

DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1991-1992)

Por FANNY CASTRO-RIAL GARRONE (*)

CUADRAGÉSIMO ANIVERSARIO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y ACCESO DE ESTADOS EUROPEOS —NO MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA— AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1)

El balance de los cuarenta años de aplicación del Convenio europeo ha sido, sin duda, positivo. En la actualidad se considera que podría convertirse en el embrión de una Ley fundamental de la nueva Europa democrática, libre y unida.

El sistema establecido conserva su carácter subsidiario; el Tribunal europeo reitera que son las autoridades internas las primeras llamadas a salvaguardar la aplicación del texto convencional.

La experiencia ha demostrado que éste adquiere su máxima eficacia si es incorporado al Derecho interno de los Estados partes, o bien cuando las instancias judiciales nacionales lo invocan directamente a la vez que la jurisprudencia de Estrasburgo.

La «cooperación» entre el juez nacional y el internacional ha sido beneficiosa, por lo que puede afirmarse que el Tribunal ha coadyuvado a que las autoridades nacionales garanticen los derechos fundamentales.

(*) Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Universidad Complutense.

(1) En esta crónica hemos estimado conveniente incluir un primer apartado, en él hacemos referencia a los actuales problemas que afectan al mecanismo de control y muy especialmente a la modificación en el acceso al Tribunal europeo.

Las jurisdicciones internas han sido receptivas y están abiertas al Convenio que inspira, afortunadamente, su actuación.

El caso austriaco es el más significativo, ya que, en virtud de una decisión de su Parlamento, las disposiciones convencionales han adquirido rango constitucional.

Conviene observar, que en los supuestos en que no existan disposiciones legislativas adecuadas y el Convenio no sea directamente aplicable, éste protege a todos los particulares y les permite invocar directamente sus disposiciones ante las instancias internas.

Por ello, sigue siendo necesario proseguir la función de promoción para dar a conocer el Convenio y la jurisprudencia a todas las autoridades internas llamadas a aplicarlo. Es, a tal fin, encomiable la labor desarrollada por los distintos institutos nacionales de derechos humanos.

En relación con la actividad del Tribunal desde un punto de vista estadístico, se elevaron ante él, en 1990, 61 asuntos, el doble de los presentados en el año 1989, y casi el cuádruple que en 1988. El Tribunal dictó 30 sentencias en 1990, lo que supuso un quinto más que en 1989 (2).

Es muy significativo que el Tribunal haya sido llamado a conocer, en 1990, un total de casos superior a los que se habían elevado en sus primeros 24 años de actuación.

Esta afluencia masiva de asuntos confirma el relevante papel interpretativo y garante del Tribunal en la aplicación del Convenio.

El actual sistema de control necesita ser reformado porque se manifiesta claramente insuficiente. Es urgente que se dote a los órganos de control de los medios y del personal apropiado. El Comité de Ministros está estudiando el perfeccionamiento y, por el momento, ha ampliado la plantilla de la Secretaría del tribunal. Las dificultades presupuestarias del Consejo han afectado, asimismo, al Tribunal. Para compensarlas se estudia una propuesta del Comité de expertos para invitar a los Estados miembros a que financien individualmente y por

(2) Cour européenne des Droits de l'Homme: *Celebration du 40^{ème} Anniversaire de la Convention européenne des Droits de l'homme*. Institut International d'Etudes des Droits de l'Homme. Trieste, 18 décembre 1990: *Cour (90) 318*.

separado ciertos arreglos que son excesivamente gravosos para la organización (3).

La primera reforma sustancial que se ha aprobado ha sido el *Protocolo IX*, abierto a la firma de los Estados en la sesión conmemorativa de Roma. Finalmente se le confiere al particular *legitimación activa* para elevar directamente un asunto ante el Tribunal, una vez declarada su admisibilidad por la Comisión (4).

El relanzamiento de la iniciativa de las Comunidades europeas de negociar la adhesión al Convenio es, sin duda, alentador.

Por otro lado, la apertura del Consejo a los Estados de Europa central y oriental permite prever que el Convenio cumpla su vocación de convertirse en el instrumento de protección de los derechos humanos a escala europea.

Esta eventualidad exige la adopción de una solución inmediata para perfeccionar el sistema operativo. Las tres propuestas que se barajan en la actualidad supondrían: a) la permanencia de los órganos de control; b) la transformación de la Comisión en órgano judicial de primera instancia, convirtiéndose el Tribunal en instancia de apelación y casación; c) la constitución de un Tribunal permanente, encargado de pronunciarse sobre la admisibilidad y el buen fundamento de las reclamaciones, unificando las competencias que actualmente se distribuyen entre los dos órganos.

Se trataría de formalizar la situación fáctica existente, que obliga a los dos órganos a actuar 135 días al año.

Es previsible que la tercera propuesta prospere, dada la ampliación previsible, en el futuro, del número de jueces, que podrían llegar a 30.

La segunda propuesta no parece favorecer una mayor celeridad en los procedimientos, ya que es probable que los dilatase aún más; la

(3) Discours prononcé le 23 janvier 1991 par M. Rolv Ryssdal, Président de la Cour à l'occasion de la première session du 22 janvier 1991: *Cour (91) 62*.

(4) En la actualidad el Protocolo núm. 9 ha sido ratificado, únicamente, por Noruega el 15 de enero de 1992, habiendo sido firmado por todos los Estados Partes en Roma el 6 de noviembre de 1990, a excepción de España, Islandia, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y República Federal de Alemania. Vid. Council of Europe: *Chart of Signatures and ratifications*, 2-3-1992, núm. 140. En relación con la situación general del Convenio vid. *ibidem*, núm. 5.

eventual conciliación se vería postergada y, en consecuencia, se perjudicaría, en definitiva, la protección jurídica eficaz de las víctimas (5).

