

LA FISCALIZACIÓN RECIENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL COMPORTAMIENTO DEL ESTADO ESPAÑOL¹

Por

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

javierfacultad@gmail.com

Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011)

Fecha de recepción: 06/07/2011

Fecha de aceptación: 13/10/2011

RESUMEN: En el estudio se examina la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con el Estado español. Destacan con luz propia las Sentencias referidas a la anulación parcial de las listas electorales presentadas por ANV y a una condena impuesta a Arnaldo Otegi, en las que se maneja una visión sorprendentemente distinta de la libertad de expresión. Se siguen produciendo aproximaciones concretas a determinados derechos fundamentales (la procesal en relación con la interdicción de los tratos inhumanos, o la positiva del derecho a la vida privada), y se inciden en errores procesales ya detectados con anterioridad (referidos a la intermediación penal o a la falta de imparcialidad judicial). Se incluye también un análisis sobre la legitimidad del tanteo ejercido por el Estado español sobre La condesa de Chinchón, así como el examen de otras resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; libertad de expresión; tratos inhumanos; vida privada; propiedad privada.

SUMARIO: 1. Presentación general.- 2. Avances y retrocesos en asuntos relacionados con el nacionalismo vasco: 2.1. El debate se abre paso en la ilegalización de ANV [asunto Eusko Abertzale Ekinta - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV)] desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo y de la libertad de expresión (arts. 4 del Protocolo 1º CEDH y 10.1 CEDH); 2.2. La libertad de expresión de Otegi (art. 10 CEDH) (asunto Otegi Mondragón).- 3. La interdicción de las torturas y de los tratos inhumanos o degradantes (art. 3.1 CEDH) (asuntos San Argimiro Isasa y Beristain Ukar).- 4. El derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) (asuntos Vaquero Hernández y otros, Lizaso Aconobieta y Fernández Saavedra y Reyes Cortes).- 5. El derecho a la vida privada (art. 8 CEDH): 5.1. Vida privada e hijos (asuntos P.V. y Saleck Bardi); 5.2. Intimidación vs. Libertad de expresión (asunto Polanco Torres y Movilla Polanco).- 6. Prisión provisional y caución suficiente (art. 5.3 CEDH) (asunto Mangouras).- 7. El derecho a la propiedad privada (art.

¹ Esta investigación se realiza al amparo de los Proyectos de Investigación DER2008-00185/JURI, sobre *Pluralidad de Ciudadanías y participación democrática*, concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación para el periodo 2009-2011, y VA005A10-1, sobre *La integración social y ciudadana de los inmigrantes en Castilla y León*, concedido por la Junta de Castilla y León para el trienio 2010-2012.

1 del Protocolo 1º CEDH) (asuntos Ruspoli Morenes y Tendam).- 8. El derecho a un proceso debido: 8.1. La imparcialidad judicial (art. 6.1 CEDH) (asuntos Cardona Serrat y Polanco Torres y Movilla Polanco); 8.2. La intermediación en la segunda instancia penal (asuntos Marcos Barrio y García Hernández); 8.3. El derecho al recurso (art. 13 CEDH) (asuntos García Hernández y Eusko Abertzale Ekinta - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) y Beristain Ukar).- 9. Los asuntos inadmitidos: 9.1. Por desistimiento (presunto) del recurrente (asuntos Moya Valverde, Maldonado Martín y Sáez Ortiz); 9.2. Por incorrecto agotamiento de la vía judicial previa interna (asunto Pino García y Orto Mendez).

THE AUDIT RECENT EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON THE BEHAVIOR OF THE SPANISH

1. PRESENTACIÓN GENERAL

Nuestro propósito es examinar la jurisprudencia vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Estado español en los últimos doce meses (agosto 2010-julio 2011). Pues bien, en este periodo la Sección Tercera del Tribunal ha dictado las Sentencias **Polanco Torres y Movilla Polanco** (Demanda 34147/06, Sentencia de 21 de septiembre de 2010), **Marcos Barrios** (Demanda 17122/07, Sentencia de 21 de septiembre de 2010), **San Argimiro Isasa** (Demanda 2507/07, Sentencia de 28 de septiembre de 2010), **Cardona Serrat** (Demanda 38715/06, Sentencia de 26 de octubre de 2010), **Vaquero Hernández y otros** (Demandas 1883/03, 2723/03 y 4058/03, Sentencia de 2 de noviembre de 2010), **García Hernández** (Demanda 15256/07, Sentencia de 16 de noviembre de 2010), **P.V.** (Demanda 35159/09, Sentencia de 30 de noviembre de 2010), **Eusko Abertzale Ekinta - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV)** (Demandas 51762/07 y 51882/07, Sentencia de 7 de diciembre de 2010), **Beristain Ukar** (Demanda 40351/05, Sentencia de 8 de marzo de 2011), **Otegi Mondragón** (Demanda 2034/07, Sentencia de 15 de marzo de 2011), **Saleck Bardi** (Demanda 66167/09, Sentencia de 24 de mayo de 2011), **Lizaso Azconobieta** (Demanda 28834/08, Sentencia de 28 de junio de 2011), y **Ruspoli Morenes** (Demanda 28979/08, Sentencia de 28 de junio de 2011), todos contra el Reino España. En esta última fecha se ha dictado también la Sentencia que acuerda la compensación equitativa del asunto **Tendam** (asunto 25720/05). La Gran Sala se ha ocupado, por su parte, del asunto **Mangouras** contra España (Demanda 12050/04, Sentencia de 28 de septiembre de 2010), que había enjuiciado previamente la Sección Tercera en su Sentencia de 8 de enero de 2009.

Por otra parte, la Sección Tercera del Tribunal ha evacuado mediante resolución de inadmisión los asuntos Moya Valverde (Demanda 43216/08, Auto de 25 de mayo de

2010), Fernández Saavedra y Reyes Cortes (Demanda 47646/06, Auto de 7 de septiembre de 2010), Maldonado Martín (Demanda 54219/07, Auto de 4 de enero de 2011), Pino García y Ortín Méndez (Demanda 23651/07, Auto de 14 de junio de 2011) y Sáez Ortiz (Demanda 30324/07, Auto de 14 de junio de 2011), todos ellos contra el Reino de España.

Finalmente, el Comité de Ministros ha dictado resoluciones en relación con los asuntos Dacosta Silva (Demanda 69966/01, Resolución de 15 de septiembre de 2010) y Puig Panella (Demanda 1483/02, Resolución de 2 de diciembre de 2010).

Las condenas que se han impuesto al Estado español traen causa de la lesión de los derechos a la interdicción de torturas, en su dimensión procesal (asuntos **San Argimiro Isasa** y **Beristain Ukar**), a la vida privada, en su faceta positiva (asunto **Saleck Bardi**), a la libertad de expresión (asunto **Otegi Mondragón**), a un Tribunal imparcial (asunto Cardona Serrat), a la presunción de inocencia (asunto **Lizaso Azconobieta**) y a la inmediación en la segunda instancia penal (asuntos **Marcos Barrio** y **García Hernández**).

Nuestro objeto es glosar cada una de las resoluciones judiciales citadas, de forma ordenada y sistemática. Pero antes de comenzar dicha tarea, resulta conveniente hacer notar que tres de las condenas impuestas al Estado español (en los asuntos Cardona Serrat, Marcos Barrio y García Hernández) afectan a personas que se pueden encontrar, en el momento de escribir estas líneas, en prisión. Aunque el Tribunal Constitucional ha establecido una línea jurisprudencial en esta materia, que permite resolver desde un punto de vista práctico el problema de mantener en prisión a una persona cuando ha quedado acreditado que se vulneraron sus derechos procesales², resulta urgente que se regule un procedimiento para que las Sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos puedan dar lugar a la diligente revisión en supuestos como el descrito. En este sentido se ha expresado el Magistrado Zupančič en su opinión concordante presentada al hilo del asunto **García Hernández**, y aquí merece ser resaltado y suscrito tal parecer.

2. AVANCES Y RETROCESOS EN ASUNTOS RELACIONADOS CON EL NACIONALISMO VASCO

2.1. El debate se abre paso en la ilegalización de ANV [asunto Eusko Abertzale Ekinta - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV)] desde la perspectiva del derecho

² Descrita en "Balance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta al Reino de España: de aciertos, carencias y excesos". En Matia Portilla, Francisco Javier (dir.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, apartado 2.

de sufragio pasivo y de la libertad de expresión (arts. 4 del Protocolo 1º CEDH y 10.1 CEDH).

