosa que Francia tiene respecto a la protección del derecho a la intimidad y de los *derechos de la personalidad*, distintas acciones en el ordenamiento francés que perseguían la salvaguardia de esos derechos acabaron con una condena frente al Tribunal europeo. En derecho francés, esa categoría de derechos no es libre de defectos, y particularmente falta por parte de coherencia. Pero esos derechos que protegen la personalidad, es decir el interés moral a la salvaguardia de la personalidad o de la identidad de cada uno, tienen como elemento común la concepción bastante rigurosa que el ordenamiento francés promueve en materia de protección de esos derechos. Es precisamente esa concepción estricta, es decir exigente, de la protección que merecen que provocó unas condenas porque el Tribunal europeo consideró, al menos durante bastante tiempo, que ese tipo de derechos no tiene que prevalecer sobre derechos como, especialmente, la libertad de expresión.

Fue, por ejemplo, el caso del asunto *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*¹², relativo a la condena por el derecho francés

¹² 10 novembre 2015.

de la revista Paris-Match por violación de la intimidad del Príncipe Albert de Mónaco a través de la difusión de informaciones relativas a su supuesta paternidad. En un asunto bastante próximo, aunque distinto, es también la protección de los derechos de la personalidad *lato sensu* de terceros, a través esta vez un caso de difamación, que explica la ausencia de condena de Francia en la sentencia *Morice c. France* de 2015¹³, que era relativa al asesinato, inexplicado, del juez Borrel en Djibouti.

Entonces, bajo el punto de vista de la libertad de expresión, aunque Francia fue uno de los países que la consagraron por primera vez en su ordenamiento, con la Declaración de 1789, fue a menudo condenada por vulneración de este derecho. Por lo demás, este tema sigue siendo, después del caso Dieudonné (que no provocó condena por parte del TEDH) y de los debates que suscitó, en el centro de la actualidad jurisprudencial. Las condenas del Tribunal europeo no son escasas, una vez más debido a la concepción bastante rigurosa que el ordenamiento francés tiene de la protección de los derechos de terceros frente a la libertad de expresión. Entonces, en casi todos los casos, la constatación de la transgresión del derecho del artículo 10 del Convenio es la consecuencia de la condena por el ordenamiento francés del demandante que usó de su libertad de expresión en Francia para vulnerar unos derechos de la personalidad de individuos que, ellos mismos, obtuvieron su condena por jueces franceses, solución que provoca la vulneración de la libertad de expresión del demandante en el ordenamiento europeo.

Los ejemplos son numerosos. En 2011, el asunto *Vellutini et Michel c. France* a propósito de la condena del presidente y del secretario de un sindicato de guardia municipal que, con ocasión del uso de su libertad de expresión, fueron condenados en Francia por difamación o injuria pública de un alcalde aun que se trataba de discursos pronunciados en un marco sindical (*Vellutini et Michel c. France*, 6 de octubre de 2011). Conoció también cierto impacto mediático el caso de Jacques Calvet, antiguo director de la empresa PSA Peugeot Citroën. El Tribunal europeo consideró que hubo una violación del

¹³ 23 abril 2015. La solución francesa era a favor de la protección de la persona que sufrió difamación, lo que está, según el TEDH, justificado en este caso.

artículo 10 y de la libertad de expresión en la medida en que la revista satírica *Le Canard Enchaîné* fue condenada por la justicia francesa en consecuencia de la publicación por esta revista de los certificados de imposición sobre la renta de Jacques Calvet¹⁴. En el asunto *Mor c. France*, de 2011 (15 de diciembre), se trata de la condena de una abogada por infracción al secreto profesional como consecuencia de una entrevista con la prensa en relación con un informe de expertos transmitido a un juez de instrucción y relativo a los fallecimientos consecutivos a la vacunación contra hepatitis B.

En ciertos casos, la vulneración de la libertad de expresión es consecuencia de la protección que merece, según el ordenamiento francés, el secreto en el marco del procedimiento penal. La sentencia *Martin et autres c. France* es relativa, desde este punto de vista, a un registro decidido por un juez de instrucción de los locales comerciales del periódico *Le Midi Libre* para determinar las condiciones y circunstancias que permitieron a unos periodistas conseguir copia de un informe provisional y confidencial del tribunal regional de cuentas, protegido por el secreto del sumario, a propósito de la gestión de la región Languedoc-Roussillon. Es de nuevo una cuestión de violación del secreto del sumario, castigado por jueces franceses, que provoca la condena en el caso *Ressiot et autres c. France* del 28 de junio de 2012.

Un asunto más reciente evidencia claramente esa diferencia de concepción entre el ordenamiento francés y el sistema europeo que existe en materia de conflictos entre derechos de la personalidad o derechos a la integridad moral y libertad de expresión. El caso era relativo más precisamente a la conciliación entre el derecho al honor o a la reputación y la libertad de expresión. En un reportaje de televisión referente a los atentados del 11 de septiembre de 2001 y las modalidades de financiación de Al-Qaïda, estaba abordado el tema de la eventual responsabilidad del príncipe saudí Turki Al Faysal, entonces director de los servicios de inteligencias saudí. Por un fallo de 2007, los periodistas autores del reportaje fueron condenados por un tribunal francés por difamación pública, en la medida en que no demostraban la veracidad de la responsabilidad del príncipe saudí en la sobrevivencia y la financiación de Al-Qaïda cuando todavía ningún

¹⁴ CEDH, *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999.

juez había examinado la cuestión de la responsabilidad del príncipe. Es lo que, desde el punto de vista del Tribunal de Estrasburgo, constituye una injerencia desproporcionada en la libertad de expresión de los periodistas, teniendo en cuenta el contenido del reportaje, que no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática (*de Carolis et France Télévisions c. France*, 21 de enero de 2016).

El *derecho de familia y la vida privada* fueron objetos de atención por parte del sistema europeo de derechos fundamentales a través el caso de los hijos adulterinos (*Fabris c. France*, 7 février 2013) en relación con la discriminación que quedo en vigor en Francia hasta 2001 (ley del 3 de diciembre de 2001) entre hijos adulterinos e hijos legítimos y naturales. Esta distinción originó la vulneración del artículo 14 del Convenio. De la misma forma, la cuestión de la adopción por las parejas del mismo sexo (antes la ley de 17 de mayo de 2013) fue objeto de la sentencia *E.B. c. France*, del 22 de enero de 2008, relativamente al rechazo de una demanda de aprobación para adoptar por razón de la orientación sexual de la demandante, que fue considerado como constitutivo de una transgresión del artículo 14 del Convenio. Es también en esa materia que unas condenas surgieron como consecuencia de la rigidez del derecho francés y, particularmente, de su concepción del orden público. En efecto, se trataba de la concepción francesa del principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del registro civil: el ordenamiento francés prohíbe, en derecho, la modificación del sexo biológico en los documentos de identificación incluso para las personas transgénero. Así, el ordenamiento francés rechazaba la posibilidad de revisar el sexo y el nombre de tres personas, excepto después de una operación quirúrgica. Ahora bien, los demandantes sostenían que dicha operación conllevaba un riesgo elevado de esterilidad y vulneraba su derecho a la vida privada protegido por el artículo 8 del Convenio europeo. Por esa razón, la condena por el Tribunal europeo ocurrió (sentencia *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 de abril 2017).

Siempre en materia de evolución de derecho de familia, pero esta vez relacionado con el vínculo de filiación, es la situación de los hijos nacidos en el extranjero mediante una maternidad de alquiler que es ahora objeto de atención por parte del Tribunal europeo. En efecto, el ordenamiento francés se niega a transcribir en el registro civil los certificados de nacimiento de niños nacidos de una maternidad de

alquiler que hubo lugar en el extranjero (y más precisamente, en estos dos casos, en India). Esta posición del derecho francés impide el reconocimiento en el ordenamiento francés del vínculo de filiación biológica establecido en India entre el demandante y el niño, puesto que las autoridades francesas, sospechando la existencia de un contrato de maternidad de alquiler (prohibido por el artículo 16-7 del código civil) se negaban a transcribir en el registro civil francés los certificados indios. En dos sentencias, *Foulon c. France* y *Bouvet c. France* del 21 de julio de 2016, el Tribunal europeo estimó que el derecho al respecto a la vida privada de los hijos nacidos en India fue vulnerado por el ordenamiento francés.

Dos años antes, la misma situación, esta vez, en relación con hijos nacidos en Estados Unidos acabó ya igualmente a la condena del Estado francés en las sentencias *Menesson c. France* y *Labassee c. France*, del 26 de junio de 2014. En estos asuntos, la filiación estaba legalmente establecida en el derecho estadounidense entre niños nacidos de una maternidad de alquiler y la pareja que utilizó este método. El Tribunal juzgó que el derecho al respecto de la vida familiar de los padres no fue violado, pero sí el derecho al respecto de la vida privada de sus hijos porque la discrepancia entre el derecho estadounidense y el derecho francés vulneraba su identidad dentro de la sociedad francesa. La jurisprudencia francesa prohíbe totalmente el reconocimiento del vínculo de filiación entre los hijos nacidos mediante una maternidad de alquiler —regularmente concluida— realizada fuera del país y su padre biológico, lo que supera el amplio margen de apreciación que el Tribunal europeo reconoce a los Estados en materia de maternidad de alquiler.

La cuestión de la protección de los datos personales igualmente suscitó bastantes condenas. Por ejemplo, a propósito del fichero de los autores de infracciones, el *STIC*, es decir el “sistema de tratamiento de las infracciones comprobadas” y más precisamente la inscripción del apellido y nombre del demandante mientras que el procedimiento penal en el ordenamiento interno no acabó con su condena por el tribunal penal (*Brunet c. France*, 18 de septiembre 2014).

La situación de los *extranjeros y el derecho de extranjería* en general constituyen también un campo de condenas por parte del Tribunal europeo. Aquí las condenas intervienen como consecuencia de la

vulneración de distintos artículos del Convenio, el denominador común consiste en la presencia en el territorio francés de un ciudadano extranjero que no fue correctamente protegido por el ordenamiento francés y que en consecuencia hubo a sufrir vulneración de uno de los derechos consagrados por el Convenio europeo. Así puede ocurrir con el extranjero que ya ingresó al país, como con el extranjero que intentando entrar en Francia tiene que sufrir medidas de aislamiento del territorio francés. Entonces, en relación con extranjeros ya establecidos en Francia, sucedió una vulneración del artículo 4 del Convenio relativamente a una ciudadana togolés que fue durante varios años obligada a trabajar para una pareja sin descanso ninguno, sin retribución alguna y contra su voluntad, lo que constituyó un caso de esclavitud (*Siliadin c. France* del 26 de julio de 2005). El asunto *Koua Poirrez c. France* del 30 de septiembre de 2009, menos famoso, se refiere a un ciudadano de nacionalidad marfileña, adoptado por un francés, y reconocido como minusválido, pero a quien fue denegado el pago de un subsidio reservado a los adultos minusválidos.

En el caso de medidas de aislamiento del territorio, y sobre todo de expulsiones, cuando una condena se produce, en la gran mayoría de los casos, es porqué el Tribunal europeo concluye a una transgresión del artículo 3 del Convenio. Por ejemplo, en 2009, el 3 de diciembre, en la sentencia *Daoudi c. France*, el Tribunal de Estrasburgo decidió que la expulsión del demandante a destinación de Argelia después de una condena en Francia por actos terroristas suponía un riesgo para él y constituyó un trato inhumano en la medida en que en Argelia los servicios de policía interrogan y maltratan las personas culpables de terrorismo para obtener informaciones. El Tribunal confirmó su apreciación en 2011 de nuevo en relación con Argelia y el maltrato de los presos en este país con la sentencia *H. R. c. France* del 22 de septiembre de 2011. La conclusión es la misma cuando la expulsión prevista debe realizarse a destinación del Sudán (*I.M. c. France*, 2 de febrero de 2012; *A.A. c. France* y *A.F. c. France*, dos sentencias del 15 de enero de 2015), del Chad (*Mo. M. c. France* del 18 de abril de 2013) o Marruecos (*Rafaa c. France* del 30 de mayo de 2013).

Las sentencias *Mugenzi c. France*, *Tanda-Muzinga c. France* y *Senigo Longue et autres c. France* de 10 de julio de 2014 son relativas a la cuestión de la reagrupación familiar, tema que provocó la condena de Francia por vulneración del artículo 8 del Convenio en lo relativo a

las condiciones de examen de las demandas de reagrupación familiar realizadas por personas refugiadas. En particular, el Tribunal subraya los defectos del procedimiento de reagrupación familiar que falta de flexibilidad, de rapidez y de efectividad. En un asunto próximo, aunque distinto, es el desalojo de nómadas de un campo donde eran instalados desde mucho tiempo que infringió el artículo 8 del Convenio (*Winterstein et autres c. France*, 17 de octubre de 2013).

Encontramos, de manera menos numerosa, asuntos relativos al artículo 13 del Convenio que protege el derecho a un recurso judicial efectivo. Así, la sentencia *De Souza Ribeiro c. France*, 13 diciembre 2012, trataba de la expulsión de la cual fue víctima un ciudadano brasileño que vivía en Guyana y su imposibilidad de recurrir la medida de reconducción a la frontera antes el cumplimiento de esta medida vulneran el artículo 13. En la sentencia *I.M. c. France*, del 2 de febrero de 2012, ya examinada en relación con la cuestión del país de destino en caso de expulsión que puede vulnerar el artículo 3, la transgresión del Convenio resulta igualmente de la violación del artículo 13 y del derecho a un recurso efectivo.

En el ámbito de *la libertad*, dos temas parecen distinguirse: por un lado, las condiciones de arresto y, por el otro, las condiciones de detención. En relación con las condiciones de arresto, unos casos, raros por suerte, son relativos a asuntos de verdaderos malos tratos. La sentencia *Darraj c. France*, del 4 de noviembre de 2010, concluye así a la vulneración del artículo 3 por razón del empleo de una fuerza desproporcionada contra un menor durante una verificación de identidad en una comisaría. En 2015, en la sentencia *Ghedir et autres c. France*, es el caso de un joven arrestado y conducido en una comisaría donde se desmaya y entra en coma que es examinado por el Tribunal. Teniendo en cuenta las consecuencias sobre su salud, concluye a la transgresión del artículo 3, las condiciones del arresto formando un trato inhumano.

En materia de condiciones de detención, Francia es, desde unos últimos años, regularmente condenada en relación con la situación de las cárceles francesas y la falta de espacio para todos los detenidos. Es decir que son las condiciones materiales de encarcelamiento que propician parte de las condenas frente al Tribunal europeo. Así, la situación fáctica de las prisiones francesas suscitó varias críticas. Por

ejemplo, en 2011 (el 3 de noviembre), en una sentencia *Plathey c. France*, es la medida disciplinar de reclusión en celda de castigo que originó una condena en la medida en que la celda había sido incendiada y, además, se caracterizaba por un olor muy desagradable, lo que fue analizado por el Tribunal como una vulneración del artículo 3 del Convenio.

Un análisis bastante comparable fue realizado en relación con la prisión de Nancy, centro penitenciario construido en 1857, y cerrado en 2009 en razón de su estado de deterioro extremo y en el cual el demandante fue detenido durante 6 meses. Compartió su celda de 9 metros cuadrados con otro detenido, estuvo durante la mayor parte del día recluso en su cuarto y el apéndice sanitario fue solo parcialmente compartimentado, circunstancias que provocaron para el demandante sentidos de desesperación y de inferioridad que pudieron humillarle y constituyeron un trato degradante vulnerando el artículo 3 del Convenio (*Canali c. France*, 25 de abril de 2013). De la misma manera, las condiciones de detención en una comisaría de policía puede ser la fuente de una vulneración del Convenio. Es lo que ocurrió con la comisaría central de Noumea, en Nueva Caledonia, donde las condiciones de detención policial, sobre todo la escasez de espacio, la ausencia de luz y ventilación causaron a los demandantes sufrimientos tan físicos como psicológicos y un sentido de menoscabo profundo de su dignidad humana, lo cual puede analizarse en un trato inhumano y degradante (*Fakailo dit Safoka et autres c. France*, 2 de octubre de 2014).

El hacinamiento carcelario, más allá de la carencia de sitios para cada prisionero provoca también malos fallos en el funcionamiento de las prisiones, es decir fallos en la administración de las cárceles. Entonces, la sentencia *Isen c. France*, del 4 de febrero de 2016 condena Francia en lo que se refiere al suicidio en prisión del hijo del demandante después de doce días de encarcelación. Sin embargo, en relación con el suicidio, esta vez, de un preso esquizofrénico, el Tribunal de Estrasburgo rechazó la violación del artículo 2 del Convenio (*Sellal c. France*, 8 de octubre de 2015)¹⁵.

¹⁵ En el asunto *Benmouna et autres c. France*, relativo a un caso de ahorcamiento en celda, la demanda, fundada en la supuesta vulneración del artículo 2 del Con-

Ya en 2012, Francia fue condenada acerca de un detenido politoxicomano, reo de agresión violenta con armas con recidiva en su pareja, que se suicidó por ahorcamiento en su cuarto (*Ketreb c. France*, 19 de julio de 2012). En este asunto, el Tribunal europeo consideró que hubo vulneración tanto del artículo 2, como del artículo 3, del Convenio, teniendo en cuenta los precedentes intentos de suicidio realizados en prisión y la violencia que había manifestado desde su encarcelación hacia si-mismo y, finalmente, el fallo en su protección por parte del Estado. En cuanto a los detenidos que sufren graves trastornos mentales, en particular de esquizofrenia, su detención en un centro impropio para la encarcelación de enfermos mentales produce graves problemas desde el punto de vista del Convenio europeo. La ausencia de tratamiento especializado, sobre todo de una vigilancia psiquiátrica permanente, unida a condiciones materiales de detención inadecuadas constituyen un trato inhumano y degradante (*G. c. c. France*, 23 de febrero de 2012).

Ya en 2011, en una sentencia *Cocaign c. France*, el Tribunal había decidido en un sentido idéntico, pero sin concluir, para Francia, esta vez a la vulneración del artículo 3 (3 de noviembre de 2011). En 2010 si Francia fue condenada, el 21 de diciembre en la sentencia *Raffray Taddei c. France*, en un caso de deficiencia en la entrega de atención médica adecuada para una detenida anoréxica. Igualmente, la sentencia *Renolde c. France* estimó que hubo una deficiencia en la vigilancia de un hombre sufriendo graves problemas mentales que presentaba riesgos suicidas (16 de octubre de 2008).

De manera más singular, el malo tratamiento propiamente dicho puede originar un quebrantamiento del Convenio y, particularmente, de su artículo 3. En el caso *El Shennawy c. France*, del 20 de enero de 2011, el demandante era un delincuente particularmente peligroso. Por esa razón, fue durante su juicio penal sometido a un régimen de registros corporales particularmente riguroso, realizados por agentes encapuchados imponiendo controles anales, si necesario con flexiones, lo todo gravado por cámaras. Además, esos registros integrales fueron realizados entre cuatro a ocho veces por día. Esas circunstan-

venio en relación con un fallo en la vigilancia del detenido, no fue admitida por el TECH (8 de octubre de 2015).

cias, es decir las modalidades de realización de esos registros fueron estimadas como desproporcionadas por el Tribunal por razón de la humillación y deshonra que pudieron provocar para el demandante.

Una apreciación igual fue efectuada por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Payet c. France* del 20 de enero de 2011 también en relación con un detenido particularmente peligroso y objeto, por esa razón, de medidas especialmente estrictas en celdas de castigo. En el asunto *Khider c. France*, del 9 de julio de 2009, fue relativo a un preso sometido, por razón de su peligrosidad, a múltiples traslados, estancias largas en celdas de aislamiento y registros corporales sistemáticos. Como sabemos, el Tribunal europeo considera, especialmente este tipo de medidas como vulneradoras del artículo 3 en la medida en que constituye medidas de acoso para el recluso.

Por cierto, teniendo en cuenta esa jurisprudencia, el Consejo de Estado francés cambió su apreciación y estima hoy, en la mayoría de los casos, los regímenes de registros sistemáticos en los centros penitenciarios como ilegales¹⁶. En efecto, el asunto más famoso que provocó una toma de conciencia y esa evolución sucedió en 2007 con la sentencia condenatoria *Frérot c. France* del 12 de junio que concluyó a la violación tanto de los artículos 3 y 8 como también de los artículos 13 y 6 §1 del Convenio. En el asunto *Frérot*, el régimen de registros sistemáticos siguió vigente durante dos años.

Fuera de las cárceles, las condiciones de detención de los extranjeros a punto de estar rechazados en la frontera, provocó unas condenas. Así, el 19 de enero de 2012, Francia fue condenada en el caso de la detención administrativa de una familia —un bebé y un hijo joven fueron con sus padres— durante quince días para esperar su expulsión hacia Kazakstán (*Popov c. France*, 19 de enero de 2012). En esas circunstancias, el centro en el que fueron detenidos no tenía infraestructuras adaptadas para niños pequeños; desde este punto de vista, la promiscuidad, el estrés, la inseguridad y el ambiente hostil que representan esos centros de detención tienen consecuencias negativas sobre menores, en contradicción con los principios internacionales de protección de los menores que imponen a las autoridades la

¹⁶ CE, 11 juil. 2012, OIP, n° 347146; CE, 26 sept. 2012, X., n° 359479; CE, 6 juin 2013, OIP n° 368816; de la misma fecha: CE, M. A., n° 36887.

más importante limitación del plazo de detención de los menores, de tal forma que aquí las autoridades francesas no tomaron en cuenta las consecuencias perjudiciales de una detención de quince días para niños, lo que constituyó para ellos una vulneración del artículo 3 del Convenio. En cuanto a sus padres, la vulneración es la del artículo 8 en la medida en que el interés superior del menor no exige sólo la protección de la unidad familiar pero también la limitación de la detención de las familias con menores; en esas circunstancias, una detención de quince días aparece desproporcionada en relación con la finalidad lo que vulnera el artículo 8. Del mismo modo, la sentencia *A. B. et autres c. France* estima la violación del artículo 3 y del artículo 5 en relación con la detención administrativa de un menor durante dieciocho días por razón del procedimiento de aislamiento de sus padres (12 de julio de 2016).

La cuestión de las condiciones de detención resuena con fuerza, aunque las cosas sean bastante distintas, sobre la situación de la detención policial que, durante los últimos años suscitó debates y jurisprudencia innovadora en Francia por parte también de los jueces nacionales, y sobre todo del juez constitucional. Aquí se trata sobre todo de las condiciones procedimentales de la privación temporal de libertad. La sentencia *Selmouni c. France*, del 28 de julio de 1999, permite poner en contacto todos esos elementos en la medida en que es relativa a un caso de detención policial y de los malos tratos que sufrió el demandante durante su custodia policial, malos tratos que fueron comprobados por distintos médicos.