Ampliación de la función consultiva del Tribunal: Los Estados partes en la CSCE, y que no son miembros del Consejo de Europa, han solicitado acceder a los tres sistemas de garantías de los derechos humanos de que dispone el Consejo: el Convenio europeo de derechos humanos, la Convención europea para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes y la Carta Social Europea.

El Consejo de Europa debe estudiar el modo más aconsejable para dar una respuesta satisfactoria a la nueva situación europea y al deseo de estos Estados —que están consolidando su proceso democratizador— de adherirse a las exigencias del respeto de los derechos humanos vigentes hoy en el Consejo de Europa, dado que los tres instrumentos jurídicos tienen carácter cerrado. La organización ha de asumir su responsabilidad ineludible para no defraudar las esperanzas puestas en él en el cumplimiento de su misión promotora de los derechos humanos.

Se está debatiendo, en relación con el Convenio europeo de derechos humanos, las propuestas «Sager» y «Haller», la primera no era partidaria de la adhesión de los Estados no miembros, según sugirió a la Comisión de Cuestiones Políticas y de Derechos humanos. Los dos motivos fundamentales aducidos eran: su falta de representación en los tres órganos de control del sistema europeo y la imposibilidad de imponerles la máxima sanción, esto es la expulsión, llegado el caso, de la organización (6).

El Informe «Haller» puso de manifiesto a la Asamblea parlamentaria la conveniencia de admitir exclusivamente a los Estados europeos miembros de la CSCE. El motivo fundamental era la ausencia todavía hoy, en el proceso de la CSCE, de una voluntad firme de institucionalizar un recurso formal en materia de derechos humanos. Si

(5) Vid. el discurso del presidente del Tribunal pronunciado en Viena el 18 de enero de 1991: «Quarante ans de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Rétrospective et perspectives», en *Cour (91) 61*.

(6) Conseil de l'Europe: Assemblée parlementaire. Doc. 6585: Rapport relatif à l'accès d'Etats européens non membres aux institutions fonctionnant dans le cadre de certains conventions du Conseil de l'Europe relatives aux droits de l'homme, de 24 marzo 1992.

esta voluntad prosperara, no sería compartida, muy probablemente, por el Consejo.

El acceso al mecanismo del Convenio se concibe únicamente respecto del Tribunal europeo, facilitándose a los Estados la facultad de iniciar el proceso, exclusivamente, instando al Tribunal al ejercicio de la jurisdicción consultiva. Este tiene competencia para pronunciarse sobre el procedimiento adecuado, que podría presuponer, la participación de una Sala o de un solo juez, así como la designación de un «juez ad hoc» del Estado interesado.

Esta última eventualidad sería ventajosa, a juicio de la relatora Haller, porque tendría un efecto pedagógico y de promoción de los derechos humanos.

La legitimación para solicitar dictámenes al Tribunal podría resolverse en función de las categorías contempladas en el propio Convenio, adaptándolas, ahora, a las características del Estado.

De este modo se conferiría la legitimación a los órganos de la administración central, a los Estados miembros de una federación, a las organizaciones no gubernamentales y por último a los particulares.

Los Estados se mostrarán más reticentes a la hora de aceptar la legitimación individual; sus administraciones centrales pretenderán reservarse la legitimación activa con carácter exclusivo.

La aceptación de tres de las categorías indicadas, como mínimo, podría servir para evitar la previsible oposición de los Estados a la actuación directa de los particulares.

Se facultaría, de este modo, a los Estados miembros de una federación a las autoridades locales y regionales y a las organizaciones no gubernamentales. La legitimación activa de los particulares que se regiría, así, según las pautas del propio Convenio, tanto respecto del artículo 25, como respecto la aceptación del Protocolo IX, reservando su carácter facultativo.

Los legitimados podrían dirigirse del mismo modo a los restantes órganos de control de los otros Convenios, al Comité europeo para la prevención de la tortura y al Comité de expertos independientes de la Carta Social.

Si prosperase la adhesión de los Estados de la CSCE al Tribunal europeo habrán de resolverse, asimismo, otros problemas todavía pendientes, tales como el aspecto procesal, que podría solucionarse de un

modo análogo al recurso ante la Comisión europea, con la participación del Secretario general.

El Comité de Ministros habrá de resolver ciertos aspectos administrativos, tales como el presupuestario, determinando su cuantía y la distribución de las contribuciones entre los Estados Partes en el Convenio.

El problema de fondo, a nuestro juicio, más arduo de solución, sería el empeoramiento de las deficiencias operativas del sistema. El método de trabajo requiere una inmediata reforma, así como el perfeccionamiento del procedimiento ante los órganos de control. Es, en consecuencia, importante que éstos junto con el Comité europeo para la prevención de la tortura y el Comité de expertos independientes de la Carta Social, manifiesten su opinión al respecto. El Comité para la prevención de la tortura se ha manifestado ya favorable a la adhesión, finalmente, convendría auspiciar que se adopte la tercera propuesta expuesta anteriormente.

El Comité de Ministros ha aprobado el 8 de enero de este año el *Protocolo X*, cuyo artículo 1 modifica el texto del artículo 32, párrafo 1.º. A su entrada en vigor, que queda supeditada a la previa aceptación de todas las Partes Contratantes, no será necesaria la mayoría de 2/3 para la adopción de sus decisiones (7).

I. PRIVACIÓN DE LIBERTAD

A) *Carácter razonable de la sospecha en la aplicación de la normativa antiterrorista*

La sentencia de 30 de agosto de 1990 en el asunto «Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido», a éstos se les aplicó la normativa antiterrorista «Emergency Provisions Act 1987», en su sección 11. Los reclamantes Fox y Campbell fueron detenidos por su colaboración con el IRA y por ser sospechosos de pertenecer a dicha organización.