Desde que se aprobara la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha debido pronunciarse sobre la regularidad de las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo español en la materia. Especial interés presenta la Sentencia recaída en el asunto **Herri Batasuna y Batasuna c. Esp.** (Demandas 25803/04 y 25817/04, de 30 de junio de 2009), en la que aparece la democracia militante en nuestro país, así como las dictadas en los asuntos **Exteberría Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Atarako y otros c. Esp.** (Demandas 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03) y **Herritarren Zerrenda c. Esp.** (Demanda 43518/04), de la misma fecha³.

En el caso **Eusko Abertzale Ekinta - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV)**, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha perdido la ocasión de entrar a fondo en un asunto vidrioso, y que no puede asimilarse a los señalados. Como se recordará, tanto el Fiscal General del Estado como la abogacía del Estado interesaron la anulación de algunas de las listas presentadas por el partido Acción Nacionalista Vasca en Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra, en el marco de las elecciones municipales y del Parlamento de Navarra convocadas. Tan insólita pretensión (se habló entonces de la ilegalización parcial de la formación política) fue adoptada por el Tribunal Supremo (Auto de 5 de mayo de 2007, 26) y no corregida por el Tribunal Constitucional (Sentencia de 10 de mayo de 2007, § 30). Tampoco lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Sala estima que no se ha vulnerado el derecho de sufragio pasivo de ANV (art. 4 del Protocolo 1º CEDH), y lo hace retomando la argumentación vertida en el asunto **Etxebarría y otros c. España**, pese a reconocer que “las circunstancias fácticas y los problemas jurídicos no son idénticos” (§ 51) en ambos casos. Entiende que la medida prevista se encontraba regulada en el art. 12.1.b y 12.3 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (§ 52), lo que es muy discutible, puesto que tales apartados prevén que la medida de ilegalización de un partido político se extienda a otro que pretenda burlar dicha medida, sin que allí se permita, por absurdo, que se puedan anular algunas de sus listas. Si no fuera por este dato, se podrían compartir, ya sin reservas, los ulteriores razonamientos del Tribunal.

³ Estas resoluciones han sido examinadas por el autor de estas líneas en “De problemas cotidianos en España que se revelan importantes en Estrasburgo (dilaciones indebidas) y de otros grandes que son menores en realidad (aplicación de la Ley de Partidos)”. *Revista General de Derecho Constitucional* 8 (2009), epígrafe 2.

En efecto, la disolución de Batasuna y Herri Batasuna sería inútil si pudieran proseguir *de facto* sus actividades a través de las listas de candidatos del partido recurrente (§ 53) (que, por ello mismo, debería haberse disuelto por continuar las actividades de los previamente ilegalizados), si hubiera quedado acreditada la similitud sustancial de las estructuras de organización y de funcionamiento de los partidos encausados, de sus miembros y de sus dirigentes (§ 53).

El Tribunal considera que la medida ha sido proporcionada, a la vista de los “numerosos elementos que permiten concluir que las debatidas listas de candidatos pretendían asegurar la continuidad de las actividades de los partidos políticos declarados previamente ilegales” (§ 54). Sorprende, en particular, que el Tribunal valore positivamente que la decisión de anulación de las listas de un partido político se haya tomado de forma individualizada y en un proceso contradictorio en el que el partido político ha podido presentar sus alegaciones, habiéndose constatado su vinculación con las formaciones políticas ilegalizadas (§ 55). Finalmente, la Sala excluye que la anulación de las listas traiga causa de sus fines políticos separatistas, opción que no supone una amenaza ni contra la integridad territorial del Estado ni contra la seguridad nacional (§ 57).

Seis Magistrados defienden que no se ha producido la aducida lesión, de lo que discrepa la Magistrado Gyulumyan, en un breve pero contundente Voto Particular en el que estima vulnerados el derecho de sufragio pasivo y de reunión. Recuerda que una restricción de los derechos electorales “debe seguir una aproximación individualizada, permitiendo tomar en consideración el comportamiento real” [Sentencias **Adamsons** c. Letonia (Demanda 3669/03, Sentencia de 24 de junio de 2008) y **Selim Sadak** y otros c. Turquía (Demandas 25144/94, 26149/95 a 26154/95, 27100/95 y 27101/95, Sentencia de 11 de junio de 2002), cosa que no ha hecho el Tribunal Constitucional, lo que entraña una lesión del derecho de sufragio pasivo. Por otra parte, “el Tribunal Constitucional ha reconocido que EAE-ANV no es un partido político que suceda al partido Batasuna, declarado ilegal. Sin embargo, la participación a las elecciones constituye el objeto mismo de la existencia de un partido político. Entonces, antes de la disolución, impedirle participar en las elecciones atenta a su libertad de reunión”.

Compartimos, sin reserva, el parecer expuesto por el Magistrado Gyulumyan, que podría ser aderezado con alguna consideración añadida. La anulación parcial de las listas de un partido político no está expresamente contemplada en la Ley española, por lo que la decisión judicial, avalada por nuestro Tribunal Constitucional, carece de cobertura legal. Por otra parte, solamente pueden anularse las listas elaboradas por un nuevo partido si éste es una extensión del ilegalizado. Y no puede aceptarse, desde un punto de vista lógico, la contaminación parcial de un partido político. Por este motivo,

hubiera sido deseable que el recurso de la formación política ante el Tribunal Constitucional, primero, y ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, después, hubiera prosperado. Ninguna de estas tachas merece la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008 en la que se acuerda la ilegalización de ANV

ANV invoca igualmente las libertades de expresión y asociación (arts. 10 y 11 CEDH). La Sala considera que, en lo que atañe al Parlamento de Navarra, la queja coincide con la planteada en relación con el derecho de sufragio pasivo (art. 3 Protocolo 1º CEDH), por lo que ya ha sido respondida. Aunque éste último precepto no es aplicable a las elecciones de las Juntas Generales y a las elecciones municipales celebradas en el País Vasco, la Sala pone de manifiesto la estrecha vinculación existentes entre las libertades y del derecho citados (también seis contra uno), recuerda el margen de apreciación que los Estados poseen en relación con el derecho de sufragio, y concluye que, dado que el recurso ha sido presentado por un partido político y no por un particular, las autoridades españolas no han excedido dicho margen de apreciación, referido ahora a los arts. 10 y 11 CEDH (§ 74).

La Magistrada Power discrepa de este parecer a través de un muy sugerente voto particular. En el mismo comienza recordando que ha votado con la mayoría, con muchas dudas, en lo referido a la eventual lesión del derecho de sufragio pasivo en relación con las elecciones al Parlamento de Navarra, recordando argumentos semejantes a los contenidos en el Voto Particular de la Jueza Gyulumyan. Discrepa abiertamente de que el Tribunal avale la exclusión de 132 listas presentadas a las elecciones locales afirmando que ninguna cuestión novedosa se plantea desde la perspectiva de los arts. 11 y, especialmente, 10 CEDH sobre lo resuelto en relación con el art. 3 Protocolo 1º CEDH. Ni ambos derechos son equiparables ni es comparable el margen de apreciación del Estado en uno y otro caso. Recuerda que ANV pretende lograr la independencia del País Vasco, y que entre sus objetivos se encuentra la creación de una sociedad democrática, justa y no violenta. La forma más evidente de participar en el debate político es a través de la presentación de candidatos, decisión que se anuda a la libertad de expresión (aun en el supuesto de que se entendiera que una privación de tal derecho no constituye una restricción directa en tal derecho si que lo afecta directamente, como aquí ocurre a juicio de la Jueza). Dada la situación preferente de la libertad de expresión, más acusadamente en periodo electoral, la decisión de excluir listas electorales merecería un examen meticuloso y profundo por parte del Tribunal que no se ha producido. Ha bastado evocar un criterio menos riguroso (el del derecho de sufragio pasivo), aplicado a unas elecciones legislativas, para concluir, de forma perentoria, que ninguna otra cuestión suscitaba la queja de la formación política referida a la libertad de expresión. “No puedo suscribir la idea de que tal razonamiento es suficiente para

rechazar un argumento serio del art. 10 [CEDH] vinculado con la anulación de numerosas listas electorales para las que el art. 3 del Protocolo 1º no es aplicable”.