Ya en 2010, el Tribunal europeo, en una sentencia *Brusco c. France*, comprueba que el abogado del demandante pudo asistirle sólo 20 horas después del principio de su detención policial, lo que significa que no pudo informarle ni a propósito de su derecho a permanecer en silencio ni tampoco a su derecho a no declarar contra si-mismo antes de su primer interrogatorio policial ni tampoco asistirle durante ese interrogatorio lo que vulnera el artículo 6, § 1 y § 3, del Convenio (*Brusco c. France*, 14 de octubre de 2010). De la misma manera, la ausencia de presentación inmediata del demandante frente a un “juez o a otro magistrado habilitado por la ley para ejercer las funciones judiciales” provoca la transgresión del artículo 5 § 3 (*Moulin c. France*, 23 de noviembre de 2010). La detención policial, cuando supera cierto plazo, exige la comparecencia frente a un juez judicial. Confir-

mando ese análisis, la sentencia *Vassis et autres c. France*, del 27 de junio de 2013, condena la ausencia de comparecencia frente al juez judicial de personas sospechadas de narcotráfico y sometidas a detención policial durante 48 horas, y ello aunque habían sido detenida en mar durante 18 días sin ningún control jurisdiccional. Aquí también hay vulneración del artículo 5 § 3 del Convenio.

La sentencia *Medvedyev et autres c. France*, del 29 de marzo de 2010 se produce ya en relación con el arresto en mar abierto y el secuestro hacia Francia, por las autoridades francesas, de un barco extranjero (usado por narcotráfico) y de los miembros de su tripulación. Fue analizado como una vulneración del artículo 5 § 1 del Convenio, pero no del § 3 por razón de su comparecencia frente a una autoridad judicial. Son igualmente las condiciones procedimentales de la detención policial que provocaron varias condenas en 2014 y 2015. Los asuntos *Ali Samatar et autres c. France* y *Hassan et autres c. France*, los dos del 4 de diciembre de 2014, son relacionados con nueve ciudadanos somalíes que, después desviar barcos franceses frente a las costas de Somalia, fueron arrestados y detenidos por el ejército francés y trasladados a Francia para ser objeto de detención policial por razón de piratería. Si tal arresto era posible y previsto por el derecho internacional, la vulneración del artículo 5 § 1 es el resultado de la ausencia en el derecho francés vigente en aquella época de normas que enmarcaban las condiciones de privación de libertad en caso de actos de piratería. En 2015, la sentencia *François c. France*, del 23 de abril, se produce en relación con la detención policial de un abogado con la ocasión de su presencia en una comisaría para asistir un menor sometido igualmente a detención policial.

Por fin, quedan unos casos, raros, de la violación peculiar de disposiciones específicas del Convenio que generan pocas condenas. Así, la libertad religiosa suscitó pocos casos de condenas, aunque el ordenamiento francés tiene una concepción bastante rigurosa del principio de laicidad. Así, en 2011, el Tribunal europeo encontró oportunidad para condenar a Francia en un asunto relativo a la libertad religiosa pero no precisamente en relación directa con esta libertad. En efecto, el asunto estaba relativo a una rectificación fiscal de varias decenas de millones de euros dirigida contra la asociación Los Testigos de Jehová. Según la asociación, el procedimiento estuvo viciado y teniendo en cuenta su magnitud provocó vulneración de su libertad religiosa. Para

el Tribunal, esta rectificación fiscal, en relación con su amplitud, se tradujo por la captación por los servicios fiscales franceses de la totalidad de las donaciones manuales consentidas por los practicantes, es decir la fuente principal de ingresos de la asociación, hasta tal punto que la asociación se encuentra incapaz de asegurar concretamente a sus practicantes el ejercicio libre de su culto. La vulneración de la libertad religiosa es, entonces, demostrada. Para que tal vulneración sea admisible debe, según el artículo 9, ser prevista por la ley. Ahora bien, en el caso de la asociación Los Testigos de Jehová, el procedimiento de rectificación fiscal no era previsible desde un doble punto de vista: primero, al principio la ley en que encuentra su origen no abarcaba el caso de las personas jurídicas¹⁷ y fue únicamente la consecuencia de una nueva interpretación del ministro de economía; y segundo, el uso de la contabilidad de la persona jurídica para realizar, en este caso, la rectificación fiscal constituye, hacia este asunto, un caso inédito pues en la primera vez que se usa para empezar el procedimiento de rectificación. Entonces, no había previsibilidad de la ley y del impuesto que fundó lo que provoca, de manera indirecta, la vulneración de la libertad religiosa.

Hubo también condenas a propósito de la interdicción absoluta del derecho sindical en el ejército (*Matelly c. France* del 2 de octubre de 2014).

Entonces, el artículo 6 del Convenio sigue siendo importante pero no constituye ya el fundamento primero de las condenas que encuentran ahora orígenes más diversificadas, sobre todo en materia de derecho a la vida privada, bajo el tema del derecho a la vida familiar para su mala gestión de la reagrupación familiar o para la expulsión sin alojamiento alternativo de familias de nómadas. La situación de los extranjeros también justifica varias condenas.

¹⁷ En concreto el artículo 757 del Código General Tributario.

ITALIA¹

Anna Lorenzetti

*Profesora de Derecho Constitucional
Università degli Studi di Bergamo
anna.lorenzetti@unibg.it*

1. INTRODUCCIÓN

Ofrecer un cuadro, aun general, de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de condena a Italia resulta muy complicado, no sólo por su significativo número, sino también por la variedad de los asuntos. Especiales dificultades presentan la sistematización del papel y el “peso” de las decisiones del Tribunal de Estrasburgo en el sistema de las fuentes y en la obligatoriedad para el legislador y los jueces nacionales, elementos ambos que han sido señalados por la doctrina².

Por lo tanto, en primer lugar debemos precisar que el presente trabajo no aspira a ser un exhaustivo detalle de todas las decisiones del Tribunal de Estrasburgo contra Italia, ámbito para el cual se remite a la copiosa doctrina existente; más bien se pretende ofrecer un cuadro general de algunas cuestiones principales y una reflexión global sobre los asuntos de mayor interés³.

¹ Traducción a cargo de Sara Lo Maglio. Revisión de Ignacio Álvarez.

² RUGGERI, L (ed.), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Esi, Napoli, 2012.

³ DI STASI, A (ed.), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto dell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, Cedam, 2012.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO SOBRE ITALIA: UNOS DATOS DE CONJUNTO

Para ofrecer una primera panorámica general del asunto, parece interesante empezar por un análisis cuantitativo, numérico, de los recursos presentados al TEDH en los que Italia ha sido parte.

Durante el periodo que discurre entre 1959 y 2016, sobre un total de 19.570 decisiones, Italia fue protagonista de 2.351 sentencias, lo que equivale aproximadamente al 12% del total⁴. Aunque puede parecer restrictivo observar una cuestión tan complicada empezando por el número de las decisiones, sin embargo se puede compartir la idea según la cual Italia era y es un óptimo “empleador” para Estrasburgo, ocupando el Tribunal más que todos los otros Estados signatarios (16,70%), con excepción de Turquía (con 3270 recursos). La observación de la cantidad de trabajo global provocada por Italia muestra la tasa de complejidad del asunto, puesto que el total de la jurisprudencia relativa a Italia asciende a 19854 resoluciones (ver gráfico adjunto).

En cuanto a las disposiciones del CEDH afectados por los casos procedentes de Italia, se puede observar una cierta variedad⁵, con una fuerte prevalencia (equivalente aproximadamente a la mitad del total)

⁴ V. http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2016_ENG.pdf.

⁵ http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2016_ENG.pdf. Los recursos se basaron en el art. 2 (Derecho a la vida – privación de la vida), con 2; en el art. 2 (Falta de investigaciones efectivas), con 6; en el art. 3 (Prohibición de la tortura), con 5; en el art. 3 (Prohibición de tratos inhumanos o degradantes), con 29; en el art. 3 (falta de investigaciones efectivas), con 7; en el art. 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad), con 42; en el art. 7 (No hay pena sin ley), con 4; en el art. 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar), con un significativo número: 156; en el art. 10 (Libertad de expresión), con 8; en el art. 11 (Libertad de reunión y de asociación), con 3; en el art. 13 (Derecho a un recurso efectivo), con 93; en el art. 14 (Prohibición de discriminación), con 6; también respecto al P1 – 1 (Protección de la propiedad), 359; al P1 – 2 (Derecho a la educación), 1; al P1 – 3 (Derecho a unas elecciones libres), 17; al P7 – 4 (Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces), 1; otros artículos, 29. No han sido objeto de recurso los artículos 3 (Violaciones condicionales), 4 (Prohibición de la esclavitud y de trabajo forzado), 9 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), y 12 (Derecho a contraer matrimonio).

de los recursos presentados por violación del art. 6 CEDH, en materia del derecho a un proceso equitativo, específicamente respecto a la inobservancia del requisito de un plazo razonable⁶.

TOTAL 19854	Sentencias	5677	Gran Sala	310
			Sala	5194
			Comité	173
	Autos	6165	Gran Sala	16
			Sala	2697
			Comité	335
			Comisión	2845
		Panel		2272
	Casos comunicados	233		
	Resúmenes jurídicos	646		
	Opinión consultiva	0		
	Informes	2139		
	Resoluciones	4994		
	Fondo	4296		
Ejecución	698			

Asuntos relacionados con Italia.

Además, es preciso subrayar críticamente la presencia de veintinueve casos de violación de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, prohibición recogida en el art. 3 CEDH. Baste con decir que, aunque pueden parecer muy escasos respecto al total o en comparación con análogas violaciones cometidas por otros países⁷, son a todas luces demasiados para un Estado de derecho y democrático como Italia.

⁶ El art. 6 ha sido aplicado, respecto al derecho a un proceso equitativo, en 276 recursos; en términos de plazo razonable, en 1190 casos; como *non-enforcement*, en 14 casos.

⁷ En efecto, han sido 612 las condenas a Rusia; 314 a Turquía; 206 a Rumanía; 157 a Ucrania; 96 a Grecia; 80 a Moldavia; 71 a Bulgaria; y 45 a Polonia.

En total, las condenas han representado aproximadamente el 76% de los recursos, posicionándose en línea con la media total (83%).

3. LAS CONDENAS A ITALIA

3.1. *Los temas*

Las condenas a Italia se sucedieron por diversos motivos, entre los cuales reviste especial importancia la familia, desde múltiples perspectivas. En efecto, se puede destacar la condena debida a la incapacidad de las autoridades de poner en práctica medidas efectivas para asegurar el derecho de visita de uno de los padres frente a las actitudes obstruccionistas de la ex-pareja/cónyuge⁸; el tema de la búsqueda de los orígenes propios (no permitido en Italia⁹); la imposibilidad de transmitir el apellido por parte de madre a pesar del consentimiento de ambos los padres, dado el automatismo en la transmisión del patronímico¹⁰; la sustracción internacional de menores¹¹; o la falta de reconocimiento jurídico de las parejas *same-sex*¹². Además, el Tribunal se ha ocupado de la falta de acceso a la adopción o de la inobservancia de los lazos familiares¹³ y de los

⁸ *Giorgioni c. Italia*, 15.09.2016, rec. 43299/12. Similarmente, *Bondavalli c. Italia*, 17.11.2014, rec. 35532/12; *Piazzi c. Italia*, 02.11.2010, rec. 36168/09; *Santilli c. Italia*, 17.02.2013, rec. 51930/10; *Lombardo c. Italia*, 29.1.2013, rec. 25704/11; *Strumia c. Italia*, 23.06.2016, rec. 53377/2013; *Cincimino c. Italia*, 28.04.2016, rec. 68884/13.

⁹ *Godelli c. Italia*, 25.09.2012, rec. 33783/09.

¹⁰ *Cusan y Fazzo c. Italia*, 7.1.2014, rec. 77/07.

¹¹ *Sneerson c. Kampanella*, 12.7.2011, rec. 14737/09; *Qama c. Albania y Italia*, 8.1.2008, 4604/09 (declarado inadmisibles para Italia); *Anghel c. Italia*, 25.6.2013, rec. 5968/09, violación de los arts. 6 y 8 CEDH.

¹² *Oliari y otros c. Italia*, 21.7.2015, rec. 18766/11 y 36030/11; *Taddeucci y McCall c. Italia*, 30.06.2016.

¹³ *Cincimino c. Italia*, 28.4.2016, rec. 68884/13, en el que se reconoce que los Estados son obligados a prestar especial atención a las medidas que implican una ruptura de las relaciones entre padres y hijos, privando a estos últimos de sus raíces. *Akinnibosun c. Italia* (rec. 9056/14), que condena los tribunales de menores y los servicios sociales por no haber tutelado los lazos familiares – 16.7.2015; *S.H. c. Italia*, 13.10.2015, rec. 52557/14. Con respeto al derecho de los abuelos, *Manuello y Nevi c. Italia*, 20.1.2015, rec. 107/10.

derechos de los padres adoptivos¹⁴. Una serie de condenas se ha centrado en la superficialidad, por parte de las autoridades públicas, en la declaración del estado de abandono, que anticipa la declaración de adopción, elección reservada, según el Tribunal, a casos excepcionales cuando los padres biológicos estén vivos¹⁵. Este aspecto ha llevado a identificar una verdadera obligación del Estado de facilitar y de permitir el mantenimiento de los lazos familiares a través de sus propias estructuras. De esta forma se ha destacado el carácter problemático de las prácticas vigentes en el sistema interno, por parte de las instituciones que se ocupan de la asistencia social.

El asunto de la procreación asistida médicamente es particularmente indicativo de la problemática postura de la legislación interna en esta materia. Las decisiones del TEDH han concernido la prohibición del diagnóstico previo a la implantación necesario para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria¹⁶ y la maternidad subrogada en un caso en el que el menor había sido alejado de la pareja por la falta de conexión biológica¹⁷.

Además, la exprociación forzosa fue al centro de un notable contencioso, que se resolvió en una sistemática censura de las prácticas y de la normativa italiana por prever escasas indemnizaciones frente a

¹⁴ *Moretti and Benedetti c. Italy*, 27.04.2010, rec. 16318/07, padres adoptivos de una menor por 19 meses, los cuales vieron la denegación de adopción especial y el inicio de un procedimiento de adopción a otra pareja.

¹⁵ *Zhou c. Italia*, 2.6.2014, rec. 33773/11.

¹⁶ *Costa and Pavan c. Italia*, 28.08.2012, rec. 54270/10, condena por violación del art. 8, en lo que es una sentencia pionera. Respecto a la prohibición de donación de embriones obtenidos por fecundación in vitro implantados no por investigación científica ha sido excluida la violación del art. 8 (*Parillo*, 27.8.2014, rec. 46470/11).

¹⁷ Aunque el Tribunal había destacado la necesidad de equilibrio entre las expectativas individuales y el ordenamiento jurídico nacional, no se condenó en un caso relativo a un menor nacido por madre subrogada en Rusia, sustraído a los padres debido a la falta de conexión biológica con los cónyuges. En el caso *Paradiso and Campanelli v. Italy* del 24 de Enero 2017, la Gran Sala del TEDH ha conmutado/invertido la decisión en primera instancia (*Paradiso and Campanelli v. Italy*, 27.1.2015, 25358/12), excluyendo la violación del art. 8 CEDH. Vid. MARTONE, A; *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child* (art. 8 CEDH), en DI STASI, A (ed.), *Cedu e ordinamento interno*, cit, 730 ss.

expropiaciones efectuadas por las autoridades públicas¹⁸, y en general por la regulación existente en materia urbanística¹⁹.

También la materia medioambiental ha sido objeto de diferentes resoluciones del TEDH²⁰, si bien indirectamente, puesto que en el Convenio falta un derecho al cuidado del medio ambiente²¹.

3.2. *La justicia y la cárcel: la crítica situación en Italia*

Cabe destacar especialmente las condenas relativas a la administración de justicia, tanto desde la perspectiva sustantiva (condenas por torturas) como desde la perspectiva procedimental-formal (condenas por vulnerar el requisito del proceso debido); así, Italia ha fallado por incumplir el canon de la investigación suficiente²², por no activar medidas para la protección de potenciales víctimas de violencia²³

¹⁸ *Scordino v. Italy* (no. 1), 15.7.2004, rec. 36813/97; *Leoni v. Italia*, 26.1.2010, rec. 67780/01; *Perinati c. Italia*, 6.10.2009, rec. 8073/05; *Mandola c. Italia*, 30.6.2009, rec. 38596/02; *Chinnici v. Italia*, 14.4.2015; *Zuccalà c. Italia*, 19.1.2010, rec. 72746/01; *Odescalchi e Lande della Rovere c. Italia*, 7.7.2015; *Preite c. Italia*, 17.11.2015; *Gagliano Giorgi c. Italia*, 6.3.2012, rec. 23563/07; *Macrì e altri c. Italia*, 12.7.2011, rec. 14130/02, condena en un caso de expropiación indirecta; *Maioli c. Italia*, 12.7.2011, rec. 18290/02.

¹⁹ En particular, respecto a la previsión de confiscación por parcelación abusiva, *Varvara c. Italia*, 29.10.2013, rec. 17475/09; *Sud Fondi srl c. Italia*, 30.8.2007, rec. 75909/01; *Pozzi c. Italia*, rec. 55743/08; y *Paleari c. Italia*, 26.7.2011, rec. 55772/08 (violación del art. 6, par. 1, debido a que no se prevé litigación en audiencia pública).

²⁰ *Guerra y otros c. Italia*, 19.2.1998, rec. 14967/89, falta de informaciones adecuadas por parte de la autoridad pública en relación con los riesgos y a las reacciones oportunas en caso de accidente clasificado como de alto riesgo (violación del art. 8). *Di Sarno y otros c. Italia*, 10.1.2012, rec. 30765/08, estudiado por D'AVINO, G; "Il diritto di vivere in un ambiente salubre (art. 8 CEDU)", en DI STASI, A (ed.), *Cedu e ordinamento interno*, cit., 825 ss; donde se aborda la crisis de salubridad en Campania por residuos en las calles.

²¹ Entre los otros asuntos, se destaca también la libertad de prensa, sobre el que *Riolo c. Italia*, del 17 de julio 2008, recurso n. 42211/07 y *Ormanni c. Italia*, 17.7.2007, rec. 30278/05. El Tribunal reconoció la violación del art. 10 CEDH a la luz de la legitimidad de la críticas a miembros de la clase política, haciendo que prevaleciera la libertad de prensa.

²² Con respecto a estos perfiles, ver *infra*.

²³ *Rumor c. Italia*, 27.5.2014, rec. 72964/10 en el que no se reconoció la violación que sí se apreció en *Talpis*, donde la condena a Italia por violación de los arts. 2,

o de delitos²⁴, así como por la ausencia de información, dentro de procesos demasiado largos²⁵; también ha violado el derecho al juez²⁶ y a audiencia pública²⁷, el respeto del equilibrio entre las partes²⁸ y el derecho a la defensa²⁹. Además, Italia ha sido condenada por no argumentar su negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE³⁰ e incluso por violación del *ne bis in ídem*³¹ y del principio de legalidad³². Un segmento bastante significativo tuvo que ver con las condiciones de cumplimiento de las condenas, consideradas en ocasiones

3 y 4 CEDH se debió a la inactividad de las autoridades italianas tras denuncia por violencia doméstica. Esto creó una situación de impunidad, creando el caldo cultivo para ulteriores y recurrentes actos de violencia, llegando hasta el intento de asesinato de la recurrente y la muerte de su hijo.

²⁴ *Maiorano and Others v. Italy*, application no. 28634/06, del 15.12.2009, donde decreta la responsabilidad del Estado por un caso de doble asesinato cometido en un día de permiso, por falta de investigaciones efectivas y negligencia de las autoridades, quienes no tuvieron en cuenta adecuadamente la peligrosidad del criminal.

²⁵ SORRENTI, G; *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffré, 2013, p. 58. Sea por el proceso contable – *Capriati c. Italia*, 26.7.2011, rec. n. 41062/05, – sea penal, sea civil. *Dorigo c. Italia*, 9.9.1998, rec. 33286/96; *Scordino c. Italia* (no. 1), rec. 36813/97; *Riccardi Pizzati c. Italia* rec. 62361/01; *Musci c. Italia*, rec. 64699/01; *Giuseppe Mostacciolo c. Italia* (No. 1), rec. 64705/01; *Giuseppe Mostacciolo c. Italia* (No. 2), rec. 65102/01; *Cocchiarella c. Italia*, rec. 64886/01; *Apicella c. Italia*, no. 64890/01; *Ernestina Zullo c. Italia*, rec. 64897/01; *Giuseppina y Orestina Procaccini c. Italia*, rec. 65075/01; *Gagliano Giorgi c. Italia*, 6.3.2012, rec. 23563/07; *Olivieri y otros c. Italia*; *Bottazzi c. Italia*, 29.7.1999, rec. 34884/97, plazo razonable; *Romano c. Italia*, 5.3.2013, rec. 35659/02; *Di Sante c. Italia*, 24.6.20004, rec. 56079/00; *Simaldone c. Italia* 31.03.2009.

²⁶ *Cordova c. Italia* (n° 1 y n° 2), 30.1.2003, rec. 40877/98 y 45649/99.

²⁷ *Lorenzetti c. Italia*, 10.4.2012, rec. 320075/09; *Buongiorno y otros c. Italia*; *Pozzi c. Italia*, rec. 55743/08) e *Paleari c. Italia*.

²⁸ *Staibano y otros c. Italia*, 4.2.2014, 29907/07; *Mottola y otros c. Italia*, 4.2.2014, rec. 29932/07. Sobre el desequilibrio entre las partes, *Placi c. Italia*, 21.1.2014, rec. 48754/11. Acerca de la posibilidad de exponer sus motivos: *Maniscalco c. Italia*, 2.12.2014, rec. 19440/10.

²⁹ *Sejdovic c. Italia*, 01.03.2006, rec. 56581/00.

³⁰ *Schipani y otros c. Italia*, 21.7.2015, rec. 38369/09; *Dhabi c. Italia*, 8.4.2014, rec. 17120/09.

³¹ *Grande Stevens c. Italia*, 4.3.2014, rec. n. 18640, 18647, 18663, 18668, 18698/2010.

³² *Contrada c. Italia*, 14.4.2015, rec. 66655/13, sobre la falta de claridad respecto al delito de concurso externo en asociación mafiosa, condena a Italia por fichar

contraria a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes³³, y en ocasiones traspasando el umbral hasta llegar a ser tortura³⁴; también destacan condenas por violaciones de los derechos de los detenidos³⁵, por la incorrecta aplicación de las medidas preventivas a la condena³⁶ y del plazo para la libertad anticipada, así como por la detención prolongada más allá del plazo legal³⁷, por aplicación tardíamente el indulto³⁸, y por ciertos regímenes penitenciarios especialmente gravosos³⁹. Además, es preciso destacar la condena por tratos inhumanos y degradantes debidos al uso excesivo de la fuerza por parte de unos agentes de la fuerza pública durante controles ordinarios, que el TEDH ha considerado desproporcionados respecto a los acontecimientos concretos⁴⁰. En estos casos, se censuró la ineficacia de la reacción represiva del Estado y la no efectividad de la sanción a los autores, funcionarios de la administración pública, reconociendo una violación del art. 3, también porque no se habían tomado medidas provisionales para que cesasen en sus conductas⁴¹.

