

CRONICA DE LAS DECISIONES DE LA COMISION Y DEL TRIBUNAL EUROPEOS DE DERECHOS HUMANOS

por Fanny CASTRO-RIAL GARRONE (*)

DECISIONES DE LA COMISION DURANTE 1981

Análisis global.

En su sesión de diciembre de 1980, la Comisión acordó la celebración de su 147 sesión plenaria que tendría lugar del 9 al 20 de marzo de 1981. Su 148 sesión tuvo lugar del 4 al 15 de mayo de 1981 su 149 sesión del 6 al 16 de julio de 1981. Su sesión del 5 al 16 de octubre de 1981 (1).

La Comisión registró 400 demandas individuales y aprobó 358 decisiones relativas a la admisibilidad de las demandas, decidiendo la admisibilidad de 16 asuntos, declaró 342 demandas inadmisibles, 40 fueron borradas de la lista de asuntos pendientes, aprobó 10 Informes sobre el buen fundamento de las demandas y celebró 17 vistas contradictorias sobre el buen fundamento y admisibilidad de las mismas (3).

En cuanto a la **composición de la Comisión** hemos de dar noticia que este órgano conforme a lo establecido en el artículo 5(1) de su Reglamento interno, en julio de 1981, procedió a la elección de su Presidente, resultando elegido el danés Carl Aage Norgaard y que sustituía al hasta entonces Presidente Fawcett, que no aceptó una eventual reelección. Como Vicepresidente Primero resultó reelegido el italiano Giuseppe Sperdutti y como Vicepresidente Segundo el alemán Jochen A. Frowein (2).

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

(1) Conseil de L'Europe. Activités du Conseil de L'Europe dans le Domaine des Droits de L'Homme. Au cours de l'Année 1981, Doc. H. (82)2, pp. 3-8.

Conseil de L'Europe, Communiqué du Secrétaire de la Commission Eur. D. H., C(81)19 del 8 de mayo de 1981 y Note d'Information núm. 37, B(81)13 del 9 de abril de 1981.

(2) C(81)40 del 16 de julio de 1981.

(3) Véase Doc. H(82)2, pp. 3 y ss.

LA ADMISIBILIDAD

I. SITUACION DE DETENIDOS

1) T. Mcfeeley y otros contra Reino Unido: Asunto núm. 8317/78.

La reclamación fue presentada por cuatro particulares condenados por la normativa irlandesa de las medidas en período de crisis por actos de «tipo terrorista».

La reclamación se refiere a las condiciones de la detención, el trato de los detenidos y la dirección de la prisión. En cuanto el derecho a su vida privada y familiar la Comisión entiende que ha sido violado por la censura efectuada a su correspondencia y por carecer de un recurso interno efectivo en la normativa irlandesa.

La Comisión declaró la admisibilidad de estas reclamaciones. Desestimó en cambio la reclamación basada en el artículo 9 del Convenio por interpretar los recurrentes excesivamente ampliamente el contenido de la disposición, exigían el derecho a un estatuto especial por tratarse de prisioneros políticos. La Comisión, en su decisión parcial, entendió que este derecho no se protege en el Convenio.

Desestimó la alegación presentada en base al artículo 3, que no se infringe por la imposición de sanciones continuas y cumulativas.

2) Kröcher y Möller contra Suiza: Asunto núm. 8463/78.

La Comisión declaró el 9 de julio de 1981 la admisibilidad de la demanda número 8463/78 presentada por **Gabrielle Kröcher & Christian Möller** contra Suiza y que plantea problemas de interpretación que inciden en cuanto a las condiciones de la detención y de la defensa. Invocaron el artículo 3 del Convenio.

En cuanto a las condiciones de la detención aducían que habían sido excesivamente rigurosas, incidiendo notablemente en su estado de salud porque fueron recluidos y totalmente aislados del exterior.

3) P. Fell contra Reino Unido de Gran Bretaña: Asunto núm. 7878/77.

La Comisión celebró el 13 de marzo de 1981 la vista a puerta cerrada sobre el buen fundamento de la demanda núm. 7819/77, J. J. Campbell y sobre la admisibilidad y el buen fundamento de la demanda núm. 7878/77, presentada por P. Fell contra el Reino Unido.

La reclamaciones se referían a la presunta infracción de las autoridades inglesas del artículo 6 del Convenio en supuestos de disciplina penitenciaria y la eventual infracción de la disposición invocada en combinación con el artículo 8, que garantiza el derecho a la vida privada, por la negativa del derecho de acceso a un tribunal, y a consultar un abogado sin testigos en uno de los supuestos.

Fell reclama respecto de la última disposición invocada, el derecho a recibir visitas, y aduce que no pudo impugnar las presuntas violaciones ante una autoridad nacional, infringiéndose, por tanto, el artículo 13 del Convenio.