Tampoco considera la Magistrada Power de recibo declarar que el margen de apreciación a la vista del art. 10 es comparable al reconocido en el marco del art. 3 del Protocolo 1º. Este es más amplio que aquél (asunto **Zdanoka**). Hubiera sido necesario demostrar que la medida estatal era necesaria y que se justificaba en una necesidad social imperante. Estos extremos no han quedado acreditados. “Visto el contexto global de este asunto -un partido político legalmente reconocido que defiende de manera justa, democrática y no violenta, los deseos separatistas vascos - el nivel de ‘control’ ejercido por la mayoría ha sido verdaderamente mínimo. Parece que una simple ‘verificación de la ausencia de arbitrariedad’ reemplaza en adelante el examen riguroso de la ‘estricta necesidad’ para una discutida injerencia”. La ausencia de la apreciación exigida al amparo del art. 10 CEDH le impide compartir que este precepto no ha sido desconocido.

Los razonamientos contenidos en el Voto Particular están cargados de sentido común. Su consistencia se evidencia si se examina otro asunto encausado recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aludimos al asunto **Otegi Mondragón**, en la que se va a insistir en la libertad de expresión de un parlamentario vasco. Estando totalmente de acuerdo con esta apreciación, no deja de ser llamativo que esa libertad de expresión sea tan extensa (como debe ser) cuando alude a un político y tan limitada cuando afecta a un partido político, si tenemos en cuenta que la democracia actual es una democracia de partidos. Por esta razón, hemos decidido incluir a renglón seguido la exégesis de la Sentencia recaída en el asunto Otegi Mondragón.

2.2. La libertad de expresión de Otegi (art. 10 CEDH) (asunto Otegi Mondragón)

También en relación con la libertad de expresión debemos examinar la relevante Sentencia recaída en la Sentencia **Otegi Mondragón**, que tiene su origen en unas declaraciones realizadas por el parlamentario independentista vasco que fueron consideradas ofensivas en la persona del Rey (art. 490.3 CP), por las que fue penalmente condenado a prisión, y que fue considerado carente de contenido constitucional por parte de nuestro más alto Tribunal (Auto de 11 de julio de 2006). La Sala parte de la premisa de que estamos ante una injerencia en la libertad de expresión (§ 44) y se pregunta si cumple con las exigencias previstas en el Convenio. Resulta indubitado que se encuentra prevista en la Ley (§ 46), que persigue un fin legítimo (la protección de la reputación o de derechos ajenos) (§ 47), pero resulta más complejo determinar si es necesaria en una sociedad democrática. Se pregunta el Tribunal, en concreto, si tal injerencia responde a una necesidad social imperante, y aunque no tiene por función sustituir a las jurisdicciones internas competentes, si le compete examinar si

la medida ha sido proporcionada (§ 49). Subraya, además, que las restricciones al derecho deben ser muy limitadas en el marco del debate político, en el que la libertad de expresión reviste la más alta importancia, o en cuestiones de interés general (§ 50). Además, los límites a la crítica admisible son más amplios para un político que para un particular (§ 50).

La aplicación de estos principios al caso de autos lleva al Tribunal a amparar al recurrente (§ 62). Recuerda que se sanciona el discurso de un parlamentario referido a un asunto de interés general (la visita del Jefe de Estado al País Vasco) y en el contexto del cierre de un periódico y la detención de sus responsables (§ 51). Las resoluciones estatales consideran que las declaraciones, en las que califica al Rey como torturador, son ignominiosas, vejatorias y ofensivas (§ 53), mientras que la Sala las considera provocadoras, haciendo ver que por haberse depuesto en una rueda de prensa, no ha podido su autor matizarlas o retirarlas (§ 54). Recuerda además el Tribunal que una disposición penal que ofrece una protección superior en materia de honor a determinadas personas o instituciones no es conforme al espíritu del Convenio (§ 55). Y este principio aplicable a los Presidentes de la República es igualmente predicable del Rey, con independencia de que éste asuma un rol neutral en el aparato estatal, porque, como hizo notar el propio órgano judicial que conoció del asunto en primera instancia, criticar una institución constitucional no está excluido de la libertad de expresión (§ 56). Especialmente cuando lo declarado no afecta a su vida privada o a su honor personal, sino que se hace en un contexto público y político (§ 57).

El Tribunal alude también a la gravedad de la pena impuesta (de un año) que conllevó, además, el que un político viera restringido su derecho de sufragio pasivo (§ 58), y recuerda que “una pena de prisión infringida por una infracción cometida en el campo del discurso político solamente es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 CEDH en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido gravemente lesionados, como en el supuesto, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia” (§ 59). Nada de esto ocurría en el presente caso, en el que las declaraciones realizadas presentan un “interés público legítimo”, que no puede justificar la imposición de una pena de cárcel (§ 60), por lo que se concluye que no ha quedado acreditada que la injerencia fuera “necesaria en una sociedad democrática” (§ 61), por lo que se estima vulnerado el derecho recogido en el art. 10 CEDH (§ 62). Idénticos argumentos se manejan cuando se denuncia una discriminación fundada en opiniones políticas (arts. 14 y 10 CEDH), por lo que el Tribunal no ahonda en esta queja (§ 65). En cuanto a la indemnización, concede 20.000 Euros por daños morales (§ 72) de los 30.000 solicitados (§ 70), así como los gastos realizados (§ 75), y niega la compensación material vinculada

con la imposibilidad de recibir fondos del Parlamento vasco, por apreciar que no existe vínculo entre la lesión y este daño (§ 69).

No se puede decir que la doctrina recaída en la Sentencia que se acaba de glosar sea sorprendente, si se recuerda la posición mantenida por el Tribunal de Estrasburgo en un caso que guarda muchas similitudes con el presente, como es el referido a *Castells c. Esp.* (Demanda 11798/85, Sentencia de 23 de abril de 1992)⁴.

3. LA INTERDICCIÓN DE LAS TORTURAS Y DE LOS TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (ART. 3.1 CEDH) (ASUNTOS SAN ARGIMIRO ISASA Y BERISTAIN UKAR)

Resurge, con fuerza, la jurisprudencia referida a la interdicción de tratos inhumanos o degradantes. Y lo hace en las Sentencias recaídas en los asuntos **San Argimiro Isasa y Beristain Ukar**. En ambas resoluciones se constata la lesión del derecho a no recibir tratos inhumanos o degradantes en su dimensión procesal. Esto quiere decir que no se cuestiona tanto la existencia material de torturas, como la inacción estatal a la hora de investigar su concurrencia y, en su caso, a depurar las responsabilidades en las que hubieran incurrido sus autores. En este sentido, puede adelantarse que las citadas resoluciones siguen la senda marcada en al asunto **Martínez Sala y otros** (Demanda 58438/00, Sentencia de la Sección Cuarta de 2 de noviembre de 2004).

En el asunto **San Argimiro Isasa** se indica que las investigaciones realizadas tras las denuncias realizadas por el recurrente, acompañadas de la existencia objetiva de lesiones, fueron escasas (en particular, dos informes médicos, uno realizado por el forense y otro un profesional independiente) (§ 36). La Sala recuerda que los informes del Comité de Prevención de la Tortura sobre España lamentan la negativa de las autoridades españolas a que los detenidos en régimen incomunicado no puedan contar con un examen médico por el facultativo de su elección que sea complementario al elaborado por el médico designado por el juez y que la normativa española no sea más protectora de los detenidos (§ 38). Este dato, unido al hecho de que no aparezca el informe médico realizado el día que entró en prisión (§ 39), debieron conducir a que el Estado realizará una investigación más profunda de la denuncia realizada (§ 41). En concreto, la identificación de los agentes implicados que ha resultado infructuosa (§ 41) hubiera podido ser alcanzada si se hubiera accedido al visionado del video de la detención, prueba que fue interesada por el denunciante (§ 42). Tampoco se han adoptado medidas suplementarias que hubieran determinado la fecha y las circunstancias en que se produjo la rotura de la costilla (§ 43). En definitiva, “las

⁴ Examinada por el autor de estas líneas en “Balance...”, *cit.*, apartado 9.2.

jurisdicciones internas han rechazado medios de prueba que hubieran podido contribuir a la aclaración de los hechos, y más en particular, a la identificación y castigo de los eventuales responsables” (§ 44). Hay, pues, violación del art. 3 (§ 45).