3.2.1. El trato de los migrantes de terceros países

A menudo el Tribunal se ha ocupado del trato que reciben ciudadanos de terceros países que entran de forma irregular al País, en

delitos no presentes en el período en cuestión, violando el principio de legalidad (art. 7 CEDH).

³³ *Labita c. Italia*, 6.4.2000 rec. 26772/95.

³⁴ *Torreggiani y Suleijmani*.

³⁵ *Scoppola c. Italia* (no. 2), 17.09.2009, rec. 10249/03. *Scoppola c. Italia* (n.3), 18.1.2011, fue revocada por la Gran Sala, (22.5.2012), respecto a la limitación del derecho de voto de las personas detenidas. Las restricciones al derecho de sufragio se reputaron contrarios al Convenio.

³⁶ *De Tommaso c. Italia*, 23.02.2017, rec. 43395/09.

³⁷ *Messina c. Italia*, 24.3.2015, rec. 39824/07, violación del art. 5. Similarmente, *Pezone c. Italia*, 18.12.2003, rec. 42098/98.

³⁸ *Grava c. Italia*, 10.10.2003, rec. 43522/98.

³⁹ *Enea c. Italia*, 17.09.2009, rec. 74912/01.

⁴⁰ *Sarigiannis c. Italia*, 5.4.2011, rec. 14569/05; *Alberti*, 24.6.2014, rec. 15397/11 y *Saba* 1.7.2014, rec. 36629/10, durante la detención.

⁴¹ NEGRI, S; *Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine (artt. 2 e 3 CEDU)*, in DI STASI, A (ed.), *Cedu e ordinamento interno*, cit, 137 ss.

particular respecto a su retención⁴² en Centros de identificación y de expulsión (CIE) o respecto a la expulsión/repatriación a su país de origen⁴³.

Italia se encuentra en primera línea de fuego, dado que es la principal frontera de la Unión Europea para las migraciones procedentes de África, y por ende principal destino de estos dramáticos “viajes de la esperanza”, por lo demás foco de enconados enfrentamientos políticos.

Aunque los Estados signatarios tienen derecho a controlar entrada, estancia y alojamiento de estos extranjeros, dado que no está previsto por el Convenio un derecho en este sentido para los ciudadanos terceros⁴⁴, el Tribunal ha identificado una serie de limitaciones al ejercicio del poder estatal. Por ejemplo, se ha recurrido a la prohibición de injerencia en la vida privada y familiar cuando el alejamiento afecta a lazos personales y familiares enraizados⁴⁵ (excepto los casos en los que el alejamiento está establecido por ley, persigue un objetivo legítimo y es necesario para alcanzarlos)⁴⁶.

El principio que prohíbe alejar ciudadanos de terceros países (*non refoulement*)⁴⁷ fue aplicado en unos casos, en particular en los de ex-

⁴² *Khlaifia y otros c. Italia*, 15.12.2016, rec. 16483/12 (Gran Sala), 1.9.2015. Estamos ante una detención ilegítima y una expulsión irregular de migrantes tunecinos llegados a Italia tras la primavera árabe (Saber Khlaifia, Fakhreddine Tabal y Mohamed Sfar), sin que les fuera permitido recurrir hasta la repatriación, a finales de septiembre 2011. Fue reconocida la ilegalidad de la retención en el centro de acogida de Lampedusa, en el puerto de Palermo y también de la consiguiente repatriación a Túnez, por violación de los artículos 5 y 13 CEDH, en conjunción con el art. 3.

⁴³ *Saadi c. Italia*, 28.02.2008, rec. 37201/06; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, 23.02.2012, rec. 27765/09; *Ben Khemais c. Italia*, 24.02.2009, rec. 246/07; *Toumi c. Italia*, 05.04.2011, rec. 25716/09. PALLADINO, R; “La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale (artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU; art. 4 Protocollo 4)”, in DI STASI, A (ed.), *Cedu e ordinamento interno*, cit, 167-203.

⁴⁴ *Hamidovic c. Italia*, 4.12.2012, 31956/05 (par. 36). *Hirsi Jamaa y otros v. Italy*, rec. 27765/09 del 23.02.2012, apartado 133.

⁴⁵ *Hamidovic c. Italia*, 4.12.2012, rec. 31956/05.

⁴⁶ PALLADINO, R; “La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale (artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU; art. 4 Protocollo 4)”, in DI STASI, A (ed.), *Cedu e ordinamento interno*, cit., 171 ss.

⁴⁷ Art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre la prohibición de expulsión y de remisión a la frontera.

pulsión hacia Túnez⁴⁸; como consecuencia de la naturaleza ineludible y absoluta de la prohibición establecida en el art. 3 CEDH, el Tribunal estableció la necesidad que el Estado evalúe el riesgo de exposición a tortura o a tratos inhumanos y degradantes, a pesar de la peligrosidad de la persona. Además, Italia fue condenada por unas devoluciones en alta mar hacia Libia de ciudadanos somalíes y eritreos, puesto que las autoridades italianas sabían (o tenían que saber) que no se daban garantías suficientes para tutelar los interesados en la repatriación a los países de origen⁴⁹, pese a los acuerdos bilaterales. Por tanto, por un lado fue determinada una verdadera obligación de informarse acerca de las condiciones presentes en el país de destino y, por otro, fue reconocida la necesidad de valorar la situación individual, estableciendo la prohibición de expulsiones colectivas, la cuales no se pueden considerar como método legítimo de combate a la migración irregular.

El trato de los migrantes irregulares representa una cuestión sensible, puesto que la acogida realizada por Italia tiene mucho que ver con la retención o la detención administrativa dirigida a la expulsión⁵⁰. El *leading case* es *Khlalifa*, también conocido como caso Lampedusa —por ser la isla mediterránea de destino principal de los desembarques desde África— en el que el Tribunal reconoció la retención en los centros de acogida y primer auxilio (seguida además por la repatriación) como una forma de privación de libertad personal, en virtud de las restricciones que la caracterizan (vigilancia de las fuerzas armadas, prohibición de salida, bordes) y, por lo tanto, contraria al art. 5 CEDH. Puesto que no se había adoptado medida alguna sobre la situación jurídica de las personas retenidas durante un considerable

⁴⁸ *Saadi c. Italia*, 28.02.2008, rec. 37201/06; *Toumi c. Italia*, 05.04.2011, rec. 25716/09; *Trablesi c. Italia*, 3.4.2010, rec. 50163/08; *Mannai c. Italia*, 27.3.2012, rec. 9961/10; Además, *Slimen*, 19.6.2012, rec. 38435/10, donde a juicio del TEDH no se viola el precepto por falta de pruebas.

⁴⁹ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, 23.02.2012, rec. 27765/09. En este sentido también, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, 21.10.2014, rec. 16643/09. PALLADINO, R; “La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale (artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU; art. 4 Protocollo 4)”, in DI STASI, A (ed.), *Cedu e ordinamento interno*, cit, 179 ss.

⁵⁰ *Seferovic c. Italia*, 8.2.2011, rec. 12921/04, violación del art. 5 CEDH, porque la recurrente había dado a la luz un hijo, aunque luego fallecido, hecho conocido por las autoridades.

plazo temporal (veinte días), el Tribunal entendió vulnerada la seguridad jurídica y la protección del individuo frente al arbitrio del Estado, que había retenido irregularmente los recurrentes⁵¹.

Otras condenas tuvieron que ver con la duración excesiva de la detención de personas pendientes de extradición⁵², con los excesivos plazos de aquellas personas retenidas en los centros de permanencia temporal ilegalmente⁵³, así como con el incumplimiento de reparar los casos donde se estableció dicha ilegalidad⁵⁴.

Resulta relevante destacar las conclusiones del Tribunal en la materia, determinando que la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes es un valor que caracteriza el ordenamiento democrático y que, por lo tanto, no puede quedar sujeto a balance con otros valores, como por ejemplo los flujos migratorios, la lucha a la inmigración clandestina⁵⁵, la lucha al terrorismo, o la lucha contra la criminalidad organizada⁵⁶.

3.2.2. *Repetita iuvant?*

En el análisis de la jurisprudencia CEDH, un elemento que ha caracterizado Italia de manera crítica es la reiteración de las condenas. Un caso especialmente significativo se refiere al asunto de la detención en condiciones tales como para configurar un trato inhumano y degradante. A este respecto, destacan tanto la condena por el el caso concreto ⁵⁷, como la que se dictó en una sentencia pionera⁵⁸, en la

⁵¹ Sin embargo, han sido rechazados recursos respecto a los desplazamientos de los solicitantes de protección internacional a otros países, por falta de deficiencias sistemáticas. PALLADINO, R; *La tutela dei migranti irregolari*, cit., 190. KALB, L; “La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)”, en A. Di Stasi (editado por), *Cedu e Ordinamento interno*, cit., 256, ss.

⁵² Violación art. 5, en *Gallardo Sanchez c. Italia*, 24.3.2015, rec. 11620/07.

⁵³ *Hokic y Hrustic c. Italia*.

⁵⁴ *Zeciri c. Italia*, 4.8.2005, violación.

⁵⁵ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, 23.02.2012, rec. 27765/09.

⁵⁶ *Saadi c. Italia*, 28.02.2008, rec. 37201/06.

⁵⁷ *Sulejmanovic c. Italia*, 16.7.2009, rec. 22635/03.

⁵⁸ *Torreggiani y otros c. Italia*, 8.1.2013, rec. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, con nota de RIMOLI, F; *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, en “*Giur. it.*”, 2013, pp. 1187 ss.; VIGANÓ, F; *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffo-*

que el Tribunal trazó el camino para corregir la situación crítica, bien reduciendo el número de las personas detenidas⁵⁹, bien introduciendo remedios preventivos y compensatorios. Una vez conocida la sentencia, el TEDH recibió un significativo número de recursos análogos, declarados inadmisibles o *struck out/improcedentes*⁶⁰, con lo que parecía avalar las decisiones de Italia a la hora de dar cumplimiento a la primera condena⁶¹. Sin embargo, como testimonio de que no siempre *repetita iuvant*, es preciso señalar, en materia de condiciones de detención, el reciente informe del Comité para la Prevención de la Tortura, basado en inspecciones ejecutadas en 2016 en centros penitenciarios italianos. La principal conclusión que alcanza es que, aun reconociendo los esfuerzos realizados, el problema de la superpoblación permanece⁶².

3.3. Los temas sensibles y cold Cases

Las decisiones del Tribunal de Estrasburgo respecto a Italia, debido también a su significativa cantidad, tuvieron que ver con muchos

llamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di 1 anno, in “www.penalecontemporaneo.it”, de 9 de enero 2013; ZICCHITTU, P; *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in “*Quad. cost.*”, 2013, pp. 161 ss; TAMBURINO, G; *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, en “*Cass. pen.*”, 2013, pp. 11 ss.; MONTAGNA, M; *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, en “www.federalismi.it” de 17 de mayo 2013). Desde hace años, las condiciones penitenciarias han sido objeto de críticas por parte del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. En el libro verde de la Comisión europea sobre las condiciones de detención en los países miembros, Italia sólo es superada por Bulgaria en el índice de hacinamiento.

⁵⁹ Inter alia, el Tribunal destaca críticamente que el 40% de los detenidos se encuentran pendientes de juicio y sugiere limitar el recurrir a la medida cautelar de la detención.

⁶⁰ El *Factsheet* sobre Italia informa de 4.200 recursos. http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_ENG.pdf.

⁶¹ *Stella c. Italia*, 16.9.2014, rec. 49169/09, desestimado por normativa ahora conforme. *Rexhepi c. Italia*, 16.9.2014, rec. 47180/10.

⁶² Se reconoce un incremento de la población detenida de 52.164 a 54.072 detenidos, y a cifra va en aumento. En marzo 2017 estaban detenidas 56.181 personas. <http://www.coe.int/it/web/cpt/-/cpt-publishes-new-report-on-italy>.

otros temas. No obstante, algunos de ellos desempeñaron un papel de especial importancia, o bien debido a los argumentos y a las asuntos ventilados, o bien por las consecuencias en forma de reformas legislativas “forzosamente” introducidas, incluso por el número significativo de personas implicadas o de las condenas que siguieron.

3.3.1. Desde la perspectiva material

En primer lugar prestaremos atención a las sentencias especialmente relevantes por los temas y las cuestiones tratadas.

El primer tema, que es fundamental subrayar, tiene que ver con una serie de condenas por falta de indemnización tras la contracción de virus (bien VIH-SIDA, bien hepatitis B o C), debido a transfusiones de sangre contaminada durante intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos sanitarios en el hospital (suministro de hemoderivados), incluyendo también las condenas porque los plazos para resolver tales litigios fueron excesivamente largos⁶³. La cuestión era y es realmente complicada, porque junto a los recursos internos se dictaron una serie de normas y de sentencias —incluyendo algunas de la Corte Constitucional— que sembraron ciertas dudas. Sin embargo, las soluciones planteadas por el Estado no sólo generaban desigualdad de trato entre las diferentes patologías contraídas, sino también habían previsto ex post unas causas de exclusión (no exigidas previamente), que de hecho excluían retroactivamente a los recurrentes de la posibilidad de concluir el proceso judicial con una transacción, dando lugar a nuevos contenciosos y a una jurisprudencia bastante confusa⁶⁴. La

⁶³ Por violación del derecho a la vida y de las reglas del debido proceso, artt. 2 y 6 CEDH. *G.N. y otros c. Italia*, 01.12.2009, rec. 43134/05; *M.C. y otros c. Italia*, 3.9.2013, rec. 5376/11 – sentencia pionera; *D.A. y otros c. Italia*, 14.1.2014, rec. 68060/12, 16178/13, 23130/13, 23149/13, 64572/13, 13662/13, 13837/13, 22933/13, 13668/13, 13657/13, 22918/13, 22978/13, 22985/13, 22899/13, 9673/13, 158/12, 3892/12, 8154/12 et 41143/12; *G.G. y otros c. Italia*, 13.11.2014, 3168/11, 3170/11, 15195/11, 15200/11, 15203/11, 15205/11, 15976/11, 30961/11, 30762/11, 30767/11, 30786/11, 30792/11, 30795/11, 30830/11, 30835/11, 30839/11, 30855/11, 30899/11, 47154/11.

⁶⁴ MARRANI, D; *Indennizzo per trasfusioni* (art. 6, par. 1 e art. 2 CEDU; art. 1, *Protocollo addizionale*), en DI STASI, A; (ed.), *Cedu e Ordinamento interno*, cit., 491 ss.

condena a Italia reconoce la ilegitimidad de las acciones realizadas y recuerda la necesidad de adoptar la máxima diligencia, atendiendo a la vulnerabilidad de las personas implicadas.

Una cuestión especialmente interesante, y sobre la cual el Tribunal tuvo que pronunciarse en reiteradas ocasiones, concierne los acontecimientos ocurridos durante el G8, la reunión de las ocho potencias mundiales, que tuvo lugar en Genova, en 2001. Dada la complejidad de ilustrar lo que ocurrió, en este contexto es suficiente subrayar que hubo diversas manifestaciones y disturbios que acabaron con la muerte de Carlo Giuliani, alcanzado por un disparo de un oficial de policía que se encontraba en un jeep asaltado por los manifestantes, siendo después atropellado por el mismo coche⁶⁵. En los días siguientes, se realizaron multitud de controles y verificaciones de ciudadanos y lugares, entre los cuales estaban las escuelas Diaz-Pertini y Diaz-Pascoli, centros escolares puestos a disposición por las autoridades para el alojamiento de los manifestantes, y cuya inspección fue realizada con extrema violencia. El Tribunal fue llamado a pronunciarse en primer lugar sobre la violación del CEDH respecto al caso del asesinato de Carlo Giuliani, en el que no se observó violación del Convenio, estimando que el oficial de policía había actuado con el convencimiento de un serio peligro para la vida y la integridad física propia y de los colegas de servicio, objetos de los ataques de los manifestantes⁶⁶. En segundo lugar, el Tribunal de Estrasburgo se pronunció respecto a la violencia ejercida por las fuerzas de policía durante los controles en la escuela Diaz-Pertini. A propósito, el Tribunal reconoció la violación del art. 3 CEDH, en lo que se refiere al trato inhumano y degradante sufrido por los manifestantes, dada la naturaleza especialmente grave y cruel de los sufrimientos causados, sin que subsistiera relación de

⁶⁵ El procedimiento penal sustanciado contra el oficial fue desestimado por concurrir legítima defensa.

⁶⁶ *Giuliani y Gaggio c. Italia*, rec. 23458/02, 25.8.2009 (Gran Sala, 24.03.2011). NEGRI, S; *Violenze, maltrattamenti ed abusi*, cit., 122 ss. y referencias de doctrina contenidas, a las que en este contexto es posible sólo hacer referencia. El recurso se fundaba en el art. 2 CEDH, en relación con el uso mortal de la fuerza por las fuerzas de seguridad y a la falta de normalización y de investigaciones, a cuestiones organizativas acerca de la operaciones de control de la manifestación; por tanto, tampoco se reconoció la violación del derecho a una reparación efectiva, como confirmó la Gran Sala.

proporcionalidad entre sus conductas y el uso de la fuerza policial. Además, el Tribunal criticó la falta de efecto disuasorio de la legislación italiana hacia semejantes actos violentos, solicitando la adopción de medidas de carácter general para remediar la violación estructural del Convenio que traía causa de la ausencia de tipificación del delito de tortura⁶⁷. El caso ocasionó un animado debate, que recientemente ha desembocado en la creación de un nuevo delito⁶⁸, calificado por la doctrina como “delito impuesto constitucionalmente”⁶⁹.

Además, es preciso destacar otro caso, que terminó con la condena por el TEDH, respecto al desplazamiento forzoso por parte de unos agentes de la CIA de un ciudadano egipcio, el imán Abu Omar, al que Italia había otorgado asilo político y que sin embargo fue deportado a Egipto contra su voluntad y privado de su libertad durante muchos meses, sin proceso alguno⁷⁰.

En la misma tendencia, que destaca críticamente las prácticas de las autoridades, se coloca también la condena por uso excesivo de la fuerza policial en un caso de asesinato ocurrido en un control de tráfico⁷¹, juzgado como innecesario y desproporcionado y tampoco acompañado de la necesarias precauciones para proteger la vida de la persona, que luego murió, ni de una vigilancia adecuada para evitar el delito⁷².

⁶⁷ *Cestaro c. Italia*, 07.04.2015. NEGRI, S; *Violenze, maltrattamenti ed abusi*, cit., 131 ss. e 143, y referencias allí contenidas. *Bartesaghi Gallo y otros c. Italia*, 22.06.2017, sobre el trato inhumano sufrido por 42 manifestantes por parte de la policía durante los controles. Se señala también un caso pendiente: *Giuseppe Azzolina y otros c. Italia y Anna Julia Kutschkau y otros c. Italia* (nos. 28923/09 and 67599/10, basado en la supuesta violación de los arts. 3 y 13 CEDH.

⁶⁸ Art. 613-bis, del Código Penal, “Tortura”.

⁶⁹ PUGIOTTO, A; *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, en <http://www.penalecontemporaneo.it/d/2841-repressione-penale-della-tortura-e-costituzione-anatomia-di-un-reato-che-non-c-e>.

⁷⁰ *Nasr y Ghali c. Italia*, 23.02.2016, rec. n. 44883/09. El Tribunal reconoció la violación de los arts. 3, 5, 8, 13 CEDH, puesto que los responsables no habían sido sancionados, invocando el secreto de Estado y garantizando una sustancial impunidad.

⁷¹ *Alijaj y otros c. Italia*, 29.03.2017, rec. 47357/08, por asesinato de un joven por parte de la policía durante un control en el que había opuesto resistencia.

⁷² El proceso se había concluido, en primer grado, con exoneración, considerando que el hecho no era constitutivo de delito y, en apelación, con reconocimiento

Una serie de significativas condenas se dictaron también en materia de detención, en particular respecto al espacio (reducido) donde cumplir la pena, a la escasa iluminación y ventilación, así como la deficiente higiene⁷³ de las celdas, o la falta de medios para curar ciertas heridas⁷⁴. Las condiciones de la detención fueron consideradas un trato inhumano y degradante, en violación del CEDH, que debe evaluarse con respecto a la concreta situación del detenido⁷⁵.

En relación con el régimen penitenciario reservado para los pertenecientes a la criminalidad organizada, de condiciones especialmente duras, el Tribunal consideró que no alcanzaba el umbral mínimo de gravedad para violar el precepto, dado que se demostraba su necesidad para interrumpir los contactos con la organización⁷⁶. Otras condenas sobre el tema de la detención tuvieron que ver con la protección de la confidencialidad respecto a la correspondencia *cliente-abogado*, así como la correspondencia *preso-organizaciones internacionales*⁷⁷;

del delito de intento de asesinato, sin embargo prescrito. NEGRI, S; *Violenze, maltrattamenti e abusi*, cit., 125 y referencias incluidas. Además, fue detectada una carencia procedimental, puesto que las investigaciones fueron realizadas por agentes pertenecientes al mismo mando policial del oficial interesado y supervisadas por su superior, condicionando la conclusión del proceso, lo que no ofreció una adecuada reparación por violación de los valores fundamentales protegidos por el art. 2. El Tribunal sancionó la ausencia del delito de tortura pero también las reglas sobre el uso legítimo de las armas.

⁷³ *Sulejmanovic c. Italia*, 16.7.2009, rec. 22635/03. Espacio reducido entre 2.7m y 3.40m, en el que la persona tenía que vivir/quedarse la mayor parte del día. Así, ver sentencia *Torregiani*.

⁷⁴ *Cirillo c. Italia*, 29.1.2013, rec. 36276/10, trato inhumano y degradante por falta de curas; en este sentido, también *G.C. c. Italia*, 22.4.2014, rec. 73869/10; *Cara Damiani c. Italia*, 7.2.2012, 2447/05, por condiciones penitenciarias no compatibles con su discapacidad. Sin embargo, respecto a la falta de curas, no reconoce violación en *Carella c. Italia*, 9.9.2014, rec. 33955/07, puesto que no se ha superado el nivel de sufrimiento inevitable inherente a la detención.

⁷⁵ *Contrada c. Italia* (n. 2), 11.2.2014, rec. 7509/08, por las condiciones relativas a la salud del detenido, conectando el mínimo nivel de gravedad conectado a las condiciones concretas del detenido.