HECHOS

Los recurrentes habían estado implicados en un incidente acaecido en la prisión de Albany el 16 de septiembre de 1976, con motivo de la manifestación de seis detenidos, se produjo un enfrentamiento entre éstos y los guardianes, resultando heridos Campbell y Fell.

Posteriormente fueron acusados de amotinamiento o de incitación al mismo. A Campbell se le negaron seis o cinco días de remisión de pena (loss of remission) y se le impusieron 105 días de régimen de celda.

Los recurrentes reclaman por no haber disfrutado, de las garantías exigidas en el artículo 6, ante la Comisión de inspección de prisiones. A pesar de que se trataba de una acusación en materia penal y a pesar de la gravedad de las penas que les fueron impuestas como resultado del procedimiento impugnado.

Reclaman por la falta de asistencia de letrado, así como por la negativa de las autoridades penitenciarias para que fuesen examinados por un médico independiente.

En cuanto a la falta de acceso ante un Tribunal, que sería declarada admisible por la Comisión, los recurrentes sostuvieron que antes de poder consultar a un abogado para iniciar una acción reclamatoria por los daños corporales sufridos. Sólo pudieron plantear sus reclamaciones mediante la vía del servicio penitenciario, ya que el procedimiento al efecto exigía la aplicación de la regla de «investigación interna previa».

El gobierno interpreta al regla en el sentido de que faculta a las autoridades penitenciarias a remediar cualquier tipo de irregularidad, que se justifica en aras de una buena administración de prisiones, y según el gobierno puede que la asistencia de letrado se halle diferida pero en ningún caso prohibida.

Fell aducía que se había ingerido en su derecho a la vida privada por haber sido obligado a consultar a su abogado en presencia de testigo, así como por las restricciones que se le imponían respecto a la visita de determinadas personas. El gobierno justificó la razonabilidad de la restricción para la defensa del orden y la libertad de terceros en una sociedad democrática y añadió que se hallaban «previstas por la ley» conforme al artículo 8 (2). El gobierno inglés solicitó que se aplicase al artículo 29 que faculta a la Comisión para declarar la inadmisibilidad de la reclamación individual, «si en el curso de su examen, comprueba la existencia de uno de los motivos de no admisibilidad previstos en el artículo 27». El motivo que aducía el gobierno era el previsto en el artículo 26 y en el párrafo 3 del artículo 27, es decir, el no agotamiento, se refiere a Campbell, quien según el gobierno, disponía de una acción de «certiorari».

Según el gobierno, los recurrentes no pueden exigir la aplicación del artículo 6 por tratarse de un procedimiento disciplinario, y añade que en cualquier

caso los recurrentes podían haber impugnado la decisión de la Comisión de inspección.

La Comisión declaró admisibles las reclamaciones de Fell, relativas a la posibilidad de consultar un letrado, el derecho de acceso ante un Tribunal y el derecho a ser examinado por un médico independiente (arts. 6, 8 y 13), en virtud de la regla de presentación de las reclamaciones ante las autoridades de la prisión (6).

II) REGULARIDAD DE LA DETENCIÓN

1) De Jong y Baljet contra Países Bajos: Asuntos núms. 8805/79 y núm. 8806/79.

El 7 de mayo de 1981 la Comisión celebró la vista en el asunto «De Jong y Baljet contra Países Bajos» en el que se suscitaba la posición del **auditor militar**, de conformidad con la **Ley de Administración de Justicia** en las Armas de tierra y mar holandesas. Es decir, la eventual violación de los artículos 5(1) c (3) y (4) del citado artículo del Convenio.

El 7 de mayo de 1981 la Comisión europea celebró la vista contradictoria en este asunto.

La Comisión declaró la admisibilidad de las reclamaciones presentadas por De Jong y Baljet contra los Países Bajos. Los recurrentes habían sido llamados para prestar su servicio militar en enero de 1979, adujeron ser objetores de conciencia para eximirse de su cumplimiento y se negaron a obedecer las órdenes militares.

La ley relativa a la Administración de la Justicia en las armas de tierra y aire prevé el arresto de las personas contra las que se lleve a cabo un procedimiento criminal por casos como el presente.

El superior militar de los recurrentes ordenó su arresto, siendo presentados posteriormente al Auditor militar. El superior militar remitió el expediente a la jurisdicción militar. El procedimiento militar fue sobreesido y los recurrentes fueron finalmente eximidos de la prestación del servicio militar después de su puesta en libertad.

Los recurrentes en su demanda ante la Comisión adujeron la violación del párrafo 1 c) del artículo 5 que dispone un supuesto de la privación de libertad.

Los recurrentes sostenían que el mantenimiento de la disciplina entre militares no puede considerarse encuadrado en la citada disposición.