En el asunto **Beristain Ukar** se denuncian igualmente malos tratos durante su arresto y su detención (en concreto, sesiones de asfixia con una bolsa de plástico en la cabeza, humillaciones, vejaciones sexuales y amenazas de muerte y violación) (§ 21). La Sala recuerda que cuando una persona afirma haber sufrido malos tratos, debe haber una investigación oficial efectiva, tendente a identificar y castigar a los responsables (§ 28). En el caso que nos ocupa, se han producido dos denuncias (el 10 de septiembre y el 30 de octubre de 2002) (§ 29), habiéndose limitado el Juzgado a examinar el informe del médico. El Juzgado rechaza en reforma la pretensión del recurrente de ser oído en persona y de oír al médico y a los agentes implicados, pese a que determinados informes médicos revelan la existencia de una erosión cutánea sin establecer su origen (§ 30). Dos de estos informes no figuran entre los facilitados al recurrente en el momento de introducir su queja, lo que permite colegir que el órgano judicial tampoco contó con ellos al rechazar la investigación solicitada (§ 31). Tampoco respondió al alegato de que los informes médicos no respondían a las exigencias del Protocolo de 16 de septiembre de 1997, adoptado por el Ministerio español de Justicia (§ 32). “A la vista de los elementos precedentes, el Tribunal estima que las investigaciones llevadas a cabo en el presente asunto no han sido suficiente profundas y efectivas para cumplir con las citadas exigencias del art. 3 del Convenio” (§ 33). Se cuantifica el daño moral sufrido en 20.000 Euros (§ 51), frente a los 30.000 interesados por el recurrente (§ 49).

Ahora bien, la Sala no puede concluir que, en este último asunto, se ha producido una violación sustancial del art. 3 CEDH (§ 43). Tras recordar que los malos tratos allí contemplados deben presentar un mínimo de gravedad y de aportarse elementos probatorios apropiados que acrediten la lesión más allá de toda duda razonable (§ 39), y aceptar las dificultades que una persona en detención incomunicada tendrá para acreditar su concurrencia (§ 41), concluye que, a la vista de los datos que obran en la causa, no dispone de elementos probatorios suficientes que le permitan concluir que los malos tratos se han producido (§ 42) (en parte, precisamente, por la ausencia de una investigación rigurosa al respecto por parte de las autoridades españolas).

4. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ART. 6.2 CEDH) (ASUNTOS VAQUERO HERNÁNDEZ Y OTROS, LIZASO ACONOBIETA Y FERNÁNDEZ SAAVEDRA Y REYES CORTES)

Especial interés tiene la STEDH recaída en el asunto **Vaquero Hernández y otros** c. España, que examina tres recursos interpuestos por Ángel Vaquero Hernández, Enrique

Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal, el primero; Enrique Rodríguez Galindo, el segundo y José Julián Elgorriaga Goyeneche, el tercero. Todos ellos presumen vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH), en el marco del derecho al proceso debido y a la defensa (arts. 6.1 y 6.3.2 CEDH). El Tribunal recuerda que los elementos de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública y en el marco de un proceso contradictorio (§ 124), y que no le compete valorar si una determinada prueba ha sido correctamente admitida, sino determinar “si el procedimiento, considerado en conjunto, y comprendiendo el modo de presentación de los medios de prueba, ha presentado un carácter equitativo” (§ 124). Con carácter general, “los párrafos 1 y 3.d del artículo 6 [CEDH] exigen ofrecer al acusado una ocasión adecuada y suficiente de responder a un testimonio de cargo y responder al autor, ya sea en el momento que se practica o más tarde” (§ 126). El papel del Tribunal es, en definitiva, asegurar que los medios de prueba han sido presentados de forma tal que establezca un proceso equitativo (§ 127).

La aplicación de estos principios al asunto en examen, lleva al rechazo de las alegaciones contenidas en el recurso. La Sala observa que “la condena de los recurrentes se fundamenta, parcialmente, en las declaraciones realizadas a puerta cerrada por un coimputado, Sr. Bayo, que es además el tercer recurrente, y sobre pruebas e indicios que, según los interesados, no tendrían ningún valor en ausencia de tales declaraciones” (§ 128). Sin embargo, y en relación con las declaraciones de Bayo, el Tribunal recuerda que “las restantes partes habrían podido escuchar al tercer recurrente en persona y de forma contradictoria en el momento de su confesión y de sus declaraciones realizadas a puerta cerrada durante la instrucción”, pero que, no siendo así, “ninguna nueva deposición del tercer recurrente ha sido solicitada por los otros recurrentes, ni después de que se levantara el secreto de la instrucción ni a lo largo de la fase de instrucción”, y que “el Juzgado Central de Instrucción había permitido además a los recurrentes y a sus abogados mantener un careo con el tercer recurrente y refutar sus declaraciones, habiendo ellos rehusado hacerlo” (§ 130).

Conviene hacer notar que tanto los testimonios directos como los rumores existentes serían suficientes elementos para que los recurrentes segundo y tercero fueran inculcados, detenidos e incomunicados (§ 131). Por otra parte, la condena no trae causa exclusiva del testimonio vertido por el tercer recurrente en fase de instrucción, y del que luego se retractó, sino que existen otras varias (testimonios, identificación de los cuerpos y documentos indiciarios) que también han sido determinantes en la causa (§ 132). Centrándose en las declaraciones del tercer recurrente, recuerda que fueron leídas en el plenario, y que el afectado ha podido explicar las diferencias entre ambas versiones, y que ha respondido las preguntas realizadas por su defensa y por la de los restantes

coimputados, con respeto del principio contradictorio, por lo que considera, como ya lo hiciera el Tribunal Constitucional, que se trata de una prueba válida que puede desvirtuar, lícitamente, la presunción de inocencia (§ 133). La Sala recuerda que, no obstante, la condena impuesta por el delito de detención irregular trae causa de otras declaraciones incriminatorias y de otras pruebas y que la atinente al delito de asesinato se vincula con los hechos probados: la detención irregular de las víctimas, seguida de su muerte, habiéndose deducido que las personas que las mantenían privadas de libertad son las responsables de ésta. Y, como considera la Audiencia Nacional, tal razonamiento no resulta irrazonable o ilógico (§ 135). Las Sentencias cuestionadas han sido ampliamente motivadas, por lo que no se han desconocido los derechos de defensa (§ 136), por lo que se concluye que no se han vulnerado las disposiciones del Convenio (§ 137).

También presenta interés la Sentencia recaída en el asunto **Lizaso Aconobieta**, en el que se cuestiona si unas declaraciones del Gobernador Civil de Guipúzcoa vertidas tras una detención policial pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia de los afectados. En aquéllas se indica, en dos ocasiones, que el recurrente y otra persona eran miembros de un comando legal de ETA (§ 9). El Tribunal recuerda que la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) “no se limita a una simple garantía procesal en materia penal” y que “su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su responsabilidad haya sido establecida por un tribunal” (§ 37). Este derecho no podría impedir que las autoridades públicas informen sobre las investigaciones penales en curso, pero sí exigir que lo hagan con la discreción y reserva que exige el principio de presunción de inocencia (§ 39). En el caso que nos ocupa, la Sala recuerda que el Gobernador Civil facilitó en dos ocasiones la filiación de los afectados, afirmando, sin matización ni reserva, que eran miembros de un comando terrorista, y que tenían la convicción de que eran responsables de tres atentados mortales (§ 41).

En ese mismo momento en el que se celebraba la rueda de prensa, el recurrente no había sido conducido a presencia policial, siendo entonces particularmente pertinente no realizar alegaciones públicas que puedan ser interpretadas como afirmativas de su culpabilidad (§ 42). Resulta claro que las declaraciones examinadas no respetan el derecho a la presunción de inocencia (§ 44), ya que, “de una parte, incitaba al público a creer en la culpabilidad del recurrente y, de otro, prejuizgaba la apreciación de los hechos por parte de los jueces competentes” (§ 43). Se acuerda una indemnización por el daño moral sufrido (12.000 Euros de los 40.000 solicitados, §§ 48 y 46) así como los gastos ocasionados en la defensa de los recurrentes tanto en su país como ante el propio Tribunal.

Cerramos el presente apartado con el sumario examen del Auto dictado en el asunto **Fernández Saavedra y Reyes Cortes**. Los recurrentes cuestionan la condena penal impuesta a la vista de los derechos a la presunción de inocencia y del secreto de las comunicaciones, como ya hicieran, de forma infructuosa, ante el Tribunal Constitucional (*cfr.* Sentencia de 22 de mayo de 2006). Recuerda la Sala que los órganos jurisdiccionales españoles (en sentido lato, incluyendo al Constitucional), que son los encargados de apreciar la regularidad de las pruebas (§ 33) no han considerado que las escuchas realizadas hayan desconocido el derecho a la vida privada de los recurrentes (§ 34), y que los recurrentes no solicitaron la realización de una prueba fonética que acreditara la autoría de las voces registradas. Han existido, además otras pruebas de cargo (especialmente, el dinero incautado) (§ 35). Estos motivos llevan a rechazar el motivo, por encontrarse manifiestamente mal fundado (art. 35.3.a CEDH) (§ 36).