⁷⁶ *Montani c. Italia*, 19.1.2001, rec. 24950/06, y *Mole c. Italia*, 12.1.2010, rec. 24421/03, respecto al régimen del 41-bis del Código Penal.

⁷⁷ *Di Cecco c. Italia*, 15.2.2011, rec. 28169/06, reconoce la violación del art. 3, respecto a la correspondencia con abogado y con organizaciones internacionales.

asimismo, se condenó a Italia por violar las reglas sobre debido proceso y sobre participación en las audiencias⁷⁸.

3.3.2. Por el número de personas implicadas

En unos casos, las condenas contra Italia implicaron a un número significativo de personas, en particular con respecto a la detención, a la cuestión de las indemnizaciones por transfusiones realizada con sangre infectada⁷⁹ o por los plazos excesivos necesarios para el reconocimiento de compensaciones tras expropiaciones⁸⁰ o incluso en materia de personal administrativo de escuela pública⁸¹.

4. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: REFORMAS LEGISLATIVAS, JURIPRUDENCIALES Y PRÁXIS

Al ofrecer una panorámica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo contra Italia es imprescindible hacer una referencia a las consecuencias y efectos a nivel interno.

⁷⁸ *Baratta c. Italia*, 13.10.2015, rec. 28263/09, violación del art. 5, por ilegítima privación de libertad personal, por proceso injusto, ausencia en su propio proceso, condena por rebeldía por detención en el extranjero.

⁷⁹ *G.N. y otros c. Italia* (2009); *M.C. y otros c. Italia* (2013): 162 personas directamente infectadas o familiares de personas fallecidas; *D.A. y otros c. Italia* (2014) 889 personas; *G.G. y otros c. Italia* (2014) 19 recursos que conciernen cientos de personas.

⁸⁰ Hasta Diciembre de 2010 se generaron más que 3.900 recursos pendientes. Actualmente, están pendientes más o menos 4.400 recursos. *Simaldone c. Italia*, 31.03.2009. De forma muy similar, *Gaglione and others v. Italy*, 21.12.2012, respecto a 475 recursos por el retraso en el reconocimiento de indemnizaciones y compensaciones tras expropiaciones.

⁸¹ *Agrati y otros c. Italia*, rec. 43549/08, 6107/09 e 5087/09 (120 personas); *Caligiuri y otros c. Italia*, rec. 657/10, 27897/10, 27908/10 e 64297/10; *De Rosa y otros c. Italia*; *Montalto y otros c. Italia*, 14.1.2014, rec. 39180/08; *Biasucci y otros c. Italia*, 25.3.2014, rec. 3601/08; *Marino e Colacione c. Italia*, 13.5.2014, rec. 45869/08 e 47348/08; *Bordoni y otros c. Italia*, 13.5.2014, rec. 6069/09 e 16797/09; *Peduzzi y Arrighi c. Italia*, 13.5.2014, rec. 18166/09, y *Caponetto c. Italia*, 13.5.2014, rec. 61273/10. Violación del art. 6.1 CEDH.

4.1. Consecuencias y efectos a nivel interno

En varios casos las decisiones del TEDH han desembocado en reformas legislativas, como en el *caso Oliari* (2015) que de alguna manera ha “forzado” al legislador a aprobar rápidamente una norma que regule las uniones civiles entre personas del mismo sexo⁸².

Análogamente, incluso en el caso de la sentencia pionera Torreggiani (2014) en materia de superpoblación (literalmente, en italiano *sovraffollamento*⁸³) penitenciaria y de espacios vitales mínimos⁸⁴, pronuncia que, tras haber asignado a Italia un plazo para remediar las condiciones de cumplimiento de la pena, dictó también bastante prisa una norma con el fin de evitar otras condenas⁸⁵. Como se

⁸² Ley 20 de mayo del 2016, n. 76, cd Legge Cirinnà. Sobre esta ley existen diversos comentarios doctrinales. Ver, por ejemplo, BUFFONE, G; GATTUSO, M; WINKLER, M.M; *Unione civile e convivenza, Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, Giuffrè, 2017.

⁸³ La doctrina ha utilizado un término significativo en sí mismo, acuñando una suerte de un “superlativo de un superlativo”, intentando representar la magnitud del asunto para reflejar la realidad del contexto penitenciario. Así lo observan CORLEONE, F; y PUGIOTTO, A (eds); *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2012 (ve “Introducción”).

⁸⁴ En particular, se destacaban el escaso acceso a los servicios higiénicos, espacios de las celdas inferiores a los 3 metros cuadrado por persona, insuficiente luz y aire, escasa garantía de intimidad y privacidad dentro de la celda y en la utilización de los servicios higiénicos.

⁸⁵ V. d.l. 23 de diciembre 2013, n. 146, conv. con mod. por ley 21 de febrero de 2014, no. 10, cd “vacía cárceles”, sobre el que se ha pronunciado DI BELLA, A; *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, en “*www.penalecontemporaneo.it*”. Por ejemplo, se había introducido el brazaletes electrónico y el derecho de reclamación durante la fase ejecutiva (art. 35-bis O.P.) para presentarse ante el fiscal de vigilancia. Igualmente, se introdujo el remedio indemnizatorio (art. 35-ter O.P.), en el plazo de reducción de la pena, un día cada diez, o cuando eso no es posible, por ejemplo porque ya expiada, del pago de un importe de 8 euros a diario por cada día de sufrimiento. Además, fue insituida la figura del “Defensor nacional de los derechos de las personas detenidas o privadas de la libertad personal”. Anteriormente, v. d.l. 78/2013, conv. por l. 94/2013, que había previsto una elevación de los límites de pena por el recurso a la detención preventiva, una mayor preferencia para la libertad anticipada y arresto domiciliario. Posteriormente, d.l. 92/2014, conv. con mod. en ley 117/2014, sobre

sabe, el Tribunal había considerado la superpoblación un problema sistémico y estructural derivado de un malfuncionamiento crónico del sistema penitenciario italiano, asignando al Estado la obligación de implementar, en el plazo de un año desde que se dicta la sentencia, instrumentos preventivos y medidas compensatorias, es decir un recurso interno apto que permite obtener reparación adecuada y suficiente en caso de que la condena se cumpla en condiciones de hacinamiento, y estableciendo una indemnización por el perjuicio moral sufrido por los recurrentes (entre 10.600 y 23.000 euros).

Asimismo, la condena por la imposibilidad de transmitir el apellido de la madre⁸⁶, cuyo origen era un vacío legal, dio lugar a la introducción de una modificación, que permite a los padres añadir el apellido materno al paterno, aunque no sustituirlo⁸⁷.

Igualmente, una reciente condena por la ausencia del delito de tortura indujo el legislador italiano a seguir la senda de las reformas legislativas, aunque el resultado es decepcionante; por ejemplo, se exige la necesidad de que se trate de conductas reiteradas⁸⁸. Un resultado igualmente decepcionante sería también el que sucedió al *caso Morretti* (2010), en materia de adopción, con la aprobación de una ley que establece el derecho a la continuidad afectiva de los infantes en régimen de acogida (ley 173/2015)⁸⁹.

los remedios indemnizatorios para quien subió condiciones de privación de la libertad personal en violación del art. 3 CEDH (según indicado por la rúbrica: Disposiciones urgentes en materia de remedios indemnizatorios a favor de los detenidos e internados que sufrieron un trato en violación del artículo 3 CEDH, junto a las modificaciones al código de procedimiento penal y a las disposiciones de aplicación, al ordenamiento del Cuerpo de Policía Penitenciaria y al ordenamiento penitenciario, incluso el infantil).

⁸⁶ *Cusan y Fazzo c. Italia*, 7.1.2014, rec. 77/07.

⁸⁷ Tras la sentencia del Tribunal Constitucional 286/2016.

⁸⁸ NEGRI, S; *Violenze, maltrattamenti e abusi*, cit. 140 —142, para la reconstrucción de los numerosos intentos.

⁸⁹ Además, es preciso destacar también la reforma de la Ley de quiebra/concursal, tras unas condenas del TEDH en materia de quiebra. Entre las condenas, *Campagnaro*, 23.3.2006, rec. 77955/01; *Vitiello*, 23.3.2006, rec. 77962/01; *Albanese*, 23.3.2006, rec. 77924/01, que han conducido a la modificación legislativa que, en nombre del derecho al respeto de la vida, ha superado la previsión según la cual, en el régimen de liberación del quebrado, este último no podía ejercer determinadas profesiones (d.lgs. 2.1.2006, n. 5). Por otra parte, la normativa na-

Otros efectos relacionados con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son los jurisdiccionales, donde el protagonismo lo ostentan los tribunales internos, incluso en ocasiones el Tribunal Constitucional. La jurisprudencia italiana ha aplicado la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de inmigración⁹⁰, de sustracción de menores⁹¹, y de delitos de difamación por medio de la prensa, dando los jueces cumplimiento a los dictados de los casos *Belpietro* (2013) y *Ricci* (2013): la detención sólo procede en casos graves y deben existir medidas alternativas a la cárcel⁹².

También se ha aplicado directamente el criterio de Estrasburgo por los jueces internos en materia de reproducción asistida y, en particular, respecto a la prohibición de diagnóstico previo a la implantación, haciendo referencia al caso *Costa-Pavan* (2012)⁹³. Igualmente sucedió en materia de motivación de la no concesión de la apelación, a través de los casos *Dhabi* (2014) y *Schipani* (2015).

Entre las consecuencias de la jurisprudencia del TEDH, cabe citar una declaración de inconstitucionalidad en materia de inmigración⁹⁴,

da decía sobre los quebrados antes de la reforma, lo que condujo a nuevas condenas – *Coppola y otros c. Italia*, rec. 5179/05, 14611/05, 29701/06, 9041/05 y 8239/05, 18.12.2012; *Collarile y otros c. Italia*, 18.12.2012, rec. 10652/02, 21532/05, 37211/05, 6723/06, 12373/06, 13553/06, 23446/06, 28978/06, 29698/06, 29699/06, 29704/06, 23003/06, 25473/06, 29693/06; *Caldarella c. Italia*, 22.1.2013, rec. 29703/06; *De Carolis y Lolli c. Italia*, 3.3.2013, rec. 33359/05 – a las que siguió una nueva modificación normativa (d. lgs. 169/2007).

⁹⁰ PALLADINO, R; *La tutela dei migranti irregolari*, cit., 196 e ss. y referencias (notas 89, 90, 91).

⁹¹ BARUFFI, M.C; *La sottrazione internazionale di minori* (art. 8 CEDU), in DI STASI, A (ed.), *Cedu e Ordinamento interno*, cit., 812.

⁹² *Perna c. Italia*, 6.5.2003, rec. 48889/99, se excluye la violación del art. 10, ante la difamación de un magistrado aludía a su profesionalidad y su credibilidad. INCUTTI, R; *La libertà di espressione* (art. 10 CEDU), en A. Di Stasi (editado por), *Cedu e Ordinamento interno*, cit., 883-918.

⁹³ Véase el reconocimiento de la aplicación directa de la sentencia *Costa-Pavan*, sobre el diagnóstico previo a la implantación, por parte del juez nacional: en espera de la modificación legislativa, el juez puede aplicar directamente la jurisprudencia del TEDH, siempre que la regla acuñada por el TEDH sea suficientemente específica e incondicional para sustituirse sin ambigüedad a la regla nacional reconocida contraria al Convenio.

⁹⁴ Respecto a la inconstitucionalidad del art. 5, apartado 5, TUI, v. Tribunal Constitucional 202/2013, en consecuencia de la interpretación del art. 8 CEDH, re-

cabe citar la efectividad del derecho a conocer los propios orígenes por parte del hijo adoptado⁹⁵, la necesidad de proceso y publicidad de las audiencias⁹⁶ y de ausencia de remedios internos a la superposición, allí donde la ley no prevé el aplazamiento de la ejecución de la pena, cuando esta se realice en condiciones contrarias a la más elemental humanidad⁹⁷.

Además, el Tribunal realizó una serie de advertencias acerca de la libertad de expresión y de los delitos cometidos por medio de la prensa o de otros medios de comunicación, sobre todo referidas a las sanciones limitativas de la libertad personal así como todas aquellas que fueran *disuasorias* sobre la actividad de los medios⁹⁸. Dada la más

lacionable con el caso *Hamidovic*, cit. PALLADINO, R; *La tutela dei migranti irregolari*, cit., 193 ss.

⁹⁵ GODELLI, 2012, nota 104, p. 110. Se establece la incompatibilidad del sistema legislativo que prohíbe el derecho de acceder a noticias sobre las propias orígenes por parte del menor abandonado. Además se establece la incompatibilidad la tutela absoluta de la madre que quiera mantener el anonimato, porque en contra del derecho a la identidad y al desarrollo de la personalidad del hijo (que condujo el tribunal constitucional a establecer la inconstitucionalidad de la ley sobre las adopciones, l. 184/ 83, art. 27, apartado 7, en la parte en que no prevé la posibilidad para el juez de interpelar a la madre, que haya declarado que no desea ser nombrada a petición del hijo, para una posible revocación de dicha declaración. Sentencia 278/2013, sobre la cual ver LONG, J; *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, en NGCC, 2014, 4, 289 ss.; STEFANELLI, S; *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, en *Giur. Cost.*, 2013, 5, 4031-4056; CASSETTI, L; Y VANNUCCINI, S; *La ricerca delle proprie origini e il diritto all'identità personale (art. 8 CEDU)*, en DI STASI, A (ed.), *Cedu e Ordinamento interno*, cit., 625 ss.

⁹⁶ Véanse las sentencias del juez constitucional sobre la legitimidad de procedimientos internos cuyas disposiciones no contemplan audiencia pública, con referencia a la interpretación aportada por el Tribunal de Estrasburgo, sentencia 93/2010, que ha establecido la ilegitimidad constitucional de las disposiciones que no permiten, a petición de los interesados, que el procedimiento para las medidas preventivas se celebre en audiencia pública, misma exigencia para el procedimiento que repare la detención injusta (214/2013), así como el de confiscación (109/2015).

⁹⁷ Tribunal Constitucional 279/2013, en que se hace referencia a *Torreggiani*. El Tribunal declara la inadmisibilidad por la pluralidad de remedios posiblemente declinables.

⁹⁸ *Belpietro c. Italia*, 24.9.2013, 43612/10, donde el TEDH reconoció la intromisión del estado en el derecho a la libertad de expresión del recurrente, incluso por

que probable influencia en la libertad de prensa, “sugirió” la reforma de diversos delitos relacionados con la difamación y la opinión⁹⁹.

Además, casi como consecuencia directa cabe destacar la mala prensa italiana en la escena internacional, producto de las diferentes negativas de extradición, por ser de escasa fiabilidad el respeto de los derechos de las personas detenidas¹⁰⁰.

4.2. *Las modalidades de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo*

Junto a las consecuencias derivadas de las sentencias de Estrasburgo, es interesante ilustrar las modalidades de ejecución que, desde hace unos diez años, fueron establecidas por ley¹⁰¹.

La responsabilidad de la ejecución pertenece al Ejecutivo y al Presidente del Consejo de Ministros, en colaboración con la Representación Permanente de Italia ante el Consejo de Europa, que, anualmente, predispone y envía una relación al Parlamento. Esta incluye

la excesiva sanción que se configura como instrumento potencialmente disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión de los periodistas. Análogamente, véase también *Ricci c. Italia*, 8.10.2013, rec. 30210/06, que no considera contraria al CEDH la condena, pero estima desproporcionada la sanción respecto a los delitos relacionados al cumplimiento de la actividad de prensa y divulgación informativa, que se configura como una intromisión en el derecho a la libertad de expresión, necesario para una sociedad democrática, y en proporción respecto al fin perseguido. En ambos casos, la naturaleza y el *quantum* de la condena fueron cuestionados.

⁹⁹ Véase el Proyecto de Ley en materia de difamación.

¹⁰⁰ AVERSANO, M.L.; “Il sovraffollamento carcerario (art. 3 CEDU)”, en DI STASI, A (editado por), *Cedu e Ordinamento interno*, cit., 205 ss, y en particular 243.

¹⁰¹ Ley 12/2006, Ley Azzolini, con epígrafe “Disposiciones en materia de ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, que con un artículo único ha añadido una disposición a la ley 400/1988, según la cual el presidente del Consejo de Ministros “promoverá los cumplimientos derivados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en contra del Estado italiano” y “comunicará sin demora a las Cámaras las mismas para su examen por parte de las comisiones parlamentarias permanentes, y presentará anualmente al Parlamento una relación sobre el estado de ejecución de dichas sentencias”. Implementado por D.P.C.M. 1 de febrero 2007 para la definición de las concretas modalidades. DI STASI, A; *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, cit., 93 ss.

un análisis de los casos tratados por el Tribunal de Estrasburgo, con indicación de la medida técnico-política adecuada para cumplir con la decisión, y en línea con la directiva del secretariado del Consejo de Europa, que obliga al estado condenado a comunicar en el plazo de seis meses desde que se dictó la sentencia, tanto la autoridad nacional encargada como las medidas adoptadas o en proceso de hacerlo¹⁰². En la relación se indican los casos pendientes en la Gran Sala, las sumas de las indemnizaciones liquidadas en concepto de justa reparación, los casos de reclamación del Estado italiano contra los entes territoriales, así como las sentencias emitidas contra Italia en proporción de aumento. Además, se indica la ejecución de las obligaciones derivadas de las mismas. Luego se informan la representación, el Tribunal de Estrasburgo y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ante el que se realiza el procedimiento de supervisión que comienza justo después de la publicación de la sentencia. Los casos se clasifican en cuatro categorías: *casos individuales*, *series de casos*, *violaciones relevantes que perduran desde hace años*, y finalmente *casos de no violación*. A continuación, se indica el resultado de la monitorización de la ejecución de sentencias emitidas en años anteriores, el estado de ejecución de sentencias de especial interés, así como problemas particulares que las series de casos suelen poner de manifiesto (plazo razonable, leyes con efecto retroactivo, violación de la igualdad en el procedimiento contradictorio).

La segunda parte de la relación tiene que ver con la adaptación del ordenamiento nacional a los principios y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, con especial referencia a la protección de los derechos fundamentales, al papel del CEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y a las cuestiones de legitimidad constitucional todavía pendientes y circunscritas a los principios del propio Convenio.

La implementación de un sistema de monitorización rígido parece dirigida, por un lado, a la sensibilización de las instituciones, entre ellas y especialmente el Parlamento, que es quien debe adoptar las modificaciones legislativas respecto a esas “violaciones en serie”; por

¹⁰² Resolución (2006) 1516 del 2 de octubre 2006 del Consejo Europeo sobre la aplicación de las sentencias del Tribunal Europeo de los derechos humanos.

otro, lado, parecen dirigirse a demostrar la atención prestada a la ejecución y implementación de sentencias que vienen desde Estrasburgo.

5. UNA BREVE SÍNTESIS DE LO SEÑALADO HASTA AHORA

Aunque se puede destacar cierta deferencia hacia las argumentaciones del Tribunal de Estrasburgo, el análisis de las sentencias contra Italia demuestran, en primer lugar, una utilización ambigua y oscura del margen de apreciación nacional¹⁰³, especialmente sobre temas considerados “polémicos”, susceptibles de causar divisiones sociales, como por otra parte parece suceder con casi toda la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, es emblemático el caso *Lautsi* (2011), donde el Tribunal otorgó confines muy amplios al margen de apreciación, basándose en la supuesta ausencia de consentimiento por parte de los Estados¹⁰⁴.

Respecto a la compleja cuestión del valor y eficacia de las normas convencionales en el sistema interno y de la relación con las fuentes de derecho¹⁰⁵, el Tribunal Constitucional afirmó en 2007 que, en caso de contradicción entre una norma italiana y el CEDH, los jueces deben

¹⁰³ REPETTO, G; “Figli irriconosibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo”, en SCHILLACI, A (ed.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Roma, 2014.

¹⁰⁴ *Lautsi c. Italia*, 18.03.2011, rec. 30814/06. El caso concernía la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas estatales, respecto al cual no se reconoció la violación del derecho a la educación. Sobre este asunto, el Tribunal consideró que la mayor visibilidad de la religión mayoritaria en la escuela pública no se podía encuadrar como forma de adoctrinamiento, ni relacionada con la enseñanza obligatoria de la religión cristiana, sin que algo hiciera pensar a alguna forma de intolerancia hacía alumnos de otras religiones o no creyentes. Igualmente expresiva del ambiguo margen de apreciación y de una decepcionante aplicación práctica *Sessa c. Italia*, 3.4.2012, 28790/08.

¹⁰⁵ BIN, R; BRUNELLI, G; PUGIOTTO, P; Y VERONESI, P (ed.), *All’incrocio fra Costituzione e Cedu: alla ricerca di un fondamento giuridico nel diritto interno e nel sistema convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2008; LAMARQUE, E; *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sopranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, en *Dir. Pubbl.*, 2013, 3, 727-805.

recorrir al Tribunal Constitucional¹⁰⁶. Las disposiciones del Convenio gozan de valor de normas interpuestas, situadas en una posición intermedia entre la Constitución y las fuentes primarias, conectadas a través del art. 117.1 de la Constitución, que hace referencia a las obligaciones internacionales que se imponen a la actividad normativa del Estado y de las regiones, (además del límite que supone la propia Constitución, claro está)¹⁰⁷. Cabe destacar que el parámetro no es sólo el Convenio, sino este en la interpretación que le da el Tribunal de Estrasburgo, quien goza de competencia exclusiva para ejercer dicho cometido. Por lo tanto, tales normas se deben aplicar en Italia según la interpretación prestada por el mismo Tribunal, haciendo imposible que los jueces nacionales cuestionan la interpretación del CEDH dada por Estrasburgo. Especificando el contenido de las sentencias del 2007, que indicaban principalmente una “función interpretativa eminente” de dicho Tribunal¹⁰⁸, posteriormente se ha establecido un vínculo interpretativo absoluto e incondicional para los jueces ordinarios e incluso el propio Tribunal Constitucional¹⁰⁹. Sin embargo, respecto a las normas internas, se impone una interpretación conforme a la

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional 348 y 349/2007. POLLICINO, O; “The Italian Constitutional Court at the crossroad between constitutional parochialism and cooperative constitutionalism. Case note on judgments no. 348 and 349 of 2007”, en *European Constitutional Law Review*, 2008, 363 ss.; TEGA, D; “Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto”, en *Quad. cost.*, 2008, 1, 133; *Cartabia*, M; “Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici”, en *Giur. Cost.*, 2007, 5, 3564. V. Corte cost. 239/2006, pero análogamente Corte cost. 39/2008; RUGGERI, A; *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, en www.consultaonline.it; FALZEA, P; SPADARO, A; VENTURA, L (ed.), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003; PUSTORINO, P; *Corte costituzionale, Cedu e controlimiti*, en *Giur. It.*, 2013, 4, 770 ss.