(7) Por el momento sólo Noruega lo ha ratificado, habiéndolo firmado Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Chipre, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, República Federal de Alemania, Suecia y Suiza.

En el caso de Hartley éste era además sospechoso de secuestro y de estar más estrechamente vinculado con la organización terrorista (8).

La aplicabilidad del párrafo 1 del artículo 5: Los interesados habían sido detenidos por un período de 44 horas el primero, de 44 horas y 5 minutos el segundo y durante 30 horas y 15 minutos el tercero. Los tres impugnaron la normativa de Irlanda del Norte que no incorporaba la calificación del carácter razonable de la sospecha según prescribía el primer párrafo del artículo 5, si bien no impugnaron directamente su detención.

El Tribunal europeo ha exigido que, para se pueda calificar a la sospecha de razonable, es necesario que los hechos e información satisfagan a un observador objetivo convenciéndole de la realidad de la infracción.

Es cierto que la normativa antiterrorista puede permitir una actuación rápida a la policía sin que presuponga, en modo alguno, el recorte o la restricción del criterio del carácter razonable. Como se puso de manifiesto en el asunto «Brogan», el carácter razonable de la sospecha ha de entenderse como un elemento esencial para evitar que la privación de libertad sea irregular y además constituye una parte esencial del principio (art. 5.1) (9). El carácter objetivo de la sospecha ha de ser motivado; por tanto, la policía ha de informar a los tribunales de sus fuentes de información para fundamentar dicho carácter.

El Tribunal europeo desestimó, en este caso, que se hubiese salvaguardado esa exigencia, porque la sospecha sólo satisfacía a un observador de buena fe, pero no revestía el carácter objetivo prescrito.

El derecho a ser informado en el plazo más breve posible de los motivos de la detención: La alegación relativa a la falta de comunicación a los detenidos de los motivos de su privación de libertad (art. 5.2), no fue estimada por el Tribunal, porque si bien admitió que no fueron informados ampliamente en el momento de su detención, comprobó que lo fueron al ser interrogados, «a las pocas horas de su privación de libertad». La Comisión había manifestado con acierto que la información que se ha de dar a los detenidos debe de ser precisa y adecuada en el momento mismo de la detención. En este

(8) *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, série A, n.º 182.

(9) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 186-A.

caso, sólo se les informó de que se les aplicaba la sección 11 de la ley impugnada. Parece, sin duda, más ventajosa para los particulares dicha interpretación, dados los peligros que conlleva la aplicación de la normativa antiterrorista

B) *La imparcialidad del fiscal*

La sentencia de 23 de octubre de 1990, en el asunto «Huber», suscitó la compatibilidad del sistema suizo con el artículo 5.3) (10), debido a las múltiples funciones a los fiscales de distrito, esta pluralidad de funciones había sido objeto de un anterior pronunciamiento del Tribunal en el asunto «Schiesser», si bien se situaba en otro contexto, ya que se refería a la actuación de los auditores militares (11).

El Tribunal, concluyó, en aquel asunto su falta de *imparcialidad* por la posibilidad de que tenían los auditores de convertirse en parte procesal como acusador público en la instancia ulterior. En cambio, el Tribunal se separa, en este caso, de esa línea de interpretación, ya que admitió que los fiscales de distrito tenían competencia para dictar la orden de privación de libertad por un período que no ha de exceder los catorce días, transcurridos éstos, la decisión debía ser confirmada por el Tribunal de distrito. El sistema nacional les permite asumir una doble función de instrucción del caso para preparar la inculpación del acusado, y la de procurador en el proceso penal, en el ejercicio de esta última puede convertirse en parte procesal del procedimiento penal.

Es más, si el acusado se declara culpable, se le capacita, aunque con ciertos límites, para dictar una orden de castigo que será controlada por el Ministerio Fiscal.

El Tribunal concluyó que el fiscal de distrito había actuado con suficiente independencia, no había operado como juez sino como funcionario al que se le autoriza el ejercicio de ciertas funciones judiciales. Formalmente se considera que dependen del fiscal general, que a su vez está adscrito al Ministerio de justicia, subordinado a aquél y

(10) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 182.

(11) Vid. comentario en esta *Revista*, vol. 8 (1981), págs. 245-247, a la sentencia de 4 de diciembre de 1979.

al Gobierno. El Tribunal evaluó las facultades específicas ejercidas en el caso y comprobó que únicamente se llevaron a cabo dos de las autorizadas por el ordenamiento interno. El acusador había cumplido primero su misión de investigación y posteriormente había actuado como fiscal en el procesamiento.

El Tribunal valoró positivamente el hecho de que no interviniera en calidad de parte procesal, por ello estimó que sólo esa eventualidad podría atentar contra su imparcialidad (12).

Hubiese sido conveniente que el Tribunal hubiese interpretado con mayor nitidez los aspectos problemáticos que se derivan de la multiplicidad de funciones ejercidas en este supuesto y que en la práctica pueden atentar contra la independencia e imparcialidad del ejercicio de la función judicial cuando se confieren dichas atribuciones a otros funcionarios no pertenecientes a la carrera judicial, y cuya misión se halla influida por su función específica de enjuiciamiento, como lo demuestra este caso en que, según vimos, se le autorizaba siendo miembro del servicio fiscal a ejercer funciones propias del poder judicial y también su subordinación jerárquica al fiscal general quien, a su vez, está supeditado al Ministerio de Justicia y al Gobierno. En estas condiciones se pueden perturbar los principios fundamentales de imparcialidad e independencia, que fueron interpretados con un criterio más restrictivo y exigente en el asunto «Schiesser».

C) *Legalidad de la decisión de internamiento de un enfermo mental:
Duración razonable del procedimiento*

La sentencia de 29 de agosto de 1990 en el asunto «E. c. Noruega» se refirió a la *privación de libertad de enfermo mental* por su peligrosidad que había justificado su internamiento (13).