La Sala recuerda, ya en relación con la interceptación telefónica, que tiene base legal (§ 40), persigue un fin legítimo (la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales) (§ 41), por lo que el debate debe situarse en si es “necesaria en una sociedad democrática” (§ 42). Señala, al respecto, que estamos en presencia de “uno de los principales medios de investigación que contribuyen a demostrar la implicación de diversas personas” en un delito relevante de tráfico de estupefacientes (§ 44). El error inicial en la atribución de la titularidad de la línea interceptada no es determinante, ya que no afecta a los motivos que justificaban la medida judicial, y fue rectificado enseguida (§ 46). “El Tribunal Constitucional precisa en su Sentencia que las decisiones judiciales, completadas por los informes policiales, contenían datos objetivos que justifican la proporcionalidad de la injerencia y confieren una base real de sospecha de participación” en el delito investigado, sin que los recurrentes hayan cuestionado en Estrasburgo ni “la exactitud ni el carácter suficiente de los indicios de delito” (§ 47). A la vista de estos datos, se concluye que los recurrentes se han beneficiado de un control eficaz en la injerencia acordada (§ 48), por lo que considera que el motivo se encuentra manifiestamente mal fundado, por lo que debe ser rechazado (§ 49).

La única duda que arroja el auto examinado es el referido a la asunción, acrítica, de la afirmación de que la motivación de un auto judicial que acuerda la interceptación de las comunicaciones puede ser complementada por los informes policiales. Aunque esta idea se encuentra asentada en nuestra jurisprudencia interna, ordinaria y constitucional, no deja de ser cuestionable. En primer lugar, porque la motivación debe ser realizada por el órgano judicial, y no por la autoridad policial que solicita la autorización. En segundo lugar, porque ese escrito policial no se integra formalmente en el auto judicial (lo que puede tener menor importancia en el caso que nos ocupa, pero adquiere mayor realce en lo que atañe a los registros domiciliarios).

5. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA (ART. 8 CEDH)

5.1. Vida privada e hijos (asuntos P.V. y Saleck Bardi)

En el asunto **P.V.** se plantea un novedoso asunto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Puede considerarse discriminatorio, en relación con el derecho a la vida privada, que un esposo vea restringido el régimen de visitas de su hijo cuando opta por convertir su cuerpo en el de una mujer? El Tribunal recuerda que “cuando la orientación sexual está en juego, son precisas razones particularmente graves y convincentes para justificar una diferencia de tratamiento cuando se trata de derechos contemplados en el art. 8 CEDH” (§ 29). El art. 14 CEH prohíbe expresamente toda discriminación fundada en la orientación sexual, y es igualmente aplicable a la disforia de género (o sexual) (§ 30), esto es cuando existe una divergencia entre la identidad sexual de nuestro cuerpo y de nuestra cabeza. Ahora bien, las circunstancias concretas del presente caso hacen pensar que tal discriminación no se ha producido (§ 37). La Sala recuerda que las autoridades judiciales han tomado en consideración la inestabilidad emocional constatada en la recurrente en la pericial psicológica, y el riesgo cierto de que se vieran afectados la integridad psíquica y el desarrollo de la personalidad del menor (§ 32). Tal situación no ha llevado, además, a privar o suspender el derecho de visita, sino que se ha optado por un sistema controlado de visitas, sometido a un seguimiento cada dos meses para garantizar su correcta evolución (§ 34), y que se han ido haciendo más intensas (en horas y en días) (§ 35). La conclusión es que las decisiones judiciales no se fundamentan en la transexualidad de la recurrente, sino en la preservación del interés del menor, permitiendo que fuera asimilando progresivamente el cambio de sexo de su progenitor (§ 36).

Especial dramatismo presenta el asunto **Saleck Bardi**, protagonizado por una apátrida que reside en el campo de Tindouf (Algeria), cuya hija (menor) vino a nuestro país a pasar una breve estancia, que se extendió en el tiempo y que terminó siendo examinada por resoluciones judiciales que denegaban la posibilidad de que se reuniera nuevamente con su madre.

Aunque la recurrente invoca tres preceptos (arts. 6.1 , 8 y 13 CEDH) (§ 29), el Tribunal estima que debe examinar las quejas desde la perspectiva del derecho a la vida privada (§§ 31 y 32). No es óbice para ello que la recurrente no invocará expresamente el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) en su recurso de amparo, inadmitido por auto de 1 de junio de 2009, por carecer de especial trascendencia constitucional (§ 25), porque en el mismo se alegaba un atentado de su derecho a recuperar a su hija (§ 37).

Entrando, pues, en el fondo del asunto, la Sala recuerda “que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar” (§ 49). El

derecho a la vida privada, que impone también obligaciones positivas a los Estados (§§ 50 y 53), como son las atinentes a adoptar medidas diligentes y rápidas para reunir a los miembros de la familia, “porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el progenitor que no vive con él” (§ 52).

Pues bien, en el caso actual, el Tribunal aprecia “la falta de diligencia en el procedimiento seguido por las autoridades responsables de la duración de la estancia de la menor en España” (§ 58), sin que pueda excluirse el recurso a imponer sanciones a la persona que vive con el infante en caso de comportamiento manifiestamente ilegal (§ 59), como es impedir el contacto con sus padres. Lo cierto es que la menor permaneció con su familia de acogida después de haberse agotado su estancia prevista de dos meses (§ 61), que se ha producido una total inactividad por parte de las autoridades administrativas (de septiembre de 2002 a mayo de 2004), que no se ha sancionado la actuación obstruccionista de la familia de acogida y que ésta solamente ha contado con un título legal para retener a la menor a partir de la Sentencia de 19 de septiembre de 2005 (§ 61). La menor se ha encontrado así en una situación de abandono durante tres años y en una situación de vacío jurídico durante cinco años (§ 63).

“Así, el paso del tiempo, consecuencia de la inercia de la administración y de la falta de coordinación entre los servicios competentes ha contribuido de forma decisiva a integrar a la menor en su familia de acogida y en su vida cotidiana” (§ 64). Precisamente estos datos, explican que la Audiencia Provincial de Murcia confirmara la decisión de instancia, pero lo relevante, en el proceso actual, es determinar si “en la aplicación y la interpretación de las disposiciones legales aplicables, las autoridades nacionales han respetado las garantía del art. 8 CEDH, tomando especialmente en consideración el interés superior del niño” (§ 65). En efecto, “el Tribunal debe limitarse a examinar si, en el caso concreto, las medidas adoptadas por las autoridades españolas para regular la situación de no-derecho de Saltana en España y para garantizar los derechos de la recurrente eran adecuados y suficientes en la materia. A la vista de lo que precede, estima que las autoridades nacionales han fracasado en la obligación de celeridad particularmente exigible para este tipo de asuntos” (§ 65).

En definitiva, como “las autoridades españolas no han desplegado esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la recurrente al regreso de su hija” (§ 66), se ha vulnerado el art. 8 CEDH (§ 66). La estimación del recurso se concreta en una compensación del daño moral infringido (30000 Euros, 71, una quinta parte de lo solicitado, § 69), pero se deniegan los gastos solicitados, por no haber sido justificados.

La dimensión positiva del derecho a la vida privada, en lo que atañe al derecho de los padres a reunirse con sus hijos, ya había sido establecido en otras resoluciones anteriores referidas al Estado español, como son las recaídas en los asuntos **Iglesias Gil y A.U.I.** (Demanda 56673/00, Sentencia de 29 de abril de 2003) y **Tapia Gasca y D.** (Demanda 20272/06, Sentencia de 15 de diciembre de 2009).

5.2. Intimidad vs. Libertad de expresión (asunto Polanco Torres y Movilla Polanco)

Es sabido que existe una tensa relación entre las libertades comunicativas (especialmente, la referida a la información) y los derechos a la intimidad y el honor, como lo demuestra, en el periodo reseñado, la Sentencia recaída en el asunto Polanco Torres y Movilla Polanco. Los recurrentes invocan la lesión de su derecho a la vida privada, y lo hacen denunciando el eventual incumplimiento de las obligaciones positivas que derivan del art. 8 CEDH (§ 41).

La Sala confirma, en lo esencial, el juicio adelantado en nuestro país por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/2006, de 27 de febrero . Resulta indudable que la noticia presenta interés general para el público español (§ 46) y que la alusión a determinadas personas se efectúa con una base suficiente (§ 47) (en concreto, la contabilidad original de Intra, confirmada por el antiguo contable de la empresa), apreciándose “elementos característicos del reportaje neutral” (§ 47⁵).