¹⁰⁷ CANNIZZARO, E; “Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l’art. 117, 1° comma, Cost”., en *Riv. dir. int.*, 2010, 1, 128.

¹⁰⁸ V. Tribunal Constitucional 311 y 317 de 2009, en línea con las sentencias 348 y 349 de 2007, v. Tribunal Cost. 49/2015.

¹⁰⁹ RUGGERI, A; *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in www.forumcostituzionale.it; POLLICINO, O; *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, en www.forumcostituzionale.it.

Constitución y al CEDH. Si esto no permitiera resolver la posible contradicción con la Constitución, la norma interna debería someterse al examen del Tribunal constitucional para que evalúe la inconstitucionalidad en relación con el art. 117.1 de la Constitución¹¹⁰, previa verificación de la posibilidad de solucionar por vía interpretativa la contradicción entre la norma sospechosa y el Convenio. Además, el Juez de la Constitución admite que administraciones públicas italianas podrían eludir el canon de Estrasburgo en aras del interés general, en base al margen de apreciación, que “puede determinarse teniendo en cuenta el conjunto de los derechos fundamentales, cuya visión cercana e integrada puede ser el producto del legislador, del Tribunal Constitucional y del juez ordinario, cada uno en el ámbito de sus propias competencias”¹¹¹. Si bien el Tribunal Constitucional no puede cuestionar la interpretación del CEDH dada por el Tribunal de Estrasburgo, sin embargo está facultado para verificar si la norma convencional —la cual en todo caso queda por debajo de la Constitución— no es conforme con las otras normas de la Constitución, en cuyo caso excepcionalmente se excluye la operatividad de la remisión a la norma internacional, y por tanto su idoneidad para integrar el parámetro del art. 117¹¹². En efecto, el respeto de la Constitución es el fruto del cumplimiento del CEDH, porque la norma tiene que ser conforme con la Constitución y por tanto, si respeta esta última respeta también el CEDH, siguiendo el margen de apreciación; en el caso contrario, el estado incumple la obligación internacional asumida¹¹³.

Siguiendo las conclusiones del caso *Scordino* (2006)¹¹⁴, a partir de 2007, los jueces “obedecieron” al Tribunal constitucional y fueron frecuentes los casos en los que alegaron la excepción de constitucio-

¹¹⁰ DI STASI, A; *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, cit., 79.

¹¹¹ Tribunal constitucional, 311 y 317 de 2009.

¹¹² Tribunal Constitucional, 311 y 317 de 2009, pero también 93/2010.

¹¹³ DI STASI, A; *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, cit., 82-83.

¹¹⁴ Véase caso *Scordino c. Italia*, 29.3.2006, rec. 36813/97, para la obligación del estado de ejecutar las sentencias.

nalidad empleando el CEDH como parámetro intermedio/interpuesto¹¹⁵.

En relación a la obligatoriedad y al carácter vinculante de las sentencias de Estrasburgo para los jueces nacionales¹¹⁶, se reconoció que el juez tiene que decidir no sólo en conformidad con la ley, sino también conforme a la jurisprudencia de Estrasburgo; el juez formará su convicción teniendo en cuenta lo que fue decidido por otra sentencia en la misma causa¹¹⁷, precisamente porque debe ajustarse a la “jurisprudencia europea consolidada sobre la norma transmitente”¹¹⁸, “de forma que se respete dicha jurisprudencia”¹¹⁹, sin perjuicio del margen de apreciación¹²⁰. Sólo un “derecho consolidado”, generado por la jurisprudencia europea o una sentencia pionera¹²¹ podrían constituir el fundamento del procedimiento interpretativo realizado por el juez nacional. Por otro lado, las sentencias que no se traducen en una orientación jurídica definitiva no dan lugar a ninguna obligación¹²². En suma, los jueces nacionales tienen un papel significativo, dando vida al Convenio a través del diálogo con el TEDH.

Muy compleja y debatida es la cuestión relativa a la intangibilidad de la sentencia, allí donde la víctima siga sufriendo los efectos de una sentencia condenatoria del juez nacional que es contraria al Convenio, y la cuestión igualmente problemática relativa al examen de

¹¹⁵ See MARTINICO, G; Y POLLICINO, O; *Reports on Italy*, in G. Martinico, O. Pollicino (eds), *National judges and supranational laws: on the effective application of the EC law and the ECHR. Proceedings of the conference for second anniversary of the STALS project*, 2010, forthcoming. TEGA, V.D.; *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012.

¹¹⁶ RUGGERI, A; *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte Internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Ragion Pratica*, 2002, 63 ss.; Id., *Tradizioni costituzionali comuni' e 'controlimiti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, en DPCE, 2003, 102 ss.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional 210/2013, pero véase también 50/70.

¹¹⁸ Tribunal Constitucional 236 y 311/2011. Sobre la obligación de conformarse a la jurisprudencia europea, véase los casos *Somogy* y *Dorigo*.

¹¹⁹ Tribunal Constitucional, 311/2009 y 303/2011.

¹²⁰ Tribunal Constitucional, 317/2009 y 15/2012.

¹²¹ Tribunal constitucional 80/2011.

¹²² Confirmado por Tribunal constitucional 187/2015 y 49/2015.

oficio de la violación del mismo¹²³. Si inicialmente el Tribunal Constitucional se opuso a la revisión de sentencias penales de condena irrevocables¹²⁴, posteriormente modificó su orientación e introdujo, mediante sentencia aditiva, una nueva hipótesis de revisión¹²⁵.

Las sentencias contra Italia confirman el avance de la construcción de un pluralismo constitucional que da forma a las relaciones entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento convencional¹²⁶. Este asunto parece el reflejo de la progresiva *regionalización* de la protección de los derechos humanos¹²⁷, que conduce a una estratificación de los niveles de tutela siguiendo criterios de concurrencia entre catálogos de derechos y tribunales. La jurisprudencia de Estrasburgo respecto a Italia confirma este diagnóstico, dando un impulso al pluralismo a nivel estatal, y superando las visiones más cerradas y tradicionales, orientándose hacia un “dualismo moderado”, cuando no hacia un monismo en la práctica¹²⁸.

Sin duda, el TEDH cada vez es más importante, como juez de los derechos “de última instancia”, al que se acude masivamente allí donde los remedios internos no han resultado satisfactorios. A este respecto, cabe subrayar casos significativos, como *Scordino* (2006),

¹²³ REPETTO, G; *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3, 1075-1120; LAMARQUE, E; *Gli effetti delle sentenze della Corte europea secondo la Corte costituzionale italiana*, en FRAGOLA, M (ed.), *La cooperazione fra le Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, 77-97.

¹²⁴ Tribunal Constitucional 129/2008.

¹²⁵ Tribunal Constitucional 113/2011; véase REPETTO, G; *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in *Giur. cost.*, 2, 2011, 1548 ss.

¹²⁶ MACCORMICK, N; *Beyond the sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1993, 1; Id., *Questioning Sovereignty, Law State and Nation in European Commonwealth*, Oxford, 1999. See also POIARES MADURO, M; *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional pluralism in Action*, en WALKER, N (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, 502 ss.; Id., *Interpreting European law: Judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, 2008, 2; WALKER, N, *The idea of constitutionalism pluralism*, in *Modern Law Review*, 2002, 317 ss.

¹²⁷ DI STASI, A; *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, cit., 6 ss.

¹²⁸ RAIMONDI, G; *Presentazione*, cit., VII; A. Ruggeri, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, en <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/RUGGERI-Relaz.pdf>.

en el que el Tribunal de Estrasburgo, al constatar que el Tribunal de Casación no ofrecía una interpretación de la ley conforme a sus precedentes en la materia, y a pesar de que fue sancionada varias veces por la excesiva duración de los procesos, admitió el recurso directo a Estrasburgo contra el Estado incluso sin haber agotado antes los remedios internos¹²⁹.

En general, si bien las condenas del Tribunal contra Italia no se han caracterizado por ser especialmente innovadoras, han sido muy relevantes a la hora de señalar ciertas prácticas ilegales y difundidas que no casaban con los parámetros del Convenio. En este sentido, son emblemáticas las sentencias en materia de relaciones parentales y/o de adopción¹³⁰, las que abordan el uso de la fuerza por parte de la autoridad pública durante las actividades de control¹³¹, las que tratan de lo exiguo de las indemnizaciones por expropiaciones, y las que tratan la gestión del fenómeno migratorio (casi exclusivamente como problema de orden público y no como problema de vulneración de derechos humanos)¹³².

6. MIRAR AL FUTURO

Italia ha dado mucho trabajo desde siempre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y no parece que la tendencia vaya a cambiar. Baste mencionar que, a principios de 2018, hay más de cinco mil demandas pendientes¹³³. Aunque se observa una reducción de los litigios —respecto a específicas medidas adoptadas a nivel legislativo para armonizar el ordenamiento interno con el del CEDH y a estrategias

¹²⁹ Véase caso *Scordino*, 27.3.2003, 29.7.2004, 15.7.2004.

¹³⁰ *V. supra*.

¹³¹ El tema del uso excesivo y desproporcionado de la fuerza por parte de la autoridad pública representa un asunto de dramática actualidad, a la vista de unos decesos de jóvenes detenidos o durante inspecciones de la fuerza pública. Véanse las vicisitudes de Stefano Cucchi, Federico Aldovrandi, Giuseppe Uva.

¹³² *V. supra*.

¹³³ En particular, se cuentan 5351 recursos, de los cuales 4881 ante el juez único (137), ante las Salas (3379, Chamber (1361), y ante la Gran Sala Grand Chamber (4). *V. La factsheet sobre Italia* disponible en la página: http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_ENG.pdf

administrativas para luchar contra las violaciones “en serie”¹³⁴, se barruntan en el horizonte nuevas cuestiones problemáticas y nuevos asuntos que no tardarán en ser decididos por el TEDH.

¹³⁴ DI STASI, A; *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, cit., 96. Por ejemplo, para el reglamento amistoso, en materia de expropiación.

POLONIA

Adam Krzywoń
Universidad de Varsovia
adam.krzywon@gmail.com

1. POLONIA COMO MIEMBRO DEL CONSEJO DE EUROPA

Para Polonia, al igual que para otros países de la Europa Central y del Este, ser miembro del Consejo de Europa y ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no fue posible hasta la transición democrática y la caída de los regímenes comunistas después del año 1989. Polonia se adhirió al Consejo de Europa en 1991. En la fecha de integrarse en la organización, el gobierno polaco firmó también el CEDH, ratificado el 19 de enero de 1993, y desde aquel momento los actos de las autoridades polacas se someten a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo (TEDH).

El Convenio y sus protocolos adicionales se ratificaron mediante un procedimiento que incorporó dichos documentos al ordenamiento jurídico polaco. De acuerdo con la Constitución polaca de 1997, estos documentos constituyen una fuente de derecho de aplicación general, son vinculantes para todos, se les atribuye la eficacia directa y la prioridad ante las leyes y otras normas nacionales de rango inferior (artículos 89 y 91 de la Constitución). Las disposiciones del CEDH se aplican de modo extenso en la práctica judicial actual. Tal aplicación cobra diferentes formas, plasmándose por lo general en la yuxtaposición de las normas convencionales con las disposiciones del derecho polaco, en particular, de la Constitución, llegándose a crear entonces una norma legal construida a base de las normas polacas e internacionales que permite resolver determinado asunto planteado ante un tribunal. Los órganos del poder judicial toman en cuenta en tal caso no solamente el texto mismo del CEDH, sino que aprovechan también la vasta jurisprudencia del TEDH. Las disposiciones del CEDH se aplican también de forma individual, como fundamento único de la resolución judicial, especialmente cuando no existen normas

pertinentes del derecho nacional. Existen también casos de uso de las disposiciones del CEDH como normas de referencia para las leyes nacionales o preceptos de rango inferior, en especial por el Tribunal Constitucional, dado que éste en su jurisprudencia subraya su vinculación por los valores y estándares del Convenio¹.

2. UNA APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA

Durante más de 20 años de vigencia del CEDH respecto a Polonia se ha acumulado un acopio considerable de sentencias relativas a las acciones y omisiones de las autoridades polacas. Sin embargo, un análisis detallado de estos datos estadísticos permite llegar a una conclusión preliminar de que ha cambiado la dinámica de las sentencias dictadas respecto a Polonia, el número de las cuales ha ido disminuyendo con el tiempo. Tal disminución está relacionada con las reformas del sistema realizadas a consecuencia de las numerosas sentencias piloto dictadas por el TEDH en juicios polacos así como de una mayor percepción del estándar de Estrasburgo presente en los tribunales y otros órganos de aplicación del derecho. En los últimos 3 años (2014-2016) el número de las sentencias en asuntos polacos dictadas en un año no ha sido superior a 30. Entre enero y julio de 2017, el TEDH emitió 14 sentencias en asuntos polacos.

En 2016 el TEDH dictó 26 sentencias en juicios relativos a Polonia, de las cuales en 19 casos se confirmó una violación de los derechos garantizados por el CEDH o los protocolos adicionales², y en

¹ Sentencia de 12 de diciembre 2005, K 32/04.

² Caso *Karykowski contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 653/12; caso *Prus contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 5136/11; caso *Romaniuk contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 59285/12; caso *Paluch contra Polonia* de 16 de febrero 2016, queja no. 57292/12; caso *Świdorski contra Polonia* de 16 de febrero 2016, queja no. 5532/10; caso *Matczak contra Polonia* de 23 de febrero 2016, queja no. 26649/12; caso *K.J. contra Polonia* de 1 de marzo 2016, queja no. 30813/14; caso *Karwowski contra Polonia* de 19 de abril 2016, queja no. 29869/13; caso *Ojczyk contra Polonia* de 17 de mayo 2016, queja no. 66850/12; caso *Koniuszewski contra Polonia* de 14 de junio 2016, queja no. 619/12; caso *Pugżlys contra Polonia* de 14 de junio 2016, queja no. 446/10; caso *Wasiak contra Polonia* de 14 de junio 2016, queja no. 7258/12; caso *Wojciechowski contra Polonia* de 28 de junio 2016, queja no. 54511/11; caso *Malec*

7 casos no se había producido una infracción. Entre los derechos y libertades cuya violación por las autoridades polacas se constató con más frecuencia en 2016 se encuentra la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH: 11 casos), derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH: 3 casos), libertad de expresión (artículo 10 CEDH: 3 casos) así como un caso de violación de cada uno de los siguientes derechos: derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 5 CEDH), derecho a un plazo razonable del procedimiento judicial (artículo 6 apartado 1 CEDH) y derecho a la propiedad (artículo 1 del protocolo n° 1 al CEDH).

Entre las sentencias dictadas en 2016 destacan los juicios relativos al trato inhumano o degradante en las instituciones penitenciarias polacas. En algunas sentencias el TEDH analizó el modo de aplicación por las autoridades estatales del régimen de calificación de los demandantes dentro de la categoría de presos peligrosos para la sociedad y para la seguridad de las instituciones penitenciarias. El Tribunal examinó los motivos de la aplicación de tal régimen (entre los que se encontraba el liderazgo de los demandantes en protestas realizadas en prisiones o el hecho de emprender una huelga de hambre) así como el tiempo de duración de las medidas aplicadas. El Tribunal comprobó que la necesidad de que los demandantes se movieran en cadenas en el exterior de la celda así como las inspecciones rutinarias de personas habían causado en ellos un sentimiento de degradación y humillación³. Las restricciones usadas por las autoridades de la cárcel (reclusión en un departamento especial, celdas vigiladas, limitación de visitas, necesidad de moverse en cadenas, repetidas inspecciones con la obligación de desnudarse) no eran necesarias. Por lo tanto, el TEDH llegó a la conclusión de que tales medidas constituían una

contra Polonia de 28 de junio 2016, queja no. 28623/12; caso *Kurski contra Polonia* de 5 de julio 2016, queja no. 26115/10; caso *Ziemiński contra Polonia* de 5 de julio 2016, queja no. 1799/07; caso *G.N. contra Polonia* de 19 de julio 2016, queja no. 2171/14; caso *Siemaszko y Olszyński contra Polonia* de 13 de septiembre 2016, queja no. 60975/08 y 35410/09; caso *Klibisz contra Polonia* de 4 de octubre 2016, queja no. 2235/02.

³ Caso *Karykowski contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 653/12; caso *Prus contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 5136/11; caso *Romaniuk contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 59285/12.

molestia de un grado superior a aquél intrínseco a la pena privativa de libertad dictada, llegándose a infringir por tanto el artículo 3 CEDH⁴.

Durante el período analizado destacan también las sentencias relativas a unas condiciones inadecuadas de la reclusión, en particular, el hacinamiento en las instituciones penitenciarias polacas⁵. El Tribunal hizo constar también que la reclusión en unos establecimientos penitenciarios sobrepoblados, con unas condiciones sanitarias inadecuadas y una reducida posibilidad de pasar el tiempo fuera de la celda, excedía el nivel de molestia relacionado con el cumplimiento de una pena de privación de libertad constituyendo, por tanto, una violación del artículo 3 CEDH⁶.

En 2016 el TEDH dictó asimismo una serie de sentencias relativas a la protección de la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). En particular, el Tribunal evaluó la proporcionalidad de la injerencia del Estado en el ámbito de la libertad legalmente protegida recordando que la expresión periodística debía gozar del mayor nivel de protección y que era suficiente que el periodista presentara los hechos en los que se había basado su expresión demostrando haber actuado de buena fe, para que pudiera evitar responsabilidad. El Tribunal indicó también que otro factor decisivo para constatar una violación desproporcionada de las disposiciones del artículo 10 CEDH era el carácter de las sanciones empleadas (pena cumulativa en un proceso penal e indemnización en un proceso civil)⁷.

El Tribunal consideró también de relevancia el carácter político de la expresión y el hecho de que el demandante hubiera participado en un debate público. Por lo tanto, se manifestó que, a la luz de las disposiciones del CEDH, no era necesario demostrar la veracidad de las acusaciones presentadas en la expresión, sino solamente actuar con debida diligencia. También en estos casos el Tribunal señaló la desproporción de la sanción empleada por las autoridades públicas

⁴ Caso *Paluch contra Polonia* de 16 de febrero 2016, queja no. 57292/12; caso *Świdorski contra Polonia* de 16 de febrero 2016, queja no. 5532/10; caso *Karwowski contra Polonia* de 19 de abril 2016, queja no. 29869/13; caso *Klibisz contra Polonia* de 4 de octubre 2016, queja no. 2235/02.

⁵ Caso *Ojczyk contra Polonia* de 17 de mayo 2016, queja no. 66850/12.

⁶ Caso *Wojciechowski contra Polonia* de 28 de junio 2016, queja no. 54511/11.

⁷ Caso *Ziemiński contra Polonia* de 5 de julio 2016, queja no. 1799/07.

que incluía la obligación de publicar una disculpa y pagar un importe a una causa social que en conjunto equivalía a dieciocho sueldos medios mensuales, constituyendo una infracción de lo dispuesto en el artículo 10 CEDH⁸. La gravedad de la sanción impuesta que incluía el uso de un mecanismo de responsabilidad penal podía tener un efecto paralizador, disuadiendo de participar en el debate público⁹.

En 2015 el TEDH dictó 29 sentencias relativas a Polonia, de las que en 20 casos se comprobó la violación de una norma convencional¹⁰, y en las otras 9 no se observaron infracciones. Las violaciones más frecuentes del CEDH estaban relacionadas con el derecho a un plazo razonable del proceso judicial (artículo 6 apartado 1 CEDH: 9 casos), derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH: 4 casos), derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 5 CEDH: 4 casos), libertad de expresión (artículo 10 CEDH: 2 casos), prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH: 2 casos) así como un caso de violación del derecho de proteger la vida (omisión de la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva, artículo 2 CEDH), derecho a un proceso equitativo (omisión de la obligación de ejecutar las sentencias judiciales, artículo 6 CEDH),

⁸ Caso *Kurski contra Polonia* de 5 de julio 2016, queja no. 26115/10.

⁹ Caso *Ziemiński contra Polonia* de 5 de julio 2016, queja no. 1799/07.

¹⁰ Caso *Kurowski contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 9635/12; caso *Tomczyk contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 7708/12; caso *Maslowski contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 7626/12; caso *Brajer contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 7589/12; caso *Paulak contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 28237/10; caso *Maciejewski contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 34447/05; caso *M.C. contra Polonia* de 3 de marzo 2015, queja no. 23692/09; caso *Wrona contra Polonia* de 10 de marzo 2015, queja no. 29345/09; caso *Stettner contra Polonia* de 24 de marzo 2015, queja no. 38510/06; caso *Grabowski contra Polonia* de 30 de junio 2015, queja no. 57722/12; caso *Rutkowski y otros contra Polonia* de 7 de julio 2015, queja no. 72287/10; caso *R.S. contra Polonia* de 21 de julio 2015, queja no. 63777/09; caso *Mogielnicki contra Polonia* de 15 de septiembre 2015, queja no. 42689/09; caso *Milka contra Polonia* de 15 de septiembre 2015, queja no. 14322/12; caso *Stasik contra Polonia* de 6 de octubre 2015, queja no. 21823/12; caso *Žuk contra Polonia* de 6 de octubre 2015, queja no. 48286/11; caso *Olszewscy contra Polonia* de 3 de noviembre 2015, queja no. 99/12; caso *Stankiewicz y otros contra Polonia* de 3 de noviembre 2015, queja no. 48053/11; caso *Chyla contra Polonia* de 3 de noviembre 2015, queja no. 8384/08; caso *Szafrański contra Polonia* de 15 de diciembre 2015, queja no. 17249/12.

derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) y derecho de propiedad (artículo 1 del protocolo n° 1 al CEDH).

Entre las referidas sentencias destaca un grupo de resoluciones dictadas en el marco del procedimiento *repetitive cases*, relativas a las dilaciones indebidas de los procesos en asuntos penales. El Tribunal señaló que la duración de los procedimientos que se prolongan, por ejemplo, por encima de 8 años y siguen tramitándose ante el tribunal de primera instancia infringe considerablemente el requisito indicado en el artículo 6 apartado 1 CEDH del plazo razonable de tramitación del juicio¹¹. El Tribunal hizo también referencia a las cuestiones relacionadas con la calificación del demandante —que estaba cumpliendo una pena de privación de libertad— como una persona peligrosa para la seguridad social¹². Se observaron también unas condiciones sanitarias inadecuadas en un establecimiento penitenciario así como el hecho de existencia cumulativa de factores del trato degradante¹³. El Tribunal señaló asimismo la inexistencia de normas legales adecuadas relativas a la realización de inspecciones de personas en prisión provisional, en particular, la falta de una clara delimitación de las facultades de las personas que realizan tales inspecciones¹⁴.