La legalidad de la decisión de internamiento: El artículo 39 del Código Penal Noruego permitía dicha privación de libertad en calidad de medida de seguridad de carácter judicial. El Decreto de 1961 sobre esta materia confiaba al ministro de Justicia la revisión anual de la

(12) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 182, pars. 37-42.

(13) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 181.

procedencia del internamiento y, en su caso, la eventual modificación del mismo.

Según la Ley de la Administración Pública, se le requiere a que justifique razonadamente la adopción de las medidas, siendo su decisión susceptible de revisión. Al interesado se le permite recurrir ante Consejo real, o bien ante los tribunales ordinarios que son quienes habrán de pronunciarse sobre la legalidad de la medida (14).

El Convenio exige, para que no se atente contra el párrafo 4 del artículo 5, que se provea que sean instancias judiciales las que revisen todos los aspectos cruciales que puedan confirmar la legalidad del internamiento, no pudiendo sustituirse su actuación por otros procedimientos que no revistan carácter judicial, como sería el caso de la intervención de expertos.

El sistema noruego del artículo 39 del Código Penal controvertido autorizaba a las instancias judiciales a decidir sobre el estado mental del interno y sobre su peligrosidad, así como a controlar la legalidad de la actuación administrativa revisando los motivos, que indujeron a la privación de libertad y al reinternamiento del enfermo.

La Comisión se había pronunciado a favor de la alegación del interesado, quien argumentó que la normativa interna no era lo suficientemente clara para que las autoridades judiciales revisaran la actuación administrativa de un modo completo. De hecho, en la práctica no existían precedentes en los que la decisión administrativa se hubiera revocado judicialmente.

No obstante lo expuesto, el Tribunal consideró que la decisión judicial interna podía ser equilibrada y que por tanto no atentaba contra el párrafo 4 del artículo 5 (15).

El carácter razonable de la duración de los procedimientos: En este caso se conjugaron los párrafos 3 y 4 del artículo 5. El Tribunal estimó que las circunstancias concurrentes debidas al conjunto de aplazamientos por: las vacaciones del juez, la dificultad de conectar con el letrado del interesado, la puesta al día del caso, así como un período final de dos semanas que transcurrieron entre la vista y la lectura de la sentencia, atentaron contra el párrafo 5 del artículo 4. Y

(14) *Ibidem*, pars. 51-52.

(15) Informe de 16 de marzo de 1989, en *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 181, pars. 121-145.

declaró que había transcurrido un período total de ocho semanas desde el momento inicial del procedimiento hasta la aplicación de la sentencia. El artículo exige que la revisión se realice con prontitud. En consecuencia el Tribunal desestima oportunamente la argumentación del Gobierno noruego que esgrimía que a la noción no se le debe atribuir un sentido de urgencia (16).

II. DESISTIMIENTO DEL PARTICULAR

Las sentencias de 3 de diciembre de 1991 y de 27 de marzo de 1992 en los asuntos: «Dal Sasso c. Italia» y «Farmakopoulos c. Bélgica».

En estos casos se suscitó el alcance de las declaraciones italiana y belga de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del Tribunal europeo, efectuadas en virtud del artículo 46.

El Tribunal debía pronunciarse sobre las eventuales violaciones de los artículos 6.1 en el asunto «Sasso» y del 5.4 en el asunto «Farmakopoulos», una vez dilucidada la cuestión del desistimiento (17).

Los gobiernos demandados solicitaron al Tribunal que excluyera los asuntos de la lista de casos pendientes, fundándose en ambos casos en el artículo 49.2 del Reglamento interno del Tribunal. El Gobierno belga se amparó, en el caso «Farmakopoulos» en el silencio, ausencia y negativa de cooperación del interesado con el Tribunal europeo y el Gobierno italiano en la ausencia de manifestación de voluntad por parte de la reclamante.

Los dos órganos de control se preocuparon de proteger al máximo la posición del particular.

La Comisión entendió que la imprecisión de la intención de la reclamante en el asunto contra Italia le impedía conocer su intención real, y por ello no podía decidir si el litigio se había resuelto de conformidad con el artículo 49.2 del Reglamento.

A su juicio, la ausencia de una voluntad «clara e inequívoca» no le permitía aceptar un desistimiento implícito, y agregó que debía pro-

(16) *Ibidem*, pars. 63-70 y punto 3 del dispositivo.

(17) Sentencias de 3 de diciembre de 1991 y 27 de marzo de 1992, *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 223-N, par. 11, y n.º 235-A, par. 19.

seguir el procedimiento porque el asunto presentaba un interés general que excedía del caso concreto.

Por otro lado, declaró, en el caso «Farmakopoulos», que el hecho que el caso fuese oído ante el Tribunal sin la presencia del reclamante no equivalía a un procedimiento por falta de comparecencia o en rebeldía («procedure par défaut» «default procedure»), ni tampoco a un desistimiento.

El Tribunal, por su parte, amplió el plazo estipulado en el artículo 33.3.d) de su Reglamento —que prescribe el plazo habitual de dos semanas—, admitiendo que se prolongara hasta cinco meses y medio en el caso «Sasso» y a ocho meses en el caso «Farmakopoulos». La interesada, en el caso «Sasso», no mostró ningún interés en el procedimiento, a pesar de los diversos llamamientos hechos por el Secretario. El Tribunal admitió, por ello, que el desistimiento había sido implícito.

No era posible, entonces, ni lo es todavía hoy invocar el *Protocolo IX* porque éste no ha entrado en vigor y, por consiguiente, al particular se le sigue denegando la legitimación activa plena para elevar por sí solo y directamente un asunto ante el Tribunal, una vez finalizado el procedimiento ante la Comisión. Asimismo, el Tribunal desestimó en ambos casos la prosecución de los asuntos por motivos de «orden público» —según había manifestado la Comisión conforme al artículo 49.4—.