El Tribunal entiende que la noticia publicada fue veraz, recordando que el periodista intentó contrastar los documentos con el ex-contable de la empresa y con las personas afectadas por ellos (§ 50), resultando irrelevante a la hora de establecer este juicio de ponderación la cuestión de la legalidad de los medios a través de los cuales la información contable hubiera sido obtenida (§ 51). Lo importante es que el periodista pudo apoyarse razonablemente en la información que tenía (§ 52), lo que descarta la violación del art. 8 CEDH (§ 54).

El Magistrado Zupančič discrepa de este parecer, defendiendo la importancia que debe darse a los elementos fácticos de la demanda, y tratando de abrir un debate sobre el aumento de las cautelas que los periodistas deben asumir a la hora de contrastar las noticias antes de difundirlas, aplicándoseles una versión atenuada de las normas para la obtención lícita de pruebas.

Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo confirma el recto proceder del Tribunal Constitucional español, sin apreciar la aducida discriminación por parte de los recurrentes. Estos anudan tal queja al hecho de que, mientras que estimó una de sus

⁵ Esta afirmación contrasta con la realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/2006, de 27 de febrero (FJ 10 *ab initio*).

demandas (*cf.* STC 53/2006, de 27 de febrero), inadmitió otra similar (providencia de inadmisión de 16 de noviembre de 2000). Y es que, como ya se deduce de la simple lectura de ambas resoluciones, aunque ambas aluden a los mismos hechos, lo hacen en dos casos que no son comparables (§ 60), ya que en un caso quedó acreditada la diligencia del periodista afectado y en el otro no. No resulta de extrañar, a la vista de este dato, que el Tribunal de Estrasburgo acuerde inadmitir la queja (§ 61).

6. PRISIÓN PROVISIONAL Y CAUCIÓN SUFICIENTE (ART. 5.3 CEDH) (ASUNTO MANGOURAS)

La Gran Sala del Tribunal ha desestimado definitivamente la demanda interpuesta por el capitán del Prestige, Sr. **Mangouras**. Se vuelve a cuestionar si la fianza impuesta al recurrente para evitar la prisión provisional, de 3.000.000 € no es excesiva, como ya se hiciera ante la Sala Tercera en el año 2009⁶. Aunque resulta innegable para la Gran Sala que la caución acordada supera los recursos personales del recurrente (§ 83), entiende que los jueces nacionales se encuentran mejor posicionados para determinar si el medio profesional del recurrente podía ser legítimamente tomado en consideración (§ 85). La respuesta afirmativa se anuda a una serie de motivos concretos, como son la preocupación creciente en relación con los delitos ecológicos, expresada a través de las normas penales (§ 86), la importancia del daño ocasionado en las sanciones impuestas por el Tribunal Internacional del Derecho del mar (§ 89) y la relación del Capitán del navío con el armador (§ 90).

El Tribunal considera que “los tribunales internados han tomado suficientemente en consideración la situación personal del recurrente, especialmente de su estatuto de empleado del armador, de sus vínculos profesionales con las personas llamadas a prestar las fianzas, de su nacionalidad y de su domicilio así que de la ausencia de arraigo en España y de su edad cuando han fijado el montante de la fianza impugnada” (§ 92), por lo que desestima la queja (§ 93).

No comparten este parecer siete de los diecisiete Magistrados (Rozakis, Bratza, Bonello, Cabral Barreto, Thór Björgvinsson, Nicolaou y Bianku), que estiman que la fianza no se fijó tomando en consideración ni la situación personal del imputado ni para asegurar su presencia en el proceso.

⁶ En su momento examinada en “De problemas cotidianos...”, *cit.*, epígrafe 4.

7. EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA (ART. 1 DEL PROTOCOLO 1º CEDH) (ASUNTOS RUSPOLI MORENES Y TENDAM)

El Gobierno español ejerció el derecho de tanteo (§ 7) sobre los propietarios, cuando éstos habían pre-acordado la venta del retrato *La condesa de Chinchón*, de Goya (§ 6), al amparo del art. 38 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. El problema se sitúa en que los dueños de la tabla habían pactado con los compradores privados que el pago se haría en un solo pago inmediato, o con una cifra actualizada al índice de precios al consumo y aumentada al interés legal si se difería el mismo (§ 8). El Estado decide pagar la obra en dos anualidades, pero sin intereses (§ 10), lo que es impugnado por los recurrentes en sede judicial. Los Tribunales dan la razón al Estado, porque la decisión del gobierno se encuentra expresamente prevista en la Ley (§ 11), recordando el Tribunal Supremo que la regularidad de la referida disposición legal ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional (§ 12).

La primera cuestión que debe responder la Sala en el asunto **Ruspoli Morenes** es si es aplicable, en este supuesto, el derecho de propiedad. El art. 1 del Protocolo 1º CEDH contiene, en realidad, tres normas distintas: (a) el respeto a la propiedad, (b) la sumisión de la privación de libertad a ciertas condiciones (estas dos en el primer subapartado) y (c) el poder del Estado de reglamentar el uso de los bienes de conformidad al interés general (en el segundo) (§ 25). Estamos ante la privación de propiedad, donde resulta preciso verificar si existe “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido” (§ 25), disponiendo los Estados de un amplio margen de apreciación en esta materia. Pues bien, “en la medida en que los recurrentes han decidido libremente poner su cuadro en venta, no han sido objeto de una ‘privación del bien’ en el sentido de la segunda frase del primer apartado del art. 1, sino de una medida tendente a ‘reglamentar el uso’ del cuadro en el sentido del segundo apartado de este artículo” (§ 29).

Resulta indubitado, para el Tribunal, que el tanteo ejercido por el Estado español supone una injerencia en el derecho fundamental que, para ser compatible con el Convenio, debe expresar un “justo equilibrio” entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos que se derivan de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo (§ 30). La primera exigencia es que, como aquí ha sido el caso, la injerencia se encuentre prevista en la Ley, cuya interpretación compete a los tribunales internos (§ 32), sin que nada permita pensar que no se trata de una disposición suficientemente accesible, precisa y previsible (§ 33). Tampoco cabe duda de que el objetivo perseguido por el Estado español es legítimo, ya que el derecho de tanteo se inscribe en la protección del patrimonio cultural y artístico de un país (§ 35). Lo

que debe examinarse es, precisamente, cómo se concreta dicho derecho, para determinar si se respeta el “justo equilibrio” al que ya se ha hecho referencia (§ 36). No se respetará éste cuando se imponga al particular una carga desproporcionada (§ 37).

El Tribunal recuerda que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para regular el uso de un bien (§ 39) y éste es aun más extenso cuando se trata de un bien declarado de interés cultural o clasificado como patrimonio histórico (§ 40). En el caso español, se impone al particular que quiere vender el bien a comunicárselo previamente al Estado, quién puede ejercer el derecho de tanteo. A partir de este momento, las condiciones de pago son las fijadas en la Ley, y tal procedimiento permite acercar las obras afectadas a la población (§ 42). Partiendo de estos datos, debe determinarse si el daño patrimonial (referido a la actualización del IPC y el aumento del interés legal en la cantidad diferida al pago para el segundo año) constituye, o no, una carga desproporcionada (§ 43). Dado que el art. 38 de la Ley 16/1985 no lo prevé, los recurrente no podían aspirar a ello (§ 45), por lo que se concluye no han soportado una carga desproporcionada y excesiva, por lo que se estima que no hay lesión del derecho de propiedad (§ 46).

Antes de pasar al penúltimo epígrafe del presente estudio debemos dar cuenta de la nueva Sentencia recaída en el asunto **Tendam**, y que se refiere exclusivamente a la indemnización equitativa. Como se recordará, la Sentencia de fondo, recaída el 13 de julio de 2010⁷, estableció que el derecho a la propiedad del recurrente había sido violentado, dado que el Estado español se negaba a resarcir por los objetos desaparecidos o estropeados bajo su tutela (§ 3). El recurrente solicitó una alta indemnización, por el daño material ocasionado. El Gobierno español considera que la cuantía reclamada (836.257,90 Euros, 4) es “claramente excesiva” (§ 10). Aunque el Tribunal se lamenta de que no se haya contado con un experto independiente, estima que no es asumible el propuesto por el recurrente, porque no aporta catálogos de precios que permitan verificar su cálculo, y porque no se indica si los objetos eran nuevos o debían ser reparados (§ 15), por lo que acuerda una indemnización de 200.000 Euros (§ 16). Se rechaza la demanda en todo lo demás.