En 2015 el TEDH dictó asimismo sentencias relacionadas con la violación por las autoridades polacas de la libertad de expresión (artículo 10 CEDH), señalando la necesidad de diferenciar entre hechos y opiniones, apuntando que respecto a estas últimas no se podía exigir la comprobación de su veracidad y subrayando que el debate sobre asuntos públicos admitía cierto nivel de exageración o provocación¹⁵. El Tribunal recordó también que los límites de una crítica admisible

¹¹ Caso *Kurowski contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 9635/12; caso *Tomczyk contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 7708/12; caso *Maslowski contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 7626/12; caso *Brajer contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 7589/12; caso *Paulak contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 28237/10.

¹² Caso *Chyla contra Polonia* de 3 de noviembre 2015, queja no. 8384/08.

¹³ Caso *Szafrański contra Polonia* de 15 de diciembre 2015, queja no. 17249/12.

¹⁴ Caso *Milka contra Polonia* de 15 de septiembre 2015, queja no. 14322/12.

¹⁵ Caso *Maciejewski contra Polonia* de 13 de enero 2015, queja no. 34447/05.

respecto a personajes públicos excedían los relativos a las personas privadas¹⁶.

En 2014 el TEDH dictó en asuntos polacos 28 sentencias, de las cuales en 20 casos se confirmó un incumplimiento del Convenio o de los protocolos adicionales¹⁷. Las infracciones más frecuentes concernían al derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 5 CEDH: 7 casos), derecho de propiedad (artículo 1 del protocolo n° 1 al CEDH: 7 casos), derecho a un plazo razonable del proceso judicial (artículo 6 apartado 1 CEDH: 4 casos), prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH: 4 casos), derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH: 4 casos), derecho al respeto a la vida familiar y privada (artículo 8 CEDH: 3 casos), prohibición de torturas (artículo 3 CEDH: 2 casos), libertad de expresión (artículo 10 CEDH: 2 casos) y al derecho a un proceso judicial equitativo (artículo 6 CEDH: 2 casos).

Al igual que en los años posteriores, en 2014 destacan las sentencias relativas a las condiciones de cumplimiento de la pena privativa de libertad y la aplicación de las medidas cautelares. El Tribunal

¹⁶ Caso *Stankiewicz y otros contra Polonia* de 3 de noviembre 2015, queja no. 48053/11.

¹⁷ Caso *Karabin contra Polonia* de 7 de enero 2014, queja no. 29254/06; caso *Kruszyński contra Polonia* de 28 de enero 2014, queja no. 22534/05; caso *Węgrzyn contra Polonia* de 28 de enero 2014, queja no. 29423/05; caso *Marek contra Polonia* de 28 de enero 2014, queja no. 54148/09; caso *Hajduk contra Polonia* de 11 de febrero 2014, queja no. 6210/05; caso *Czyż contra Polonia* de 11 de febrero 2014, queja no. 21796/05; caso *Burczy contra Polonia* de 11 de febrero 2014, queja no. 43129/04; caso *Bryda contra Polonia* de 25 de marzo 2014, queja no. 1902/05; caso *Tomaszewscy contra Polonia* de 15 de abril 2014, queja no. 8933/05; caso *Hoszowski contra Polonia* de 27 de mayo 2014, queja no. 40988/09; caso *Golański y Pisarek contra Polonia* de 27 de mayo 2014, queja no. 32327/10; caso *Grzona contra Polonia* de 24 de junio 2014, queja no. 3206/09; caso *Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia* de 24 de julio 2014, queja no. 7511/13; caso *Al Nashiri contra Polonia* de 24 de julio 2014, queja no. 28761/11; caso *Stankiewicz y otros contra Polonia* de 14 de octubre 2014, queja no. 48723/07; caso *Ślusarczyk contra Polonia* de 28 de octubre 2014, queja no. 23463/04; caso *Mierzejewski contra Polonia* de 4 de noviembre 2014, queja no. 9916/13; caso *Braun contra Polonia* de 4 de noviembre 2014, queja no. 30162/10; caso *K.C. contra Polonia* de 25 de noviembre 2014, queja no. 31199/12; caso *Siermiński contra Polonia* de 2 de diciembre 2014, queja no. 53339/09.

apuntó casos de trato degradante que consistían en no asegurar al demandante unas condiciones penitenciarias adecuadas e incumplir la norma de 3m² por un recluso¹⁸. Las omisiones de las autoridades polacas respecto a las condiciones de vida, hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, carácter cumulativo de las medidas cautelares empleadas respecto al demandante así como la duración de la prisión provisional fueron los factores decisivos para comprobar de forma inequívoca una infracción de las disposiciones del artículo 3 CEDH. No obstante, incluso la mera duración de la prisión provisional (3 años y 4 meses) podría decidir sobre la infracción de dicha norma¹⁹. Se observaron asimismo casos de dilación indebida de los procesos judiciales (p.ej. los procesos civiles en asunto de protección de los derechos de autor que duraron 16 años y 18 años)²⁰.

En dicho período se dictaron sentencias relativas a la libertad de expresión. El Tribunal puso énfasis en el ámbito extenso de la crítica periodística admisible señalando que, dado que los periodistas habían actuado con esmero y de buena fe, la injerencia de las autoridades estatales en la libertad de expresión no era necesaria²¹. Se subrayó asimismo que también cuando determinada persona era periodista, pero participaba en un debate de gran relevancia pública, no se podía exigir de un modo categórico que dicha persona demostrase la veracidad de las opiniones expresadas²².

3. BALANCE DE LOS AÑOS MÁS RECIENTES

El análisis del número de las sentencias dictadas respecto a Polonia en los años 2014-2016 comparando estos datos con el período anterior muestra una tendencia clara a disminución. Desde el momento de la ratificación del Convenio por parte de Polonia en 1993 y hasta

¹⁸ Caso *Karabin contra Polonia* de 7 de enero 2014, queja no. 29254/06.

¹⁹ Caso *Mierzejewski contra Polonia* de 4 de noviembre 2014, queja no. 9916/13.

²⁰ Caso *Hoszowski contra Polonia* de 27 de mayo 2014, queja no. 40988/09; caso *Gołowski y Pisarek contra Polonia* de 27 de mayo 2014, queja no. 32327/10; caso *Grzona contra Polonia* de 24 de junio 2014, queja no. 3206/09.

²¹ Caso *Stankiewicz y otros contra Polonia* de 14 de octubre 2014, queja no. 48723/07.

²² Caso *Braun contra Polonia* de 4 de noviembre 2014, queja no. 30162/10.

el año 2010 el TEDH dictó en asuntos polacos 874 sentencias, comprobando una infracción del Convenio en 761 casos. En 2009 el Tribunal tramitó 133 procesos contra Polonia, de los que en 123 casos se comprobó una infracción del Convenio; en 2010 se dictaron 107 sentencias en asuntos polacos, comprobándose 87 veces una infracción del Convenio; en 2011 hubo 71 sentencias, en 54 de las cuales se comprobó una infracción del Convenio.

Entre las sentencias dictadas en asuntos polacos desde el momento de la ratificación del Convenio en 1993 hasta 2016 predominan aquéllas en las que el TEDH comprobó una violación de las disposiciones del artículo 6 apartado 1 del Convenio relativas a la obligación de que la causa sea oída en un plazo razonable (435 casos). En este mismo período el Tribunal comprobó 300 casos de violación por Polonia del derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 5 CEDH), 110 casos de violación del deber de respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), 53 casos de violación del derecho de propiedad (artículo 1 del protocolo n° 1 al CEDH), 45 casos de infracción de la prohibición de trato inhumano y degradante (artículo 3 CEDH) así como 28 casos de injerencia injustificada en la libertad de expresión (artículo 10 CEDH)²³.

Comparando el número de las sentencias dictadas en los asuntos polacos con aquéllas en las que se comprobó una violación de una norma convencional por otro Estado podemos llegar a la conclusión de que con respecto a tres derechos establecidos en el CEDH Polonia se encuentra en la primera fila de los países que cometen infracciones. Lo antedicho se refiere al artículo 5 CEDH que establece el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Los referidos 300 casos de infracción sitúan a Polonia después de la Federación Rusa (816 infracciones) y Turquía (707 infracciones). En el caso del deber de oír la causa en un plazo razonable (artículo 6 apartado 1 CEDH), Polonia, con sus 435 casos de infracción se encuentra después de Italia (1.190 infracciones), Turquía (586 infracciones) y Grecia (511 infracciones). 110 casos de infracción del derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) sitúan a Polonia después de Italia (156 casos) y la Federación Rusa (149 infracciones).

²³ http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2016_ENG.pdf

El análisis de los referidos datos estadísticos lleva a dos conclusiones fundamentales. Primero, en los últimos años podemos observar una considerable disminución del número de sentencias en las que el TEDH ha comprobado una violación de una norma de Estrasburgo por parte de Polonia. Esta tendencia a disminución se debe a que poco a poco Polonia (al igual que otros países de la Europa Central y del Este) está saliendo del período de la transición de sistemas. No cabe duda de que la creación de las estructuras democráticas y la transición del sistema monopartidista a aquél basado en el pluralismo político y los valores liberales tenía que conllevar muchos problemas en el ámbito del respeto a los derechos y libertades de los individuos, dado que la transformación de los sistemas políticos conlleva la necesidad esencial de diseñar instituciones nuevas o redefinir las existentes. Supone también la obligación de recompensar a algunas personas los daños causados en el pasado o incluso trae como efecto la penalización de los delitos cometidos en el pasado, durante el régimen anterior²⁴. De aquí directamente viene la necesidad de buscar un equilibrio adecuado entre el interés público y los derechos y libertades individuales y el riesgo de una injerencia indebida en el estatus del individuo. En segundo lugar, lo que también está relacionado parcialmente con la transición democrática, es que en la fase inicial de la vigencia del Convenio respecto a Polonia se manifestaron numerosos problemas sistémicos y estructurales cuyo efecto fueron los repetidos casos sometidos al TEDH. En consecuencia, el Tribunal puso en evidencia muchos defectos del sistema legal polaco que fueron sucesivamente resueltos por las autoridades del país, sobre todo mediante unas iniciativas legislativas adecuadas o influyendo en la modificación de la práctica de aplicación del derecho por los tribunales y órganos de las administraciones públicas. La existencia de este tipo de problemas queda confirmada por el hecho de que el TEDH hubiese creado precisamente en asuntos polacos la figura de la sentencia piloto.

²⁴ M. Varju, *Transition as a Concept of european human right law*, “European Human Rights Law Review” 2/2009, p. 171.

4. LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE POLONIA

En la jurisprudencia de Estrasburgo la problemática de la transformación de sistemas políticos aparece en el contexto del principio de proporcionalidad y el requisito de asegurar un equilibrio adecuado. El Tribunal es consciente de que las dificultades en adoptar una legislación integral y coherente relativa a múltiples aspectos de la vida constituyen un fragmento del proceso de la transición del ordenamiento legal socialista y su régimen de propiedad hacia un ordenamiento conforme con las reglas del imperio de la ley (*rule of law*) y una economía de mercado. Es un proceso en el cual aparecen numerosos e inevitables impedimentos. El Tribunal entiende que estos impedimentos deben ser resueltos por el legislador y, por tanto, dadas las circunstancias particulares de la transformación del sistema, es posible un enfoque más flexible del estándar de Estrasburgo. Sin embargo, por regla general, esto no exime al Estado de las obligaciones dimanantes del Convenio y los protocolos²⁵.

En relación con la transformación del sistema, en la jurisprudencia del TEDH puede observarse también un planteamiento particular de la materia del margen de apreciación. El Tribunal subraya que la tarea de determinar el interés general o público se somete al margen de apreciación. Las autoridades nacionales se encuentran en una posición más favorable que un juez internacional, dado que tienen un conocimiento directo de la sociedad y sus necesidades así como de los procesos que ocurren en el mismo. En el sistema convencional, son las autoridades nacionales las que deben averiguar de forma preliminar si existe un problema de relevancia general que justificaría una limitación de determinados derechos y libertades.

A raíz de los procesos tramitados por el TEDH en asuntos polacos pueden observarse numerosas resoluciones en las que el Tribunal señala que admite los argumentos del Estado con referencia al interés público o general, a no ser que resulte evidente que tal apreciación carece de fundamento. El margen de apreciación, por más amplio que sea, tiene sus límites, y el hecho de utilizarlo —incluso en el curso de realizar las reformas más complejas del Estado— no puede aca-

²⁵ Caso *Skibiński contra Polonia* de 14 de noviembre 2006, queja no. 52589/99 y caso *Rosiński contra Polonia* de 17 de julio 2007, queja no. 17372/02.

rrrear unas consecuencias incompatibles con las normas convencionales. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los actos públicos se emprenden dentro de la realización de una reforma fundamental del sistema político, legal y económico del Estado que se encuentra en el curso de una transición del sistema totalitario al de un Estado democrático²⁶. Los cambios fundamentales del país, la reforma de la estructura política, legal y económica del Estado son unas circunstancias que conllevan inevitablemente la promulgación de unas leyes de carácter económico y social de gran alcance. El margen de apreciación libre al realizar la política social y económica debe ser, por tanto, extenso. En tales áreas como p.ej. la política inmobiliaria o planificación urbana, los Estados deben gozar necesariamente de un amplio margen de libertad respecto a la determinación de la existencia de un problema de relevancia general que justifique el empleo de medidas reguladoras de la propiedad privada.

El concepto del margen de apreciación correspondiente al Estado en proceso de transformación del sistema debe incluir también la problemática de las reclamaciones de las personas que habían sido perjudicadas o sujetas a un trato injusto por el régimen político anterior. El Tribunal percibe la excepcional dificultad de la situación del tal Estado, el cual debe adoptar decisiones políticas complejas a gran escala. Por un lado, el Estado asume la obligación de reparar los daños ocasionados en el pasado, y por otro, encuentra unas limitaciones sociales y económicas resultantes de la transformación del sistema. Por lo tanto, la elección de las obligaciones patrimoniales y morales que deben cumplirse para con las personas que habían sido víctimas de las injusticias del régimen totalitario está sujeta a un considerable margen de apreciación.

La materia de la transformación del sistema político está relacionada con la cuestión de la así llamada descomunización (depuración) que constituyen una particularidad de los pleitos polacos ante el TEDH. Son los procesos de revelar la colaboración con o desempeño de funciones en los servicios de seguridad del Estado totalitario²⁷. Las

²⁶ Caso *Broniowski contra Polonia* de 22 de junio 2004, queja no 31443/96.

²⁷ A. Krzywoń, “La Constitución ante el pasado: reflexiones en torno a la transición democrática de Polonia después de 1989” en *Historia y Constitución. Ho-*

personas afectadas son las que después de la transición desempeñan cargos públicos o aspiran a desempeñarlos. El procedimiento de descomunización consiste, por tanto, en establecer mecanismos legales para que los órganos del Estado democrático puedan investigar las relaciones y vínculos con los organismos del servicio de seguridad del Estado totalitario. El ámbito subjetivo afecta a las personas que son o aspiran a ser altos cargos estatales u ocupan otros puestos públicos relacionados con un elevado nivel de responsabilidad y fe pública. El objetivo de dicho procedimiento consiste en asegurar el cumplimiento del principio de transparencia de la vida pública y protección del interés del Estado relacionado con el debido desempeño de los altos cargos públicos por las personas que deben estar libres de cualquier presión o intento de chantaje relacionado con el hecho de haber trabajado, servido o colaborado con los órganos de seguridad del Estado y la actividad realizada en el pasado. Por lo tanto, la premisa fundamental de cada procedimiento de lustración radica en la idea de purificar la memoria del pasado para establecer un fundamento firme del futuro.

Las leyes relativas a la descomunización y depuración promulgadas por las autoridades polacas conllevaron una afluencia de demandas presentadas ante el TEDH en las que se alegaba una tramitación injusta de dichos procedimientos y unas infracciones relacionadas con el estándar de proceso equitativo en virtud del artículo 6 CEDH. Los demandantes alegaban que el procedimiento de depuración tenía en Polonia un carácter confidencial, se caracterizaba por la desigualdad de las partes y la confidencialidad de los documentos en los que se fundamentaban los cargos de colaboración con los servicios de seguridad del Estado totalitario.

El TEDH en sus sentencias hizo constar que no se podía suponer la existencia del interés público efectivo y continuo en la imposición de restricciones relacionadas con el acceso a los documentos que habían sido clasificados como confidenciales por las autoridades del régimen anterior, ya que no se podía permitir una situación en la que a la parte sometida a un procedimiento de descomunización se le negase

menaje a José Luis Soberanes Fernández, tomo III, M. Carbonell, O. Cruz Barney (coord.), México D.F. 2015, p. 257 y sig.

el acceso a los documentos y a una defensa eficaz. En la opinión del Tribunal, el interés del Estado estriba en realizar una lustración de las personas que desempeñan los más altos cargos públicos. Sin embargo, si el Estado emprende tales acciones, debe al mismo tiempo asegurar a las personas afectadas por la depuración todo tipo de garantías procesales previstas en el Convenio. La necesidad de mantener en secreto algunos documentos, incluso los creados por el régimen anterior, puede, por tanto, suceder de forma excepcional. Si el resultado de los procedimientos de depuración depende de la reconstrucción de las actuaciones de los antiguos servicios de seguridad, mientras que la mayor parte de los materiales permanece confidencial, entonces la situación de la parte que se defiende contra los cargos de colaboración es excepcionalmente desfavorable. Tal acumulación de restricciones impuestas a la persona sujeta a depuración (confidencialidad de documentos, falta de acceso directo a la documentación del proceso, posición privilegiada del acusador público) lleva a la violación del estándar previsto en el artículo 6 CEDH, debido a la sobrecarga de los partícipes de dichos procesos y el incumplimiento del principio de equidad procesal²⁸.

5. EL RECURSO DEL TEDH A LAS SENTENCIAS PILOTO

El proceso de la transformación del sistema político así como varios problemas sistémicos que se manifestaron entonces en los procedimientos ante el TEDH llevaron al nacimiento del concepto de la llamada sentencia piloto. Fue precisamente uno de los casos polacos el que abrió paso a la integración del procedimiento de sentencia piloto en el sistema del Convenio²⁹. En sus sucesivas enunciaciones relativas a los problemas estructurales polacos el Tribunal desarrolló dicho concepto³⁰.

En ambos casos el Tribunal estableció las definiciones de violación sistémica, las premisas de la emisión de una sentencia piloto así como un marco procedimental general del proceso. En el caso *Bro-*

²⁸ Caso *Matyjek contra Polonia* de 24 de abril 2007, queja no. 38184/03.

²⁹ Caso *Broniowski contra Polonia* de 22 de junio 2004, queja no 31443/96.

³⁰ Caso *Hutten-Czapska contra Polonia* de 19 de junio 2006, queja no. 35014/97.

niowski, el Tribunal por primera vez observó una avalancha creciente de demandas y el número de los posibles perjudicados. Hizo constar asimismo que el hecho de considerar una sentencia como piloto tenía por objetivo facilitar una solución rápida y eficaz de la disfunción que provocaba la violación del derecho (en este caso, del derecho de propiedad, artículo 1 del protocolo n° 1 al CEDH) en el ordenamiento jurídico polaco. Este concepto fue desarrollado en el caso *Hutten-Czapska*, donde el Tribunal observó que la presunta infracción de la norma de Estrasburgo no afectaba solamente a la demandante, sino que tenía también una considerable dimensión social, legal y económica. Múltiples personas se vieron afectadas, ya que el mecanismo legal cuestionado ante el TEDH concernía a la situación de 100.000 personas (propietarios de inmuebles). Por lo tanto, el TEDH opinó que las consecuencias de la tramitación de la demanda presentada ante el Tribunal afectarían los derechos de propiedad de un gran número de personas y, por consiguiente, no se debía analizar solamente la limitación del derecho individual de propiedad de la demandante, sino que era necesario ver el asunto en un contexto más amplio. Según el Tribunal, era menester trascender de la reclamación individual de la demandante y tomar en cuenta las consecuencias del funcionamiento del mecanismo cuestionado para los derechos de todo el grupo de personas potencialmente afectadas.

De este modo llegó a elaborarse la definición de una violación sistémica del Convenio. Es una situación cuando los hechos de determinado caso llevan al descubrimiento de un defecto en el ordenamiento nacional, a consecuencia del cual todo un grupo de ciudadanos queda desprovisto de los derechos y libertades garantizados mediante el Convenio. Los graves defectos del derecho nacional y las prácticas reveladas en un asunto individual pueden, en consecuencia, servir de fundamento para presentar de forma justificada sucesivas demandas. Para cumplir una sentencia piloto a nivel nacional deben adoptarse medidas de carácter general, tomando en cuenta que la situación afecta a un gran número de personas. Las autoridades nacionales deben eliminar el defecto sistémico para no sobrecargar el sistema del Convenio con un considerable número de demandas basadas en el mismo origen. De acuerdo con el carácter subsidiario del sistema de Estrasburgo, es necesario evitar que el TEDH emita sucesivas sentencias acerca de una repetida violación del Convenio. En tal caso el Tribunal

tiene por objetivo permitir una solución rápida y eficaz del problema de la disfunción detectada en el sistema nacional de protección de los derechos humanos. Una vez determinado el defecto, son las autoridades nacionales las responsables de adoptar unas medidas reparadoras (mediante, entre otros, la adjudicación de una indemnización pertinente) o de carácter retroactivo. Hasta el momento de implementarse las medidas generales adecuadas a nivel nacional, el Tribunal puede, por su parte, suspender la tramitación de las demandas basadas en el mismo motivo general.

6. LA DURACIÓN RAZONABLE DE LA DETENCIÓN

Uno de los problemas sistémicos más graves que se manifiesta con gran intensidad en las demandas polacas es el respeto al derecho a la duración razonable de la detención preventiva en el curso de un proceso penal (artículo 5 apartado 3 CEDH). El Tribunal insiste en resaltar la necesidad de que se adopten medidas integrales para combatir la tendencia negativa a prolongar de forma injustificada el plazo de prisión provisional³¹. El Tribunal intenta asimismo impulsar a las autoridades polacas para que introduzcan sucesivas medidas encaminadas a reducir el plazo de prisión provisional adoptando medidas legislativas o influyendo en la práctica judicial. En la opinión del TEDH, es menester poner más hincapié en el uso de otras medidas cautelares, tales como prestación de fianza, comparecencias periódicas o prohibición de alejarse del territorio nacional³².

La privación de libertad en el curso del proceso, antes de dictarse la sentencia que suprime la presunción de inocencia, a la luz de las normas convencionales puede efectuarse solamente de forma excepcional, cuando es absolutamente indispensable para el correcto transcurso del juicio y cuando otras medidas menos drásticas resultan insuficientes. En las resoluciones que critican la práctica del uso de la prisión provisional por las autoridades polacas el Tribunal subraya que el uso de tal medida es justificado solamente en el caso de necesi-

³¹ Caso *Kauczor contra Polonia* de 3 de febrero 2009, queja no. 45219/06.