La multiplicidad de asuntos pendientes contra Italia por la violación del artículo 6, le permitían clarificar suficientemente el alcance de las obligaciones que se derivan del mismo artículo suscitado en el caso «Sasso». Y declaró que tampoco procedía, en el caso «Farmakopoulos», porque sólo se suscitaban cuestiones fácticas. en consecuencia, borró ambos casos de la lista de asuntos pendientes aplicando el párrafo 2 del artículo 55 de su Reglamento (18).

(18) El 26 de febrero de 1992 el Tribunal dictó sentencias en los asuntos: «Nibbio, Borgese, Biondi, Mónaco y Lestini c. Italia», *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 228-A; en los asuntos: «Diana, Ridi, Casciaroli, Manieri, Mastrantonio, Idrocalce, señor L. Cardarelli, Golino, Taiuti, Maciarelli c. Italia», *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 229-A y 230, y en los asuntos «Manifattura FL Steffano, Tuotolo, Vorrasi, Capello, Caffè, Roversi S.p.a., Gana, Barabgallo, Cifola, Pandolfelli y Palombo», *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 230-B y 231-A.

En materia de desistimiento podemos concluir, en consecuencia, que las reiteradas comunicaciones del Secretario y la ampliación del plazo habitual son criterios suficientes para justificar la interpretación expuesta y la consiguiente aplicación del artículo 49.4 del Reglamento del Tribunal, siendo imprescindible que el interesado haga constar de forma «inequívoca» su renuncia.

Por último, en el caso «Farmakopoulos» el Tribunal no aceptó globalmente la solicitud de reparación, considerando que la constatación de la infracción debía reputarse como satisfacción equitativa suficiente (19).

III. DERECHO A UN JUICIO EQUITATIVO

A) *El derecho de acceso a un tribunal*

La sentencia de 27 de agosto de 1991 en el asunto «Philis c. Grecia», suscitó el derecho de *acceso a un tribunal* de un ingeniero que reclamaba a la administración griega por impago de un proyecto. El Tribunal declaró que el derecho del particular a que su causa sea oída por un tribunal independiente que decida en los litigios sobre sus derechos civiles es un aspecto del derecho a un juicio equitativo. Admite que el acceso que garantiza el artículo puede ser objeto de ciertas limitaciones pero entiende que no puede ser restringido de un modo o hasta el punto de que se atente contra la sustancia misma del artículo (20).

Según el Derecho interno aplicable —el Decreto núm. 30 de 1956, artículo 2.4— a la asociación profesional —La Cámara Técnica Griega— le correspondía la defensa de los intereses del reclamante y por tanto el acceso a los tribunales. Esta sustitución en la acción se llevaba a cabo en la práctica. Formalmente, el artículo 72 del Código Civil, le permitía interponer directamente una acción para obtener una indemnización. Sin embargo, dicha acción no resolvía la cuestión de los honorarios impagados.

(19) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 235-A, par. 2.

(20) Sentencia de 27 de agosto de 1991, *Publ. Cour Eur. D. H.*, série A, n.º 210, párrafos 30-35 y punto 2 del dispositivo.

El Tribunal estimó necesario analizar la jurisprudencia nacional predominante que, a su juicio, demostraba que se daba prioridad, en la práctica, a la aplicación del Derecho sobre la disposición general del Código civil y, por consiguiente, estimó que la actuación era indirecta y no era realmente independiente. En consecuencia, declaró que la acción indirecta sustitutoria del interesado atentaba contra el párrafo 1 del artículo 6, ya que tenía por efecto denegar al interesado un recurso contra la actuación de las autoridades internas (21).

El Tribunal no quiso suplir, sin embargo, la actuación de las autoridades judiciales internas y por ello no especuló con las conclusiones a las que hubiera podido llegar la jurisdicción nacional. En cuanto a la solicitud de reparación, desestimó el daño material ocasionado por el «*lucrum cessans*» y en cambio valoró la situación síquica del interesado, sus sentimientos de frustración e inquietud prolongada como criterios válidos para declarar procedente la solicitud de indemnización por el perjuicio moral sufrido obligando así al Gobierno griego a reembolsarse las costas y gastos del procedimiento.

B) *Derecho a la defensa*

La sentencia de 19 de diciembre de 1990, en el asunto «Delta c. Francia», suscitó la infracción del párrafo 3, apartado d), del artículo 6.

El interesado argumentó que no se le había permitido ejercer su derecho a la defensa. Esta había sido condenado a tres años de prisión por robo. Su condena penal le había sido impuesta sin permitirle impugnar las alegaciones de una amiga de la víctima.

Las declaraciones de un testigo para que sirvan de prueba fehaciente han de ser prestadas en público ante el acusado y en la sala judicial (22).

En este caso, el testimonio se prestó al iniciarse la instrucción y el acusado no pudo impugnar las declaraciones del testigo de cargo ni interrogarle en un momento ulterior a la declaración efectuada en la fase de investigación policial.

(21) *Ibidem*, pars. 63 y 65.

(22) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 191.

La testigo de cargo fue únicamente interrogada por el policía de seguridad y por el inspector de policía.

No se respetó, por tanto, la exigencia de que el interrogatorio se llevara a cabo ante el juez de instrucción. La defensa sólo presentó sus conclusiones por escrito, sin convocar a los testigos, que citadas por el ministerio fiscal no comparecieron y aunque no lo justificaron, no fueron obligadas a comparecer. Posteriormente, la instancia de apelación tampoco las citó, pese a la solicitud del reclamante que había asimismo instado al Tribunal a que citara a dos testigos de descargo.

En consecuencia, se le negó al interesado y a su letrado el interrogar a los testigos y presenciar su interrogatorio.