8. EL DERECHO A UN PROCESO DEBIDO

8.1. La imparcialidad judicial (art. 6.1 CEDH) (asuntos Cardona Serrat y Polanco Torres y Movilla Polanco)

⁷ Examinada por el autor de estas líneas en “Decisiones polémicas (matrimonio gitano) y otras que, en principio, no lo son (imparcialidad del ex-Juez Garzón en el caso GAL) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aderezadas con el examen crítico de otras resoluciones del Tribunal de Estrasburgo”. *Revista General de Derecho Constitucional* 10 (2010), esp. epígrafe 5.2.

El recurrente, Sr. **Cardona Serrat**, está siendo investigado en relación con la presunta comisión de delitos de abusos sexuales, prostitución y exhibición de pornografía (§ 6). Aunque no ha sido detenido durante la instrucción de esta causa, se encuentra en prisión cumpliendo otra condena previa por delitos relacionados con la pornografía y la prostitución de menores. Ya con ocasión del juicio oral, y ante la suspensión de la vista, la Audiencia Provincial de Valencia acuerda su prisión provisional comunicada y sin fianza, para asegurar su presencia en el juicio y atendiendo a la naturaleza de los delitos imputados (§ 8). El auto alude así a la "especial naturaleza de los delitos", la alarma social, y las perturbaciones que podrían derivarse si los testigos de cargo pudieran sufrir si entran en contacto con los imputados (§ 9).

El preso recusa a dos miembros de la Sala que han tomado esta decisión, y que deben pronunciarse asimismo sobre el fundamento de la causa, por entender que haber tomado tal decisión (que correspondería, en buena lógica, al juez instructor), evidencia un prejuicio sobre su culpabilidad (§ 10). Su pretensión es rechazada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, y el recurrente es condenado de un delito continuado de abusos sexuales con la circunstancia de reincidencia por una Sala de tres personas, de las que don son los que acordaron previamente su prisión provisional (§ 11).

El Tribunal Supremo rechaza el alegato de la falta de imparcialidad del órgano sentenciador (§ 13), entendiendo que su decisión referida a la prisión provisional únicamente pretendía que la vista tuviera lugar lo más rápidamente posible y reducir la alarma social producida (§ 14). Tampoco le es favorable la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de mayo de 2006 (§ 16), que hace notar que la decisión se adoptó en fase de enjuiciamiento, por el órgano judicial competente para ello, y que partía de ello de la apreciación indiciaria del juez instructor, ínsito en la decisión de abrir la fase del juicio oral (§ 17). Considera igualmente el alto Tribunal que el argumento manejado sobre el eventual encuentro con testigos de cargo no es excesivo, dado el tipo penal implicado (abusos sexuales) y la edad y el grado de madurez de las víctimas, y que la referencia a la alarma generada es accesoria (§ 18).

La cuestión determinante es evaluar el hecho de que dos de los tres miembros de la Sala, siendo uno de ellos el Presidente, que han condenado al recurrente habían participado previamente en la Sección que había decidido su prisión provisional (§ 30). Aunque tal intervención no compromete necesariamente la imparcialidad del Tribunal, porque se ocupa de objetos procesales diferentes, pueden concurrir circunstancias particulares que lleven a la conclusión contraria (§ 31). Lo es, y muy importante, que la decisión de prisión provisional sea adoptada directamente por personas integradas en el mismo órgano sentenciador (§ 32). Lo hace, además, con un motivo (las dificultades y perturbaciones que podrían derivarse del encuentro del acusado con testigos de cargo)

que no había sido esgrimido por el Ministerio Fiscal, por lo que "no se ha limitado a una apreciación sumaria de los hechos imputados para justificar la pertinencia de la medida de prisión provisional solicitada por el Ministerio Fiscal, sino que, al contrario, se ha pronunciado sobre la existencia del riesgo de que el recurrente intimide a los testigos de cargo" (§ 33). Este dato, unido a la invocación del art. 503.3 LECrim (§ 34), permite colegir que los dos Magistrados afectados tenían una idea preconcebida sobre el enjuiciamiento del encausado (§ 35).

Por todo ello, la Sala afirma que la aprehensión del recurrente sobre la imparcialidad puedan estar objetivamente justificadas, por lo que se estima vulnerado el art. 6.1 CEDH (§ 38). Aunque el recurrente solicita que se decrete la nulidad de la Sentencia condenatoria, el Tribunal recuerda que el Convenio no le permite hacerlo, por lo que el Estado, bajo el control del Comité de Ministros, deberá elegir los medios hábiles para adecuarse a las obligaciones impuestas en su día asumidas (*cf.* art. 46.1 CEDH) (§ 42).

La Sentencia se acompaña de un interesante voto concordante firmado por la Magistrada Fura, en la que se explica que, aunque tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han tomado en consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concurren circunstancias excepcionales que justifican la estimación del recurso. Algunas bien descritas en la Sentencia (que el motivo que la justifica fuera adoptado directamente por el Tribunal) y otras que podrían haberse incluido (como es que se trataba de un tribunal urbano y que cuenta con más Magistrados que podrían haberse ocupado de la cuestión).

Ninguna discrepancia se ha producido, sin embargo, en la aducida falta de imparcialidad de la Presidenta del Tribunal Constitucional, denunciada en el asunto **Polanco Torres y Movilla Polanco**, ya que no existe apariencia alguna de violación (§ 63).

8.2. La intermediación en la segunda instancia penal (asuntos Marcos Barrio y García Hernández)

La intermediación en la segunda instancia penal ha sido examinada en dos importantes Sentencias, las recaídas en los asuntos **Marcos Barrio** y **García Hernández**. Comenzando por esta última, es oportuno recordar que, según la Sala, "cuando una instancia de apelación debe conocer de un asunto de hecho y de derecho y de estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos del debido proceso, decidir estas cuestiones sin apreciar directamente los medios de prueba presentadas en persona por el acusado que afirma que no ha cometido el acto, considerado como una infracción penal" (§ 25). Se impone el trámite de audiencia, más concretamente, "cuando la jurisdicción de apelación 'efectúa una nueva apreciación de

los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera', situándose más allá de consideraciones puramente jurídicas" (§ 28).

Pues bien, en el caso **García Hernández**, el Juzgado Penal 3 de Murcia determinó que la imputada no actuó de forma negligente (§ 30), y la Audiencia Provincial competente ha resuelto lo contrario, partiendo de la idea de que el puesto ocupado por ella exigía una especial diligencia, por lo que se ha producido una mala praxis que justifica su condena (§ 32). Resulta evidente, para el Tribunal, que a diferencia de lo acaecido en el asunto **Bazo González**, "la Audiencia Provincial no se ha limitado a una nueva apreciación de elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se ha pronunciado sobre una cuestión fáctica (a saber, la mala práctica de la recurrente y el origen de las secuelas del paciente), modificando así los hechos declarados probados por el Juez de primera instancia". Tratándose de cuestiones fácticas, la condena decretada sin haber oído a la acusada y sin haberse sometido un proceso contradictorio se lesiona el art. 6.1 CEDH (§ 34). Siendo, pues, precisa la audiencia pública, y no habiendo ésta tenido lugar, se considera vulnerado el art. 6.1 CEDH (§ 35), sin que se plantee cosa distinta cuando se alega el art. 6.3 CEDH.

Es forzoso añadir dos datos relevantes al comentario de este asunto. El primero es que se deniega la indemnización equitativa, por no haber sido ésta presentada en plazo (§ 43). El segundo es que, en este caso, la lesión producida sigue encontrándose hoy vigente, dado que la recurrente sigue privada de libertad a causa de una Sentencia que vulneró su derecho de defensa. El Juez Zupančič presenta un voto particular concordante en el que se invita al Gobierno español a que regule la posibilidad de reabrir un proceso judicial cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya constatado la violación del derecho al proceso debido. Debemos mostrar nuestro acuerdo con esta opinión, sobre todo cuando se trata de un proceso penal y la lesión provocada pervive en el momento actual.

Similar doctrina se contiene en la Sentencia recaída en el asunto **Marcos Barrio**, dado que "en este caso la Audiencia Provincial no se ha limitado a realizar una nueva apreciación de elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se ha pronunciado sobre una cuestión fáctica, a saber la credibilidad del testimonio de D.F., modificando así los hechos declarados probados por el juez de primera instancia" (§ 40), "sin que el recurrente haya tenido la ocasión de ser oído personalmente o de debatirlas a través de un examen contradictorio realizado en el curso de una audiencia pública" (§ 41). El Tribunal constata, además, que el art. 41.1 de la Ley Orgánica 5/2000 sobre la responsabilidad penal de los menores, aplicable al caso, prescribía la celebración de una audiencia pública (§ 42), lo que refuerza su convicción de que se ha vulnerado el art. 6.1 CEDH.