³² Caso *Łatasiewicz contra Polonia* de 23 de junio 2005, queja no. 44722/98 y caso *Czarnecki contra Polonia* de 28 de julio 2005, queja no 75112/01.

dad especial de proteger el interés público que —a pesar de que exista presunción de inocencia— prevalece sobre el principio del derecho de libertad personal del individuo. La persistencia de la sospecha justificada de que la persona detenida cometió el delito, a pesar de ser una condición *sine qua non* de la legalidad de la detención, con el tiempo deja de ser suficiente. Por lo tanto, para prolongar la prisión provisional es necesario que el Estado alegue otros motivos importantes y suficientes.

Muchas de las demandas polacas ante el TEDH concernían precisamente a la detención prolongada. La evaluación de la decisión original de detención de determinada persona se lleva a cabo a base de los fundamentos de hecho y de derecho de la privación de libertad. La continuación de la prisión provisional exige, sin embargo, un enfoque distinto para demostrar que siguen existiendo las circunstancias que dieron lugar a la detención y no fue posible poner al detenido en libertad dentro del plazo señalado previamente³³. El Tribunal definió como inadmisibles la práctica de los tribunales polacos de examinar solamente la continuada existencia de los motivos originales de la detención. La decisión de prolongar la detención debe fundamentarse en unas circunstancias especiales, no basta indicar simplemente la necesidad de continuar con los actos procesales en el procedimiento penal.

Los problemas con el respeto del derecho al plazo razonable de la prisión provisional aparecieron también en 2016³⁴. El Tribunal tramitó las demandas acerca de la duración de la prisión provisional, la repetida prolongación de la misma así como la argumentación de los tribunales polacos que se remitían en estos casos a la decisión original de aplicación de esta medida cautelar. El Tribunal cuestionó los argumentos del gobierno polaco de que el nivel de complejidad del juicio impedía una finalización rápida del mismo. El Tribunal consideró que el mero hecho de emplear la prisión provisional durante 3 años y 6 meses causó una vulneración de la garantía del artículo 5 apartado 3 CEDH.

³³ Caso *Oleksy contra Polonia* de 28 de noviembre 2006, queja no. 64284/01 y caso *Pyrak contra Polonia* de 12 de febrero 2008, queja no. 54476/00.

³⁴ Caso *Karykowski contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 653/12; caso *Prus contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 5136/11; caso *Romaniuk contra Polonia* de 12 de enero 2016, queja no. 59285/12.

7. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Desde el momento de la adhesión de Polonia al CEDH fue muy importante la cuestión de respetar la obligación de los tribunales de tramitar el juicio en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas (artículo 6 apartado 1 CEDH). Un gran porcentaje de sentencias en las que el Tribunal determinó una norma relativa al tiempo de duración de los procesos judiciales se refiere precisamente a Polonia. Esto indica claramente la existencia de un problema estructural de disfunción del sistema judicial polaco.

El ámbito de la garantía del plazo razonable del proceso incluye todos los juicios a los que se refiere el artículo 6 apartado 1 CEDH, es decir, los procesos penales y civiles a efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El objetivo de estas garantías consiste en asegurar una protección de todas las partes del procedimiento judicial contra unas dilaciones procesales excesivas. El funcionamiento de la jurisdicción debe realizarse sin retrasos que puedan poner en peligro su eficiencia y credibilidad. En los juicios penales esta norma debe prevenir que el acusado permanezca en estado de inseguridad durante un tiempo demasiado largo.

De la jurisprudencia del TEDH se desprende la obligación de los Estados de evitar dilaciones de los procesos judiciales. Sin embargo, algunos retrasos son inevitables, por lo que los Estados tienen también la obligación procedimental de establecer procedimientos a nivel nacional que permitan a la parte afectada formular un cargo de dilación indebida en la fase de procedimiento interno y obtener una recompensa adecuada. Tal obligación se desprende de la interpretación de las disposiciones del artículo 6 apartado 1 junto con las del artículo 13 CEDH relativas a la determinación de un recurso eficaz. En el caso *Kudła* el Tribunal resolvió expresamente que en cada Estado debía existir un recurso procedimental eficaz, accesible al partícipe del procedimiento que considere que el proceso se prolonga excesivamente hasta vulnerar los requisitos establecidos en el artículo 6 CEDH³⁵. La inexistencia de tal recurso significa una infracción adicional del

³⁵ Caso *Kudła contra Polonia* de 26 de octubre 2000, queja no. 30210/96.

artículo 13 CEDH³⁶. Al mismo tiempo, el Tribunal no indica la forma de tal recurso. Este aspecto pertenece al ámbito de decisión de los diferentes Estados que deben asegurar su carácter eficaz: el recurso debe ofrecer la posibilidad de emplearlo rápidamente, la de causar una activación del proceso principal y la de obtener una indemnización por daños (materiales y no materiales) ocasionados por la dilación indebida del proceso.

Como consecuencia de las numerosas sentencias del TEDH que confirmaban la vulneración del artículo 6 apartado 1 CEDH por parte de Polonia, se promulgó la ley del recurso por infracción del derecho de las partes a un juicio sin dilaciones injustificadas³⁷. La ley introduce un procedimiento especial en el que las personas afectadas por la dilación indebida del proceso judicial pueden obtener una confirmación de que tal dilación se produjo así como percibir una indemnización dineraria³⁸. Esto no excluye la posibilidad de reclamar una indemnización por daños en términos generales en un proceso civil. Inicialmente el legislador polaco decidió que el recurso podía referirse solamente a procesos judiciales. Con respecto al procedimiento penal se excluyó la posibilidad de tener en cuenta el tiempo de duración del proceso de instrucción (realizado o supervisado por el fiscal) que en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo tiene la consideración de un elemento integral del juicio penal. Como consecuencia de tal situación se comprobó la vulneración por Polonia del artículo 6 apartado 1 CEDH, lo que hizo que se enmendara la ley permitiendo que el recurso de dilación indebida se refiriera a la totalidad del proceso penal³⁹. La reacción del Tribunal a la promulgación de la nueva regulación fue positiva, considerándose que el contenido enmendado

³⁶ A. Salado Osuna, “El ‘plazo razonable’ en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, J. García Roca, P. Santolaya (coords.), Madrid 2009, p. 314.

³⁷ La ley de 17 de junio 2004 del recurso por infracción del derecho de la parte a un juicio sin dilaciones injustificadas.

³⁸ M. Krzyżanowska-Mierzevska, “The Reception Process in Poland and Slovakia” en *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, H. Keller, A. Stone Sweet (coords.), Oxford University Press 2008, p. 555 y sig.

³⁹ Caso *Bqk contra Polonia* de 16 de enero 2007, queja no 7870/04.

de la ley creaba un recurso legal eficaz a nivel nacional y, por tanto, el agotamiento de la medida prevista en la ley constituía una premisa necesaria para interponer una demanda ante el TEDH⁴⁰. Por consiguiente, el Tribunal resuelve sobre la inadmisibilidad de la demanda interpuesta ante el mismo en la que se alega incumplimiento del artículo 6 apartado 1 CEDH si el demandante no hizo uso previamente del recurso de dilación indebida a nivel nacional o lo hizo de un modo formalmente incorrecto⁴¹.

El uso del recurso por dilación indebida constituye, por tanto, una premisa necesaria y formal para que se admita una demanda ante el TEDH relativa a la vulneración de las disposiciones del artículo 6 apartado 1 CEDH, siendo la premisa material el rechazo total o parcial del recurso ante un tribunal polaco. Bajo esta condición el demandante mantiene su carácter de víctima de una violación del artículo 6 apartado 1 CEDH en cuanto a la dilación indebida del proceso. Una reacción adecuada del Estado ante esta situación negativa debe, por tanto, tener la forma de una declaración oficial de la vulneración del derecho al plazo razonable del juicio. Deben adoptarse también unas medidas adecuadas para eliminar las consecuencias de tal dilación, tales como los métodos que permitan acelerar el procedimiento afectado por dilación o indemnizar la dilación ya sobrevenida (efecto compensatorio).

Una de las características de los juicios polacos relativos a la dilación indebida de procesos judiciales consiste también en que el TEDH rechaza repetidamente el argumento de que la dilación excesiva se debe a los problemas económicos generales del Estado o a las deficiencias organizativas del sistema judicial. El Tribunal señala que cada Estado tiene la obligación de organizar su sistema judicial de forma que éste funcione de un modo conforme con las exigencias del CEDH, es decir, asegurando, entre otros, la tramitación del juicio en un plazo razonable. El Estado es responsable de aumentar proporcionalmente los fondos para eliminar los retrasos en la tramitación de los

⁴⁰ Caso *Zenon Michalak contra Polonia* de 18 de septiembre 2007, queja no. 16864/02.

⁴¹ M.-A. Beernaert, *De l'épuisement des voies de recours internes en cas de dépassement du délai raisonnable*, "Revue trimestrielle des droits de l'homme" 60/2004, p. 905.

asuntos y suprimir los defectos estructurales del sistema. Sin embargo, el TEDH permite a modo de excepción que durante las reformas del sistema judicial exista temporalmente una mayor tolerancia con los retrasos, pero solamente dentro de un límite razonable⁴².

8. EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

Según se ha observado previamente, un gran porcentaje de los juicios polacos ante el TEDH estuvo relacionado con el derecho de propiedad (artículo 1 del protocolo 1 al CEDH), debido a la transformación del sistema político y la problemática de las expropiaciones y nacionalizaciones realizadas durante el régimen comunista⁴³. La materia de la restitución de la propiedad perdida bajo constituye una cuestión diferente de las expropiaciones y nacionalizaciones típicas realizadas en sistemas democráticos arraigados. Aparecen aquí especialmente dos problemas: el primero, relacionado con la admisibilidad del examen por parte del TEDH de los actos de expropiación o nacionalización llevados a cabo antes de la entrada en vigor del Convenio y sus protocolos adicionales respecto a determinado Estado (la cuestión de la premisa *ratione temporis*) y el otro, relativo a la obligación del Estado de promulgar, después del período de la transición, una legislación que restablezca la propiedad de los antiguos propietarios⁴⁴.

En un aspecto general, el TEDH indica que el artículo 1 del protocolo n° 1 al CEDH no puede entenderse como un precepto que imponga la obligación de restablecer la propiedad que había sido

⁴² Caso *Drabicki contra Polonia* de 14 de noviembre 2006, queja no 15464/02 y caso *Golik contra Polonia* de 28 de noviembre 2006, queja no 13893/02.

⁴³ L. Garlicki, “L’application de l’article 1er du Protokole No 1 de la Convention europeenne des droits de l’homme dans l’Europe centrale et orientale: problèmes de transition” en *Propriété et droits de l’homme – Property and human rights*, H. Vandenberghe, M. Muylle, T. Viaene, L. Garlicki (coords.), Brugge Bruylant 2006, p. 129-161.

⁴⁴ A.M. Russo, M. Aguilera Vagués, “Los derechos de propiedad” en *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, J. García Roca, E. Carmona Cuenca (coords.), Thomson Reuters Aranzadi 2017, p. 519 y sig.

transferida al Estado durante un régimen totalitario, antes de la ratificación del Convenio. Esta norma no limita tampoco la libertad de los Estados a la hora de definir el objeto y el alcance de la restitución de la propiedad y la elección de las condiciones que, una vez cumplidas, hacen que se restituya la propiedad a los antiguos propietarios. Es así porque el sistema de Estrasburgo no impone sobre los Estados ninguna obligación particular de indemnizar los daños o perjuicios causados en el pasado⁴⁵.

Con base en los numerosos juicios polacos, el TEDH ha creado el concepto de la expropiación como acto único. La pérdida de la propiedad no provoca, por regla general, un estado permanente de privación de la misma, sujeto a una posible evaluación actual por parte del TEDH⁴⁶. El Tribunal señala que su competencia abarca la investigación de los actos de las autoridades públicas realizados después de la ratificación del Convenio o de sus protocolos por parte de determinado Estado. El protocolo n° 1 cuyo artículo 1 garantiza el respeto a la propiedad fue ratificado por Polonia el 10 de octubre de 1994. Por tanto, los preceptos del CEDH no son vinculantes con referencia a cualquier hecho o situación que dejara de existir antes de la fecha de la entrada en vigor de este acto respecto a determinado Estado. El Tribunal puede evaluar la demanda solamente en aquel ámbito en el que ésta se refiere a los hechos acaecidos después de la entrada en vigor del Convenio. Esto significa, en principio, que no existe la posibilidad de cuestionar las nacionalizaciones, confiscaciones y expropiaciones realizadas bajo regímenes comunistas, dado que la esencia del sistema de Estrasburgo radica en la protección ante las violaciones actuales del derecho de propiedad, y no en la tarea de ejercer la justicia histórica. Por regla general, las expropiaciones llevadas a cabo en Europa después de la Segunda Guerra Mundial quedan, por tanto, fuera de la cognición del TEDH⁴⁷.

A modo de excepción, el Tribunal, en algunas sentencias relativas a Polonia, consideró que la expropiación no tenía las características de

⁴⁵ Caso *Jantner contra Eslovaquia* de 4 de marzo 2003, queja no. 39050/97.

⁴⁶ Caso *Futro contra Polonia* de 12 de diciembre 2000, queja no. 51832/99 y caso *Helwig contra Polonia* de 21 de octubre 2008, queja no. 33550/02.

⁴⁷ Caso *Preussische Treuhand GmbH & Co. KG a.A. contra Polonia* de 7 de octubre 2008, queja no. 47550/06.

un acto único y creaba una situación llamada permanente. La adopción de tal premisa ofrece la posibilidad de controlar los actos de las autoridades públicas realizados antes de la ratificación del Convenio y sus protocolos adicionales. Una violación permanente ocurre cuando la expropiación, nacionalización o confiscación incumplen las normas del derecho internacional o derecho nacional vigente en el momento de adoptarse la decisión pertinente. En tal situación, el individuo fue en el pasado privado de su propiedad de forma ilegal, pero el TEDH lo considera como propietario legítimo haciendo que se produzca una situación permanente que dura desde la fecha de la expropiación y puede estar sujeta a la cognición del Tribunal⁴⁸.

Otro problema particular relacionado con el respeto a la propiedad por parte de Polonia concierne a la así llamada legislación de restitución. En muchos países de la Europa Central y del Este se adoptaron regulaciones pertinentes según las cuales la propiedad nacionalizada durante el régimen comunista puede, una vez cumplidas determinadas condiciones, devolverse a los antiguos propietarios. En el caso de no ser posible tal devolución en especie, la legislación prevé una forma de recompensa o indemnización. En tales casos el TEDH señala repetidamente que el Convenio y el protocolo n° 1 no imponen una obligación general de restituir la propiedad quitada en el pasado. No obstante, si tal legislación se promulga actualmente, entonces crea para las personas que cumplen las premisas de restitución un derecho protegido en virtud del artículo 1 del protocolo n° 1 CEDH (el así llamado nuevo derecho de propiedad). El Tribunal exige asimismo que la legislación de restitución se implemente cumpliendo los requisitos de precisión y claridad para evitar la situación de incertidumbre y falta de seguridad jurídica. La legislación de restitución cumple también un importante objetivo público al recompensar una privación arbitral de la propiedad en el pasado y al ser un elemento de restablecer la justicia fundamental. Por esta razón es admisible que el propietario reclame la devolución del inmueble incluso a otro sujeto privado al que se haya transferido la propiedad en una fecha posterior. Esto significa que en tal ámbito las disposiciones del artículo 1 del protocolo n° 1 al CEDH tienen un efecto horizontal y protegen al expropiatario

⁴⁸ Caso *Tarnowski contra Polonia* de 29 de septiembre 2009, queja no. 33915/03.

incluso cuando la propiedad fue incautada por el régimen comunista y, después, adquirida por un tercero. El Tribunal determina entonces el cumplimiento de la equidad necesaria entre los derechos de tales personas usando el test de proporcionalidad⁴⁹.

9. LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Las resoluciones más recientes en juicios polacos, dignas de resaltar, son las sentencias relacionadas con la lucha del Estado contra el terrorismo, el hecho de mantener cárceles secretas y el potencial riesgo de incumplimiento de la prohibición de torturas, vulneración del derecho a la libertad y seguridad personal y de los requisitos de un proceso equitativo⁵⁰. El cargo fundamental formulado en estos juicios fue la vulneración de la norma prevista en el artículo 3 CEDH de prohibición de torturas a las que, según alegaron los demandantes, fueron sometidos durante su reclusión en una cárcel secreta de la CIA en el territorio de Polonia. El Tribunal conoció de la demanda dentro del marco del aspecto procedimental y material de las disposiciones del artículo 3 CEDH. Con respecto al primero de estos aspectos, que impone sobre las autoridades nacionales la obligación de llevar a cabo una investigación eficaz y efectiva sobre la presunta violación de la prohibición de torturas o de otro trato inhumano o degradante, el Tribunal se refirió al proceso llevado a cabo en este asunto a nivel nacional. El Tribunal observó que el proceso de instrucción no fue iniciado antes de que transcurrieran 6 años desde la supuesta tortura de los demandantes, a pesar de que las autoridades nacionales tenían plena consciencia del carácter de la actividad de la CIA en el territorio polaco. Adicionalmente, a nivel nacional, durante varios años se había tramitado un proceso acerca de la transgresión de facultades en el que no fue posible formular acusaciones contra personas concretas. En la opinión del Tribunal, estas circunstancias hacen que la instrucción llevada a cabo de tal forma incumpla los requisitos de equidad y

⁴⁹ Caso *Rosiński contra Polonia* de 17 de julio 2007, queja no 17373/02.

⁵⁰ Caso *Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia* de 24 de julio 2014, queja no. 7511/13 y caso *Al Nashiri contra Polonia* de 24 de julio 2014, queja no. 28761/11.

eficacia exigidos en el caso de sospecha de violación de la prohibición de tortura.

Con relación al aspecto material de las disposiciones del artículo 3 CEDH el Tribunal observó que, a la luz de la documentación acumulada, sobre todo el programa de tratamiento de los reclusos de especial importancia, los métodos de tratamiento de tales personas (entre otros, la privación de sueño durante hasta 72 horas, exposición a música alta, reclusión en la oscuridad o exposición continua a la luz, inmersión en agua, aislamiento) causaron en los demandantes la sensación de temor que, unida a la inseguridad y a la aprensión de que la falta de colaboración conllevaría ulteriores represiones, constituía un régimen de reclusión extremadamente severo y un sufrimiento emocional y físico permanente. Teniendo en cuenta lo antedicho, el Tribunal estimó que los demandantes durante su reclusión por la CIA en el territorio de Polonia habían sido sometidos a torturas.

Haciendo referencia a la responsabilidad de las autoridades polacas por tales conductas, el Tribunal observó que los órganos nacionales tenían consciencia del modo del que la CIA trataba a las personas sospechosas de terrorismo. Debían, por tanto, saber que los sospechosos podían estar expuestos al riesgo de un trato incompatible con el Convenio. El Tribunal admitió asimismo que la responsabilidad por el tratamiento de los reclusos en las prisiones de la CIA en Polonia recaía exclusivamente sobre la Agencia, aunque las autoridades polacas, en virtud de la disposición del artículo 1 CEDH estaban obligadas a adoptar medidas encaminadas a garantizar que las personas que se encontraban dentro de su jurisdicción no fuesen sometidas a torturas o a otro trato o pena de carácter inhumano. Incluso suponiendo que las autoridades polacas no eran testigos o no participaron en el trato inhumano y degradante de los demandantes, debían de tener consciencia del riesgo existente de un trato desconforme con la disposición del artículo 3 CEDH. En consecuencia, al permitir a la CIA la transferencia de los demandantes a Polonia, las autoridades nacionales los expusieron a un grave riesgo de un trato desconforme con el Convenio.

El Tribunal evaluó las demandas también desde el punto de vista de una posible violación del derecho a un proceso equitativo, y también en este ámbito comprobó una infracción del Convenio. Los de-

mandantes habían sido detenidos e internados a base de unos procedimientos ante la comisión militar constituida exclusivamente a efectos de resolver los asuntos de las personas sospechosas de terrorismo que no eran ciudadanos de los EE.UU. Tales comisiones no cumplían los requisitos de la garantía de imparcialidad y de la independencia del poder ejecutivo, no tenían fundamento legal ni en el derecho internacional, ni en el norteamericano, por lo que el Tribunal Supremo de los EE.UU. consideró que no tenían autorización para dictar resoluciones. Adicionalmente, las pruebas obtenidas contra los demandantes fueron resultado de las torturas a las que éstos habían sido sujetos. La actividad de dichas comisiones alarmó a la comunidad internacional dedicada a la protección de los derechos humanos. Al igual que en el caso de la violación de la prohibición de torturas, la responsabilidad de Polonia dimanaba de la aquiescencia y de la colaboración con las autoridades norteamericanas en la reclusión de los demandantes en el territorio del Estado polaco, a pesar de un gran riesgo de que éstos no hubieran sido sometidos a un juicio equitativo.

10. VALORACIÓN FINAL

El análisis llevado a cabo señala que para entender mejor la situación de determinado Estado dentro del sistema de Estrasburgo es necesario tomar en consideración todo el contexto social, histórico y político. La situación de Polonia, al igual que la de otros países de la Europa Central y del Este, ha sido variable en el tiempo. Inicialmente, debido a múltiples problemas sistémicos y estructurales que la transformación del sistema político había acarreado, el Tribunal emitió numerosas sentencias que imponían la necesidad de realizar unas importantes reformas a nivel nacional. Polonia, en principio, cumplió la obligación de adoptar las medidas de carácter general indicadas por el TEDH mediante las regulaciones legales pertinentes (como en el referido caso de dilación indebida de los procesos judiciales) o la modificación de la práctica de aplicación del derecho (como en el caso del problema de la prisión provisional prolongada). Estas medidas dieron como resultado una reducción considerable y continua del número de las sentencias en las que el TEDH dictamina una violación por parte de Polonia de una norma de Estrasburgo.

A mayor abundamiento, los requisitos determinados en la jurisprudencia del TEDH han ejercido una influencia relevante en la jurisprudencia constitucional de los Estados de la Europa Central y del Este⁵¹. Dichos requisitos han sido incorporados también por el Tribunal Constitucional polaco que, siempre que esto sea posible, en los asuntos relativos a la injerencia ilícita en los derechos y libertades constitucionales hace referencia al texto del CEDH y a la jurisprudencia del TEDH. Esto confirma que en la Europa Central y del Este, incluyendo Polonia, se ha llegado a entender plenamente que la incorporación de los derechos humanos en los sistemas jurídicos internos y la recepción de los estándares elaborados en la jurisprudencia internacional no contradice el concepto moderno de la soberanía del Estado⁵². La idea del nuevo constitucionalismo centroeuropeo, siendo un efecto de la transición democrática realizada, desempeña un papel clave para entender los cambios acontecidos en los antiguos países comunistas. El resultado del proceso ha sido la adopción de un modelo liberal del constitucionalismo apoyado en el respeto a los derechos fundamentales y en el principio del imperio de la ley así como en la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación. Ha conllevado también una reducción decisiva y (de momento) permanente del número de las demandas contra Polonia. Son mucho menos frecuentes también las sentencias piloto dictadas por el Tribunal respecto a Polonia indicando las disfunciones sistémicas de la legislación o de la práctica.