El Tribunal declaró que el juez había tenido en cuenta su testimonio, sin más, sin tener en consideración ningún otro indicio, denegándole al interesado impugnar la credibilidad de dicho testimonio, que había sido fundamental a efectos de su condena (23).

Concluyó, por unanimidad, que las graves limitaciones en el ejercicio del derecho a su defensa habían infringido el párrafo 3, apartado d) del artículo 6.

C) *Duración razonable del procedimiento (art. 6.1)*

La sentencia de 19 de febrero de 1991 en el asunto «Viezzler c. Italia», examinó la infracción del *plazo razonable* del párrafo 1 del artículo 6.

El Tribunal delimitó el período que debía ser evaluado y que se inició con la privación de libertad del interesado, el 21 de mayo de 1981, la cual no había finalizado en el momento en que la instancia europea examinó el caso (24).

Reiteró, siguiendo su anterior jurisprudencia, que el carácter razonable ha de apreciarse en función de las circunstancias concurrentes en el litigio y admitió que, en el presente caso, podían ser evaluadas «globalmente», como lo hiciera en el caso «Obermen». El Tribunal

(23) La Comisión en su informe de 12 de octubre de 1989 se había pronunciado únicamente a favor de la infracción de los párrafos 1 y 3 del artículo 6. *Ibidem*, pars. 29-31 y 32 a 38.

(24) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 196-B.

concluyó la violación del párrafo 1 del artículo 6, por el retraso de nueve años y medio de la primera fase del procedimiento, que no podía justificarse por la actitud del interesado, dado que su actuación había sido correcta y no dilatoria (25).

Si bien admitió, que la naturaleza del caso presentaba cierta «complejidad», dados los elementos fácticos concurrentes, pero desestimó que la situación hubiese sido agravada por el comportamiento del interesado.

Declaró, por unanimidad, la violación del artículo y le concedió una reparación por el perjuicio moral sufrido 25.000.000 de liras, desestimando, en cambio, el perjuicio de carácter material por no haberlo probado debidamente y concediéndole, en razón de las costas ocasionados por los honorarios de los letrados, 4.800.000 liras.

D) *Imparcialidad*

La sentencia de 27 de agosto de 1991 en el caso: «Demicolo c. Malta», se refiere a la infracción del artículo 6.1 en un proceso sancionador por difamación al autor de un escrito satírico contra dos parlamentarios. El Tribunal concluyó nuevamente la infracción del artículo 6.1 por la falta de imparcialidad del órgano nacional interviniente (26).

A tal efecto se pronunció, en primer término, acerca de la *aplicabilidad del artículo 6.1*: Fueron aplicados al caso los criterios establecidos en la sentencia «Engel», para desestimar la pretensión del gobierno demandado, de atribuir al procedimiento carácter disciplinario y no penal. Los aspectos sustanciales analizados fueron los siguientes:

1.º La tipificación de la infracción en derecho penal o en el ámbito disciplinario. 2.º La naturaleza de la infracción y la sanción aplicada. 3.º La severidad de esta última.

El Tribunal comprobó que el supuesto infractor no fue objeto de un procedimiento disciplinario en el ámbito parlamentario, sino que al interesado se le sometió a un procedimiento penal. La sanción que

(25) Sentencia de 28 de agosto de 1990, *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 179, y sentencia de 19 de febrero de 1991, cit., par. 17.

(26) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 210.

le fue impuesta había sido lo suficientemente grave y severa para poder calificarla de penal (prisión de 60 días y multa) (27).

Concluyó, en segundo término, una vez decidida la procedencia de la disposición, la violación del párrafo 1. Consideró que la Cámara de representantes había ejercido una auténtica función jurisdiccional, porque se había pronunciado sobre la culpabilidad del reclamante.

Entendió que la imparcialidad del órgano no se había probado debidamente, ya que era suficiente para cuestionar la *imparcialidad*, la mera participación en el procedimiento de los diputados que habían sido objeto de las críticas en artículo litigioso. Admitió, por ello, que el temor del interesado por dicho motivo había sido justificado.

A juicio del Tribunal no procedía el análisis de la infracción del derecho a la inocencia del interesado, cuya prueba correspondía a la víctima, por haber sido ya declarada la infracción del artículo en su párrafo 1. Si bien le confirió el reembolso de las costas devengándole la reparación solicitada (28).

E) *Igualdad procesal de las partes*

La sentencia de 28 de agosto de 1991 interpretó la *igualdad procesal de las partes en la administración de pruebas*: En el asunto «Brandstetter c. Austria» se pronunció sobre la función de los expertos en un procedimiento y el respeto de la igualdad de armas (29).

Los dos procedimientos del caso fueron examinados por separado; se referían a un supuesto fraude en el control de calidad de los vinos. En relación con el primer procedimiento de control de la calidad de los vinos se trataba de clarificar la posición del experto oficial durante el procedimiento y si había o no cumplido su función en el peritaje objeto de litigio. El Tribunal examinó este asunto desde la doble perspectiva de los párrafos primero y tercero del artículo 6.

Estimó que la exclusión del experto designado por el Tribunal en la elaboración del informe inicial no se hallaba justificada en función de la pretensión de «parcialidad» del mismo. El Gobierno argumentó

(27) *Ibidem*, par. 43 y punto 3 del dispositivo.

(28) *Ibidem*, par. 44 y puntos 4 y 5 del dispositivo.

(29) Sentencia de 28 de agosto de 1991, *Publ. Cour Eur., D. H.*, série A, n.º 211.

en función de la coincidencia del lugar de desempeño habitual del empleo laboral de ambos expertos (el designado por el Tribunal y el de la acusación). El Tribunal tuvo en cuenta la significativa falta de objeción de la defensa a su designación, a pesar de que aquél no se había pronunciado a favor del reclamante en su informe. Sin embargo, a su juicio, la desestimación de la solicitud de designación de otros expertos y de un testigo de descargo no había supuesto un atentado contra el carácter equitativo del procedimiento, porque no se pudo probar que el experto hubiese actuado como testigo de cargo ejerciendo una función distinta a la que le incumbía de peritaje (30).