Las Sentencias descritas en este epígrafe tienen sus antecedentes en las recaídas en los asuntos **Bazo González** (Demanda 30643/04, Sentencia de 16 de diciembre de 2008) e *Igual Coll* (Demanda 37496/04, Sentencia de 10 de marzo de 2009)⁸.

8.3. El derecho al recurso (art. 13 CEDH) (asuntos García Hernández y Eusko Abertzale Ekinta - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) y Beristain Ukar)

En el asunto **García Hernández** se alega el derecho al recurso en un doble sentido. El primero trae causa de que la Audiencia Provincial de Murcia condenara a la recurrente, a diferencia de lo resuelto en primera instancia (§ 37). Tal queja se considera ya ventilada al hilo del alegato de falta de intermediación (§ 39), ya examinado en otro lugar de este trabajo. La segunda queja sirve para mostrar un desacuerdo con el control de amparo ejercido por el Tribunal Constitucional (§ 40). El Tribunal considera que este alegato se encuentra mal fundado, por lo que lo rechaza sin más trámite, en virtud de lo previsto en el art. 35.3 CEDH (§ 41).

Eusko Abertzale Ekinta - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) se duele del tratamiento recibido tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, entendiéndolo vulnerado el derecho al recurso efectivo (art. 13 CEDH). En relación con el Tribunal Supremo, la Sala entiende que “ha confirmado así su competencia para apreciar, en su caso, la continuidad de un partido disuelto por otro partido legal” (afirmación que no se compadece con las funciones conferidas por la Ley de Partidos Políticos), recordando que el procedimiento ha sido contradictorio (§ 80).

Sin embargo, el hecho de que un Tribunal estatal decida su competencia no puede ser asumido acríticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque ello le llevaría a hacer dejación de sus funciones. También resulta preocupante que el Tribunal afirme, en relación con el amparo solicitado por ANV en España, que “la obligación para los tribunales de motivar sus decisiones no puede ser interpretado exigiendo una respuesta detallada a cada alegato” (§ 81). Es suficiente que “una jurisdicción superior rechace un recurso refiriéndose únicamente a las disposición legal que prevén dicho procedimiento si las cuestiones planteadas en el recurso no revisten una importancia particular o no ofrecen una posibilidad suficiente de éxito” (§ 81).

El Tribunal concluye afirmando que ambas decisiones han sido suficientemente motivadas y que no son arbitrarias (§ 81). Esta concreta decisión del asunto *Eusko Abertzale Ekinta - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV)*, se adopta, a diferencia de las anteriores, por unanimidad.

⁸ Resoluciones examinadas en “Balance...”, *cit.*, epígrafe 7.8.5.

También se alega al derecho al recurso efectivo (art. 13 CEDH) en el asunto **Beristain Ukar** (§ 44), pero el Tribunal descarta el análisis de esta queja, puesto que se fundamenta en hechos ya enjuiciados desde la perspectiva procesal del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) (§ 47).

9. LOS ASUNTOS INADMITIDOS

9.1. Por desistimiento (presunto) del recurrente (asuntos Moya Valverde, Maldonado Martín y Sáez Ortiz)

El Tribunal puede archivar una demanda cuando las circunstancias permitan comprobar que la parte recurrente ya no está dispuesta a mantenerla (art. 37.1.a CEDH). Esto ocurre, por ejemplo, cuando no responde a las comunicaciones cursadas por el Tribunal en las que se les indica que ha cumplido el plazo de presentación de las alegaciones, y no hay respuesta alguna a ese relevante escrito. Por este motivo se han inadmitido, sin más trámite, los asuntos **Moya Valverde, Maldonado Martín y Sáez Ortiz**.

9.2. Por incorrecto agotamiento de la vía judicial previa interna (asunto Pino García y Orto Méndez)

Finalmente, se inadmite el asunto **Pino García y Orto Méndez** por el indebido agotamiento de la vía judicial previa a través del oportuno Auto. Aunque el supuesto teórico descrito no carece de interés (el Tribunal Constitucional acordó mediante providencia conferir un plazo sobre la eventual carencia de contenido constitucional de la demanda interpuesto, lo admitió posteriormente a trámite, y terminó por inadmitirlo en Sentencia de 20 de noviembre de 2006 por considerarlo extemporáneo, §§ 20-22), el Tribunal de Estrasburgo confirma la decisión estatal. De un lado, porque a las autoridades nacionales les corresponde, en primer lugar, interpretación la legislación interna (§ 30). De otro, porque la utilización impropia de un recurso judicial (la nulidad de actuaciones), que no paralizaba el plazo legal de interposición del recurso de amparo, se evidencia también en el Auto de la Audiencia Provincial que rechaza la aducida nulidad (§ 32).

El Tribunal de Estrasburgo tampoco considera relevante que no se diera un trámite de audiencia a los recurrentes sobre el carácter extemporáneo del recurso, dado que “el no respeto por parte de los recurrente del plazo legal para introducir el recurso de amparo constituye un defecto de naturaleza objetiva e irreparable, que hace inútil la posibilidad de presentar alegaciones a fin de repararlo” (§ 33) y que dicha actuación tampoco está prevista en la Ley que regula su funcionamiento (§ 33). Por estas razones, el Tribunal

concluye que los recurrentes no han agotado correctamente las vías internas de recurso (art. 35.1 CEDH) (§ 34).

El auto reseñado presenta interés por dos razones de distinta índole.

De un lado, podría haberse producido en este Auto una confusión entre el derecho invocado y el fallo alcanzado por el Tribunal de Estrasburgo. No se trataba, posiblemente, de examinar el comportamiento procesal del recurrente, sino de determinar si la resolución del Tribunal Constitucional se encontraba motivada.

De otro lado, si se comparte que la inadmisión del amparo era procedente, por venir impuesta por el incumplimiento de uno de los requisitos legalmente previstos para su admisión a trámite (la presentación en plazo), no se entiende porque esta misma doctrina no se ha aplicado, previamente, a otras Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que han censurado (indebidamente) el comportamiento del Tribunal Supremo español [en los asuntos **Sáez Maeso** (Demanda 77837/01, Sentencia de 9 de noviembre de 2004), **SALT Hiper SA** (Demanda 25779/03, Sentencia de 7 de junio de 2007), **Barrenechea Atucha** (Demanda 34506/02, Sentencia de 22 de julio de 2008), **Golf de Extremadura** (Demanda 1518/04, Sentencia de 8 de enero de 2009) y **Llavorador Carretero** (Demanda 21937/06, Sentencia de 15 de diciembre de 2009)] y del Tribunal Constitucional [asunto **De la Fuente Ariza** (Demanda 3321/04, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de noviembre de 2007⁹)]. Todos estos casos son similares en su estructura (admisión de la causa, primero, e inadmisión por Sentencia, posteriormente, al apreciar la existencia de un óbice procesal que impide su tramitación). Y en todos estos casos tal inadmisión no solamente no vulnera ningún derecho ni fundamental ni subjetivo, sino que viene exigida por el orden público procesal, que se impone a los órganos judiciales (en sentido lato).

10. LAS RESOLUCIONES DEL COMITÉ DE MINISTROS (ASUNTOS DACOSTA SILVA Y PUIG PANELLA)

Concluimos el trabajo haciendo una sumaria referencia a las resoluciones referidas a la ejecución de las Sentencias aludidas en el encabezado. En el caso Dacosta Silva, el recurrente ha declarado que la declaración de la lesión contenida en la Sentencia constituye una reparación adecuada, aunque también se recuerda que la nueva Ley 12/2007 ha suprimido la sanción disciplinaria de arresto domiciliario en el ámbito de la guardia civil y que la Sentencia ha sido distribuida en castellano a través del Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Lo mismo se ha hecho con la Sentencia recaída

⁹ Todas estas resoluciones han sido examinadas en "Balance...", *cit.*, epígrafes 7.6.2 y 4.2, respectivamente.

en el asunto Puig Panella. También en este caso el Tribunal de Estrasburgo había reconocido una indemnización equitativa, que ha sido también considerada suficiente por el Tribunal Constitucional en su Auto 129/2008, de 26 de mayo, por el que se rechaza un nuevo recurso de amparo promovido por el recurrente.