Este modelo liberal, sin embargo, se encuentra actualmente en crisis⁵³. En muchos países de la Europa Central y del Este, incluyendo Polonia, existe el riesgo de un autoritarismo constitucional⁵⁴, por lo

⁵¹ W. Sadurski, "Legitimacy and Reasons of Constitutional Review after Communism" en *Constitutional Justice, East and West, Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, W. Sadurski (coord.), Springer International Publishing 2003, p. 163.

⁵² J. Mayerfeld, *The Promise of Human Rights. Constitutional Government, Democratic Legitimacy, and International Law*, University of Pennsylvania Press 2016, p. 217.

⁵³ P. Blokker, *New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, Routledge 2014, p. 6 y sig.

⁵⁴ A. Krzywoń, *La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): Como cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años*, "Teoría y Realidad Constitucional" 41/2018, p. 359 y sigs.

que algunos pregonan que el regreso de estos países a Europa no es definitivo y su democracia no se puede considerar como definitivamente estabilizada⁵⁵. En este contexto no cabe duda de que los países de la Europa Occidental saben mejor cómo resolver el problema de los ataques a las instituciones liberales. Su mejor capacidad de proteger el orden constitucional se debe a sus tribunales, a una posición más fuerte de los medios de comunicación, de las organizaciones de los derechos humanos y defensores del pueblo. Estas entidades tienen en aquellos países una tradición más arraigada y son plenamente independientes y profesionales. En los Estados tales como Polonia, donde estas instituciones son relativamente débiles, siempre existe un posible riesgo de caer en autoritarismo y una democracia no liberal. No obstante, hay que albergar la esperanza de que los mecanismos internacionales, incluida la supervisión jurisprudencial del TEDH, desempeñen un papel similar a la influencia que ejercieron durante la transición democrática de Polonia previniendo múltiples vulneraciones de los derechos y libertades individuales.

⁵⁵ B. Bugnarič, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: 'Lands in-between' democracy and authoritarianism*, "International Journal of Constitutional Law" 13(1)/2015, p. 221 y 244.

A modo de conclusiones

Teresa Freixes Sanjuán

Catedrática de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Barcelona

MariaTeresa.Freixes@uab.cat

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye un instrumento imprescindible para interpretar el sistema de derechos en los Estados miembros del Consejo de Europa. Las razones que avalan esta afirmación son varias y de distinto orden:

- a) La integración del Convenio Europeo de Derechos Humanos a nivel interno, siguiendo las técnicas precisas que cada Estado miembro tiene establecidas (publicación oficial, promulgación de una ley de integración, etc.).
- b) El mandato de prácticamente todos los sistemas constitucionales relativo a la interpretación de los derechos y libertades de conformidad con lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- c) Si, además, se trata de Estados miembros de la Unión Europea, todo ello queda reforzado por el art. 6 del Tratado de la Unión, cuando dispone que los derechos garantizados por el mencionado Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.
- d) Las referencias de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en sus artículos 52.3 y 53, considerando que el Convenio Europeo de Derechos Humanos constituye un indicador específico para precisar el estándar o nivel de protección de los derechos de la propia Carta, en cuanto coincidan con los del Convenio, los de las constituciones de los Estados miembros, el Derecho de la Unión y los convenios internacionales de los que sean parte la Unión o todos los Estados miembros, refuerzan también el valor jurídico que el Convenio tiene en nuestros sistemas constitucionales.

Ciertamente, de estas regulaciones se desprende que existirá una cierta armonización u homologación (no uniformidad) en la interpretación que se realice de los derechos del Convenio, puesto que éste, en todos los textos internacionales y europeos, queda configurado como nivel mínimo de protección. Además, hay que tener en cuenta que el sistema europeo comprende tanto la letra del Convenio como la interpretación que del mismo realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al estar éste configurado por el mismo Convenio como órgano de interpretación y aplicación del mismo. De ahí que sea importante verificar la interpretación que el TEDH realiza sobre todos y cada uno de los derechos del Convenio.

Entre las formas de abordar el estudio de las sentencias del TEDH nos encontramos con la que tuvo lugar en el Seminario habido en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, origen de este libro, en el que se examinó el conjunto de la sentencias que este Tribunal había emitido en casos contra España, Francia, Alemania, Italia y Polonia, es decir, analizando una serie de indicadores prefijados para poder comparar la doctrina emitida por el TEDH. Se trata de casos en los que van a estar involucrados órganos internos, el legislador, el gobierno o la administración y/o el juez y en todos ellos, si el Estado es condenado, se tendrá que ejecutar la sentencia conforme a los procedimientos que cada uno de los Estados tenga establecido.

Durante el Seminario, y ahora, en el libro, podemos apreciar cuál ha sido la “relación” entre el TEDH y cada uno de los cinco Estados miembros del Consejo de Europa examinados. De entre ellos Francia, Alemania e Italia son Estados fundadores, que hace largo tiempo adhirieron al Convenio y aceptaron la jurisdicción del Tribunal; España constituye uno de los Estados que pudieron entrar una vez superada la dictadura y, por último Polonia forma parte de las últimas adhesiones, tras la caída del socialismo en el Este de Europa. Todos ellos, es importante advertirlo, forman parte de la Unión Europea, es decir, tienen una especial vinculación a los derechos del Convenio. Por una parte, como Estados signatarios del mismo. Por otra, porque, como he señalado, para la Unión Europea el CEDH tiene un valor significativo, tanto en el art. 6 del TUE como en la propia Carta de los Derechos Fundamentales.

1. LAS ESTADÍSTICAS

Aunque el frío dato del número muchas veces no es indicativo y es necesario relativizarlo con criterios cualitativos, puede resultar interesante destacar si los cinco Estados examinados han sido objeto de muchas o pocas demandas ante el TEDH y si el resultado de las mismas ha venido seguido, o no, con carácter general de una condena. Los datos ofrecidos por los autores no siguen los mismos indicadores, por lo que me atenderé a lo expresado por ellos únicamente en lo que pueda extraer consideraciones generales. Debido a esta circunstancia, señalaré que en estas conclusiones me estoy guiando por las informaciones proporcionadas por la web del TEDH a fecha 2 de marzo de 2018, por lo que existen algunas ligeras variaciones, que no indican diferencias substanciales, respecto de la información proporcionada por los autores, ya que los datos de que ellos disponían necesariamente eran anteriores a esta fecha. La razón de usar esta información se debe a poder contar con indicadores homologables, es decir, que tengan en cuenta los mismos parámetros, cosa que no sucede en los Informes presentados por los autores del libro.

Alemania, miembro fundador, ha sido objeto, entre 1958 y 2016, de unas 600 demandas ante el TEDH y el autor del informe explica que la mayor parte de ellas no tuvieron resultado condenatorio y que el objeto principal de las mismas fue el art. 6 CEDH relativo a las garantías procesales. La web del TEDH informa que el número total de condenas ha sido de 321, que otorga la ratio anual más baja entre los cinco Estados examinados, teniendo en cuenta los años que Alemania lleva siendo parte del Convenio.

España, adherida al CEDH y reconociendo la jurisdicción del TEDH en 1979, ha sido condenada un total de 103 veces por el TEDH (no consta, en la web del Consejo de Europa, ni en el estudio del autor, el número de demandas tramitadas) desde que se emitió la primera sentencia en 1988. El número de sentencias emitidas ha sido de 157, según la web del propio Tribunal. El art. 6 CEDH ha constituido también el centro de atención de las demandas.

Francia, también Estado fundador del Consejo de Europa, ha sido objeto de 997 sentencias por parte del TEDH de las cuales 728 han terminado en condena, constatando al menos una violación del Convenio. Igualmente, el art. 6 CEDH ha centrado la atención del Tribu-

nal, en número muy elevado, no tanto como en el caso de Italia, pero sí en la mayor parte de los casos.

Italia, miembro asimismo fundador, ha recibido 2.392 sentencias del TEDH, dentro de las cuales, 1.819 han sido condenatorias. La inmensa mayoría de los casos se ha tratado de violaciones del art. 6 CEDH, especialmente en lo relativo a la duración de los procesos.

Polonia, Estado miembro adherido al CEDH y reconociendo la jurisdicción del TEDH en 1993, ha sido objeto de un gran número de sentencias y muchas de ellas condenatorias, lo cual expresa una ratio muy alta teniendo en cuenta la relativamente reciente incorporación de este país al sistema del Convenio. Así, de las 1.145 sentencias pronunciadas, Polonia ha recibido condena en 958 casos. También ha sido el art. 6 CEDH el que más espacio ha ocupado en los procesos, aunque, como veremos posteriormente, otros derechos del Convenio han sido también afectados gran número de veces, como ha sido el caso de la libertad personal, objeto de más de 300 sentencias (sería necesario cruzar bien los datos, porque en muchos casos, la violación del Convenio ha podido ser constatada a la vez, sobre el art. 5 en combinación con el art. 6 CEDH).

Se aprecia, pues, un desigual número de sentencias/año para cada país, destacando las escasas condenas de Alemania y el alto número de ellas en Polonia, teniendo en cuenta la respectiva antigüedad de ambos Estados en el sistema del Convenio.

También la importante atención que el TEDH ha tenido que dedicar a las garantías procesales del art. 6 CEDH. El derecho al proceso equitativo y la duración de los procesos han centrado esta actividad. Si a ello añadimos que, según aparece en las estadísticas del Tribunal, el derecho a un recurso efectivo también ha sido objeto de varias sentencias relativas a los cinco Estados examinados, podemos apreciar que las garantías procesales han sido lo que más ha recibido la atención del TEDH. No es extraño. En los pleitos internos constituyen también el instrumento de defensa más alegado, substancialmente o como adyacente a la defensa de otros derechos.

Precisamente, tan abundante alegación del art. 6 CEDH ante el Tribunal de Estrasburgo, que ha sido abordado por éste siguiendo la metodología de creación de escrutinios o “test” interpretativos que también, son seguidos por los tribunales internos y prefiguran con

cierta verosimilitud el contenido substancial de las demandas a ellos referidas, originó un cambio en la admisión de las demandas, mediante el Protocolo n° 14, que establece que un juez único puede declarar la inadmisibilidad de una demanda (que no sea contra su Estado, evidentemente) si considera que están claras las razones para ello, sin que se necesite ningún examen complementario de la misma. Si el juez único no advierte elementos claros de inadmisibilidad, pasa el caso al Comité de tres jueces, que toma la decisión definitiva al respecto. Con ello se intentó agilizar, sin conseguirlo según aducen fuentes del Tribunal, el trámite de admisibilidad y, con ello, disminuir la duración de los litigios ante el mismo.

2. TEMAS ESPECÍFICOS DE ESPECIAL RELEVANCIA PARA EL PAÍS

Excluyendo el tema de las garantías procesales y del acceso a los recursos, es decir, todo lo relativo al orden procesal, se pueden apreciar algunos temas importantes coincidentes en algunos de los países examinados, si bien existe también una cierta disparidad, debida con toda seguridad a las circunstancias específicas existentes en cada uno de los Estados.

En el supuesto de Alemania, el cierre de las heridas provocadas por el totalitarismo y la barbarie durante la primera mitad del siglo XX ha cobrado un especial interés. En ocasiones ha sido la pertenencia al Partido Comunista, originando el despido de una persona como enseñante, que primero fue considerada como un peligro para la nación por el TEDH pero que, posteriormente, ha sido considerado como una restricción desproporcionada. También han sido relevantes los litigios concernientes a la propiedad y su restitución, en los que el TEDH ha otorgado un amplio margen de discrecionalidad al Estado. La libertad de expresión ha sido también un derecho controvertido, en relación con el respeto a la vida privada de personajes públicos, así como la vida familiar en el caso de personas migrantes o diversos supuestos de detención preventiva. En varias ocasiones, la violación del derecho comportó también el examen de la posible discriminación en su ejercicio. De este modo, los derechos substantivos, es decir, no procesales, que están en la base de los casos contra Alemania han sido

el derecho a la libertad y a la seguridad (alegado en 31 ocasiones), la protección de la vida privada y familiar (alegado en 23 ocasiones) y la prohibición de discriminación (alegado en 13 ocasiones).

Para el caso de España, al margen también de los asuntos procesales, ha sido todo lo relativo al terrorismo (incluida la prohibición de malos tratos en su vertiente procesal, por no haberse realizado las investigaciones debidas tras las denuncias) así como la prohibición de partidos políticos, candidaturas electorales y agrupaciones de electores cuyas finalidades no sean compatibles con la sociedad democrática, lo más destacado en cuanto a la temática de las sentencias. También las circunstancias y condiciones en las que se desenvuelven las “devoluciones en caliente” de demandantes de asilo. Desde este orden de consideraciones, pese al escaso número de asuntos, han sido los derechos a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (alegado en 2 ocasiones), la falta de investigaciones pertinentes (alegado en 9 ocasiones), la protección de la vida privada y familiar (alegado en 12 ocasiones) y la libertad de expresión (alegado en 6 ocasiones), los que más han ocupado la labor del Tribunal.

Las condenas a Francia que no sean relativas a las garantías del proceso tienen como ejes los derechos de la personalidad, la libertad de expresión, el respeto de la vida privada y familiar, los derechos de extranjeros y demandantes de asilo, la libertad personal y las condiciones de la detención y la interpretación de la laicidad a los ojos del Convenio. En tales contextos, los asuntos más numerosos han afectado a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (alegada en 33 ocasiones), la libertad personal (alegada en 70 ocasiones), el respeto a la vida privada y familiar (alegado en 47 ocasiones), la libertad de expresión (alegada en 37 ocasiones) y la protección de la propiedad (alegada en 30 ocasiones).

En Italia, las sentencias recaídas sobre derechos substantivos son relativamente escasas, por comparación con las numerosas emitidas en relación con las garantías del proceso. Podemos apreciar los casos relativos a la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (alegada en 30 ocasiones), la falta de investigaciones efectivas (alegada en 13 ocasiones), el respeto de la vida privada y familiar (alegado en 163 ocasiones), la protección de la propiedad (alegada en 365 ocasiones) y el derecho a elecciones libres (alegado en 17 ocasiones).

Por último, en relación a Polonia, exceptuando las sentencias que tienen como objeto las garantías procesales, destacan asuntos que, aunque también hemos visto que han sido abordados en los otros cuatro países examinados, su alcance es distinto, por las circunstancias de la evolución por la que ha pasado este país desde que adhirió al CEDH. Así, destacan los asuntos relativos a la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (alegada en 49 ocasiones), la protección de la libertad y seguridad (alegada en 302 ocasiones), el respeto a la vida privada y familiar (alegado en 113 ocasiones), la libertad de expresión (alegada en 31 ocasiones) y la protección de la propiedad (alegada en 53 ocasiones).

Vemos, pues, que la temática abordada por las sentencias del TEDH es bastante similar. Sorprende que, en países de la Unión Europea, las condenas por vulneración de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes sean recurrentes en todos los países examinados, aunque la mayor parte de las veces lo hayan sido respecto de su carácter procesal, es decir, por no haber sido suficientemente examinadas las denuncias o por referirse a la situación de demandantes de asilo o a las condiciones a las que se han visto sometidas personas extranjeras. También es recurrente la condena por no respetar el derecho a la vida privada y familiar y la protección de la propiedad (aunque en este último caso es Italia el país más afectado y a gran distancia del resto).

Todo ello indica que, tal como se había previsto por los impulsores del Convenio, en determinados asuntos la protección interna se revela como insuficiente y la función subsidiaria del Tribunal de Estrasburgo aparece como decisiva en la garantía última que, en democracia, deben obtener los derechos reconocidos en el texto de 1950 y sus Protocolos Adicionales.

3. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

Aunque este punto no fue objeto de examen especial en el Seminario ni tampoco ha sido tratado en los Informes que se contienen en este libro, creo importante resaltar el efecto directo que, sobre los Estados afectados por las condenas producen las sentencias del TEDH. No podemos olvidar el carácter territorial del Convenio Europeo

de Derechos Humanos, creador de verdaderos derechos subjetivos aplicables no sólo a los ciudadanos de los Estados signatarios sino, a partir del art.1 CEDH, a toda persona sometida a la jurisdicción de cualquier Estado miembro, todos ellos, a su vez, integrados en la Unión Europea.

Por ello, es necesario señalar que, con relación a España, a jurisprudencia de este Tribunal Europeo es especialmente relevante a los efectos de nuestro sistema constitucional de derechos. Por una parte, como consecuencia directa de los efectos interpretativos previstos por el art. 10.2 CE, el TEDH, mediante las denominadas “sentencias piloto”, nos va a proporcionar elementos de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos. Por otra parte, porque el Convenio Europeo establece el carácter declarativo, obligatorio y definitivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (arts. 50, 52 y 53 CEDH), al tiempo que otorga al Comité de Ministros del Consejo de Europa facultades de supervisión con relación a la ejecución de las mismas (art. 54 CEDH). Los estados aparecen, en consecuencia, como las instituciones que deberán ejecutar las sentencias y, subsiguientemente, a ellos corresponde establecer los procedimientos que consideren adecuados a tal finalidad. Ello no obstante, hay que destacar en este punto que nuestro ordenamiento jurídico se mantuvo largos años sin regulación alguna acerca de la ejecución de sentencias de tribunales supranacionales, hasta que se han reformado las leyes de procedimiento para habilitar el recurso de revisión como instrumento hábil para lograr la ejecución de las sentencias procedentes de tales jurisdicciones.

El Comité de Ministros, en su función de supervisor de la ejecución de las sentencias, destaca en sus informes la colaboración obtenida de los Estados afectados por las mismas para lograr que los derechos del Convenio sean repuestos o, en el caso de no poder serlo o no poder serlo en su totalidad que, al menos, las partes reciban una satisfacción equitativa como compensación. En los datos que a día de hoy (2 de marzo de 2018) nos ofrece en su web, sólo menciona a Italia y a Polonia, de entre los Estados estudiados en el Seminario y en este libro, como Estados con asuntos bajo supervisión “sostenida” para conseguir la ejecución del fallo, es decir, con asuntos cuya no ejecución satisfactoria se considera que mantiene una duración excesiva. Concretamente, señala el 3% de los asuntos relativos a Polonia y el

7% de los relativos a Italia (aunque los datos se refieren al año 2015, sin que consten datos posteriores). No constan, en las informaciones del Comité, datos relativos a España, Francia o Alemania.

A partir de estas consideraciones, si analizamos el contenido de los fallos emitidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nos encontramos ante diversas situaciones:

1. Sentencias en las que la condena se produce por considerar que son los órganos judiciales quienes, en los procesos internos, han violado el Convenio, es decir, se ha declarado la violación del art. 6 CEDH, que reconoce el derecho a un juicio equitativo y las garantías que deben acompañar a todo tipo de procesos. Ya hemos visto que constituyen el núcleo gordiano de la actividad del Tribunal. Estas sentencias precisan de una ley interna de ejecución de sentencias supranacionales y/o internacionales que las haga efectivas. En este sentido, cada vez que, sobre derechos que estén a la vez reconocidos en el Derecho interno y en el Convenio Europeo, cuya violación haya sido declarada por Tribunal Europeo y que, de mantenerse la situación de hecho anterior a la sentencia, se mantenga la violación del derecho alegado, los órganos judiciales internos estarán obligados a reponer el derecho violado, anulando los procesos internos y retro trayéndolos al momento procesal en que se haya producido la violación constatada por la sentencia del Tribunal de Estrasburgo. Desde 2015, en España, es el recurso extraordinario de revisión ante el Tribunal Supremo la vía procesal establecida para ello.
2. Sentencias en las que el Tribunal Europeo condena a los Estados por la existencia de una legislación que viola los derechos del Convenio. Se trata, en este caso, no de una violación de derechos originada por la actividad de los órganos públicos contraria a la ley, sino precisamente por la aplicación de una ley contraria en sí misma al Convenio. Los Estados miembros del Consejo de Europa, bajo la supervisión del Comité de Ministros, a veces en forma relativamente rápida y otras con resistencias, van adaptando sus legislaciones a lo que se establece en las sentencias del TEDH, teniendo en estos asuntos el Convenio un efecto más interpretativo que ejecutivo. De este modo,

por ejemplo, en España, se van adaptando las leyes de procedimiento en relación a los nuevos medios de prueba derivados de las nuevas tecnologías, o, también, como tema relevante, la introducción generalizada de la segunda instancia (apelación) en todos los procesos excepto cuando la sentencia firme es pronunciada por el órgano que ostenta la máxima posición jurisdiccional.

3. Sentencias en las que se constatan violación de derechos en la actuación de los órganos administrativos, ya sea por acción o por omisión. Hay que destacar, primeramente, que de acuerdo con la constante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Convenio no impone tan sólo la obligación de los poderes públicos de no realizar acciones que puedan constituir violación de los derechos del Convenio, sino que les obliga directamente a tomar medidas positivas que garanticen el ejercicio de los derechos que el Convenio reconoce. Es cierto que, para el Tribunal Europeo los estados gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la adopción de tales medidas, pero que tengan un margen de discrecionalidad no les exime de instrumentarlas, más bien al contrario, les obliga a configurarlas en la forma que sea más eficaz, en dependencia de la situación concreta en que se encuentre el sistema jurídico del Estado, para la eficacia de los derechos que precisen de ellas. Numerosas reformas administrativas, sobre la utilización del correo administrativo como vía útil para formular reclamaciones judiciales si no existe oficina judicial accesible por ejemplo, han sido efectuadas en España para adaptarse a las garantías que el Convenio, interpretado por el TEDH, tiene establecidas para los Derechos reconocidos en el mismo y en los Protocolos Adicionales.

En esencia, considero que ha sido un acierto que el equipo dirigido por el Dr. Francisco Javier Matia Portilla haya trabajado en un proyecto que tiene el alcance que Vds. pueden apreciar en el contenido de este libro. Le agradezco muy sinceramente que me hubiera invitado a participar en el Seminario que le ha precedido y que me haya sugerido la realización de esta especie de “conclusiones” sobre el alcance de una de las mejores garantías que, sobre los derechos fundamentales, tenemos establecidas en Europa. Auguro que la continuación de la in-

investigación que tiene proyectada para este futuro próximo será igualmente fructuosa. Es necesario para avanzar en la democracia propia del Estado de Derecho, tal como disponen los principios que se establecieron ya en la fundación del Consejo de Europa y que constituyen la clave de bóveda de la legitimidad de nuestros sistemas.


Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com