Derecho a convocar e interrogar a los testigos: El Tribunal comprobó que el interesado no había solicitado ni su comparecencia ni que fuera interrogado durante el procedimiento. Era cierto que había instado para que se le consultara el proceso verbal de la degustación. A juicio del Tribunal, dichas manifestaciones eran parte del informe escrito de los expertos y no constituían una prueba concluyente sino sólo *un indicio* (31).

Por ello, excluyó la eventual infracción del principio de la igualdad procesal de las partes. En lo que respecta al derecho a la defensa, el Tribunal consideró conveniente precisar el contenido del principio y señaló que el artículo 6.3 no confiere a la defensa un derecho ilimitado a utilizar cualquier argumento. La noción no puede ampliarse desorbitadamente, de lo contrario, un acusado podría llegar a susstraerse de cualquier acción persecutoria si incitara intencionadamente la sospecha de un comportamiento reprensible de un testigo o de cualquier otra persona que tomase parte en el procedimiento.

El Tribunal declaró, por ello, que corresponde a las jurisdicciones nacionales juzgar si es o no imputable al interesado un comportamiento. En este caso, valoraron negativamente la actitud del interesado, que fue reputada como circunstancia agravante sin que aquél, en su momento, la impugnara (32).

En segundo término desestimó la excepción de no agotamiento previo y examinó la alegación de la valoración del principio de igualdad

(30) *Ibidem*, párrafos 41-47 y punto 7 del dispositivo.

(31) *Ibidem*, párrafos 48 y 49 y punto 1 del dispositivo.

(32) *Ibidem*, párrafos 50-54 y puntos 2 y 6 del dispositivo.

procesal de las partes, en relación con el segundo procedimiento relativo a la alteración de pruebas.

El Tribunal comprobó que su aplicación había sido correcta. Valoró positivamente tanto la posición del experto en el procedimiento como el ejercicio concreto de sus funciones. El Tribunal, en principio, consideró fundadas las manifestaciones de desconfianza del interesado acerca de la neutralidad y objetividad del experto, dado el significativo papel que había ejercido en la acusación de la alteración de las pruebas que se había formulado en función del informe de dicho experto.

El principio de igualdad procesal requiere que las personas intervinientes en el procedimiento, cualquiera que sea su título y cuya intervención sea solicitada por la defensa, deben estar facultadas para operar y ser interrogadas en igualdad de condiciones que los expertos designados por el Tribunal. En consecuencia, el experto designado, en este caso, por el enjuiciado debía haber sido facultado para actuar profesionalmente y no fue suficiente su intervención como mero testigo (33).

El interesado alegó, asimismo, por lo que respecta al procedimiento de difamación, que la decisión del Tribunal se había fundado primordialmente, en las conclusiones del fiscal de la instancia de apelación, sin que se le hubiese siquiera comunicado el contenido de las mismas. La falta de notificación fue valorada positivamente por haber atentado contra la naturaleza contradictoria del procedimiento. El Tribunal europeo reiteró que la noción del derecho a un juicio equitativo es una noción amplia y conlleva el carácter contradictorio del procedimiento, por ello ha de exigirse que las partes —acusación y defensa— conozcan las observaciones y los elementos de prueba de la otra parte para poder comentarlas o impugnarlas.

El Tribunal consideró que existía cierta posibilidad de que se le hubiera autorizado al interesado la consulta, ya que según la Comisión, hubiera sido viable en el segundo procedimiento interno, dado que los argumentos impugnados se reprodujeron en la primera sentencia. No obstante, el Tribunal no compartió su juicio, ya que reputó que analizada la práctica interna ésta no garantizaba adecuadamente

(33) *Ibidem*, párrafos 58-63 y punto 4 del dispositivo.

a los reclamantes la información y noticia del depósito de tales documentos.

Y agregó que la violación había de deducirse de dicha posibilidad «indirecta e hipotética» de contestar eficazmente en dichas condiciones. No podía suplirse de ese modo el derecho a examinar directamente las conclusiones de la acusación y contestarlas (34).

Desestimó, en cambio, la solicitud de reparación a excepción de los gastos, porque el interesado había disfrutado de asistencia gratuita.

V. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DE LOS TRANSEXUALES

La sentencia de 27 de septiembre de 1990 en el asunto «Cossey c. Reino Unido», suscitó el problema social actual y la incidencia en las costumbres morales en los Estados miembros de aquellas personas que deciden cambiar de sexo y los subsiguientes problemas que se suscitan dada la falta de normativa nacional para modificar la documentación y certificados que registran el sexo biológico original del interesado (35).

En este caso se trataba de un varón que había conseguido su transformación social, psicológica y física en mujer.

El Tribunal se pronunció, en primer término, sobre el valor de su anterior jurisprudencia y si estaba vinculado o no por sus «precedentes», en concreto por el asunto «Rees». Admitió con nitidez que no se halla vinculado por su anterior interpretación, si concurren «razones imperiosas» que le obliguen a pronunciarse en un sentido diferente (36).

Esta interpretación se deduce, asimismo, del artículo 51.1 de su Reglamento interno.

Esta declaración parecía augurar que el Tribunal procedería a una interpretación orientadora y clarificadora, sumamente oportuna, en un tema tan actual y todavía no resuelto adecuadamente y de modo uniforme en las normativas nacionales.

(34) *Ibidem*, párrafos 64 a 69 y punto 7 del dispositivo.

(35) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 184.

(36) *Ibidem*, par. 35 y sentencia de 28 de octubre de 1987 en el asunto «Inze», *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 126, par. 41.

Es lógico pensar que los avances técnicos y médicos en esta materia induzcan a las autoridades nacionales a modificar su normativa interna, habida cuenta de la transformación operada en la valoración social que se está desarrollando en estos casos, de la que se hicieron eco en sus votos particulares los jueces Palm, Foighel, Pekkanen y Martens (37).

Pese a lo expuesto y, en cierto modo, anunciado, el Tribunal no se separó abiertamente de su anterior concepción en el asunto «Rees» (38).

Aunque cabe resaltar que la decisión no fue aprobada por una mayoría abrumadora.

El Tribunal no consideró que existiera una obligación positiva a cargo del Reino Unido para garantizar la vida privada del transexual. La interesada había alegado que había sido víctima de una *ingerencia* en el disfrute de su *derecho a la vida privada*, porque se le exigía revelar datos personales íntimos, en cada ocasión, en que debía presentar una partida de nacimiento.

El Tribunal reputó que la negativa de las autoridades internas de expedirle una partida de nacimiento en la que constase su sexo femenino no era contraria al disfrute a su derecho a la vida privada.

La negativa a modificar el registro de nacimiento o a incluir extractos de diferente naturaleza en los textos originales no equivalía, a juicio del Tribunal, a una ingerencia.

El término *respeto* del artículo 8 no precisa con claridad cuáles son las obligaciones positivas que corresponden a los Estados que se modificarán, según sean las circunstancias y condiciones en los Estados miembros. El Tribunal, en este caso, tuvo que conjugar el necesario equilibrio entre el respeto del derecho de los particulares y el interés general de la comunidad. Invocó, al efecto, los tres criterios establecidos en el asunto «Rees»: la anotación en el registro de nacimientos, indicando el cambio de su identidad sexual, sólo podía demostrar su pertenencia al otro sexo después del nacimiento. Era, además, inevitable que el registro fuera público: la anotación del cam-

(37) *Ibidem*, págs. 42-44.

(38) Sentencia de 18 de octubre de 1986, *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 106, pars. 48-51. En relación con la interpretación relativa a la homosexualidad, vid comentario en esta *Revista* al asunto «Dudgeon c. Irlanda», vol. 9, n.º 2, págs. 656-658.

bio no collevaba una modificación radical del sistema, y en consecuencia, ninguna modificación del registro sería suficiente para garantizarle una vida privada íntegra.

El Tribunal, en esta materia, continúa reconociendo un amplio *margen de apreciación* a las autoridades nacionales (39).

Comprobó cierta evolución en la situación de los transexuales en los diferentes Estados miembros, admitiendo los esfuerzos que se han llevado a cabo en el ámbito europeo para armonizar las leyes y prácticas. Aunque se hizo cargo de los problemas que afectan a los transexuales, por su desarraigo.

Sin embargo, se amparó en la falta de uniformidad en las normativas nacionales y en el aspecto técnico, agregando que los avances médicos no habían modificado sustancialmente la situación existente en 1986 cuando dictó su sentencia en el asunto «Rees». Por ello, se limitó a declarar la relevante necesidad de que las Partes adopten medidas jurídicas adecuadas que, sin duda, han de ser revisadas (40). Pero no llegó a pronunciarse sobre la modificación del criterio biológico para la determinación de la identidad del interesado, declarando que, en las presentes circunstancias, las autoridades británicas no habían perturbado su disfrute al derecho del artículo 8.

El Tribunal, en consecuencia, confía que sean las autoridades de los Estados miembros las que examinen permanentemente cuáles son las medidas jurídicas adecuadas, si bien, por otro lado, reitera que el Convenio ha de interpretarse a la luz de las condiciones actuales.

Esta decisión se avienen mal con los criterios auspiciados tanto por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como por el Parlamento Europeo, que han instado a las Partes a suplir las lagunas existentes introduciendo, según la Asamblea, un procedimiento de rectificación del estado civil de las personas, para tener en cuenta su morfología externa, su psiquis y su comportamiento social, o bien, según el Parlamento, ofreciendo como mínimo la posibilidad de un «reconocimiento jurídico» (41).

Este es el sentir más progresista del juez Martens, quien criticó en

(39) *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 184, pars. 42-44 y 38.

(40) *Ibidem*, par. 42, y *Publ. Cour Eur.*, série A, n.º 106, par. 47.

(41) Conseil de l'Europe: Assemblée Parlementaire: *Recommendation 1117 (1989)* de 29 de septiembre de 1989 y la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989: *J. O. n.º C 256, 9.10.1989*, pág. 33.

su voto particular la prudencia del Tribunal, que califica de «extrema» en la interpretación del derecho de familia y sexualidad, considerando que esta circunspección se aviene mal con el objetivo fundamental que ha de inspirar la actuación del Tribunal: la defensa del particular, sin tener que esperar a que los Estados Partes hayan acogido en sus ordenamientos nacionales las nuevas ideas propuestas a nivel europeo. Separándose de la decisión mayoritaria el juez Martens resaltó, con acierto, que el Tribunal ha de tener cuidado de no inclinarse excesivamente y de un modo rígido a favor de los argumentos basados en el particularismo cultural e histórico (42).

En cuanto a la violación del *derecho de la interesada a contraer matrimonio* el Tribunal declaró que el artículo 12 garantiza el «matrimonio» tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. Considerando que las modificaciones legislativas emprendidas en algunos Estados Partes no sirven para erradicar la noción de matrimonio clásico y que el criterio biológico sigue siendo válido y motivo suficiente para determinar el sexo de quien desee contraer matrimonio (43).

(42) *Publ. Cour eur.*, série A, n.º 184, págs. 22-41.

(43) *Ibidem*, pars. 43-48 y punto 2 del dispositivo.

REVISTA DE REVISTAS