Así mismo aducían que su causa no había sido llevada ante una autoridad independiente conforme a lo exigido por el párrafo 3 del artículo 5, que requiere que se trate de un magistrado del Ministerio público. Los recurrentes habían sido llevados ante el Auditor militar 6 y 11 días después de su detención.

El Auditor militar no puede, en su opinión, considerarse como «magistrado habilitado por la ley para ejercer la función judicial». Por su parte, el gobierno sostuvo que el «Auditor militar» cumplía las exigencias formales y substanciales que requiere la independencia de la autoridad que juzga una causa. Los recurrentes

(4) Véase Doc. H(82)2, p. 3.

JURISPRUDENCIA

invocan el artículo 5, en su párrafo 4, porque se les negó la posibilidad de recurrir contra la decisión de privación de libertad, hecho que les faculta a exigir una reparación a cargo del gobierno demandado. Este, por su parte, impugna la alegación debido a que el Auditor militar gozaba de plenos poderes para ordenar la puesta en libertad de un acusado, antes de que se celebre la vista y con posterioridad a su «renvoi en jugement».

El acusado podía ser puesto en libertad a petición del juez de instrucción militar, a petición propia o de su abogado.

Aducen, por último, que en base al artículo 18 y en su calidad de objetores de conciencia debían haber sido eximidos de su servicio militar a partir del momento en que han presentado una solicitud razonada para dicho fin.

El gobierno, en sus alegaciones, sostuvo que los recurrentes habían incumplido la exigencia del previo agotamiento de los recursos internos establecida en el artículo 26, indicaba al efecto el recurso de que disponían los demandantes: «acción civil» conforme al artículo 1.401 del Código Penal holandés.

La Comisión, en vista de las alegaciones de las partes decide la admisibilidad de las reclamaciones de los recurrentes y procederá a examinar el fondo del asunto.

Esta decisión de admisibilidad no prejuzga en absoluto el buen fundamento de las reclamaciones. Si no mediase una conciliación entre las partes, artículo 28, la Comisión dirige su Informe al Comité de Ministros, artículo 30. (8).

2) Las doce demandas restantes declaradas admisibles se refieren a trabajos forzados y obligatorios demandas núms. 8919/80: X contra Bélgica.

- Regularidad de la detención: núm. 7090/75 D contra Reino Unido y número 9019/80, Luberti contra Italia.
- Duración excesiva del procedimiento: Núm. 8737/79, Zimmermann y Steiner contra Suiza.
Núm. 8261/78, Kofler contra Italia.
Núm. 8398/78, Minelli contra Suiza.
- Vida privada: Núm. 8691/79, Malone contra Reino Unido.
- Libertad de correspondencia: Núm. 7990/77 C. contra Reino Unido.
- Libertad de expresión: núm. 8734/79, Bartnild contra República Federal de Alemania (9).

En la próxima crónica haremos referencia a las Resoluciones del Comité de Ministros aprobadas en aplicación de los artículos 32 y 54 del Convenio: DH(81)1, Asunto Kaplan; DH(81)2, Asunto Hamer; DH(81)7, Asunto Caprino; DH(81)9, Asunto Schertenleib; DH(81)10, Asunto Ventura; DH(81)12, Asunto Bonazzi.

(5) Véase Doc. C(82)37 del 16 de julio de 1981.

(6) Véase Doc. H(82)2, p. 4.

DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DURANTE 1981 (II)

En la presente crónica (10), relativa a las decisiones del Tribunal europeo en 1981 (II), analizaremos las sentencias del 13 de agosto de 1981, relativa al asunto **Young, James y Webster** presentada contra el Reino Unido de Gran Bretaña y conocida por el asunto de «Closed Shop» y que presenta problemas en cuanto a la libertad de sindicación, en este asunto en concreto se plantea si el derecho a la libre sindicación garantiza así mismo el derecho a no sindicarse. En segundo lugar, examinaremos la sentencia del 22 de octubre en el Asunto **Dudgeon** cuya significación es digna de resaltar por la postura innovadora que adopta por vez primera el Tribunal en relación al conflictivo tema de la homosexualidad y que se presentó contra Gran Bretaña. En esta decisión observaremos los desarrollos personales que los jueces efectuaron respecto de la decisión mayoritaria.

En tercer término haremos referencia a la sentencia del 27 de noviembre de 1981, en el asunto **Winterwerp**, cuya sentencia relativa al fondo y que se comprobó la violación por las autoridades holandesas de los artículos 5(4) y 6(1) del Convenio por el ilegal reinternamiento del recurrente en un establecimiento psiquiátrico en Holanda y que hemos examinado al analizar la ilegalidad de la privación de libertad. En la presente crónica nos referiremos únicamente a la aplicación del artículo 50 en el citado asunto, así como la decisión respecto de este tema aprobada en el asunto **Airey**, sentencia del 6 de febrero de 1981 (11). Indicaremos que el Tribunal el 20 de octubre de 1981 celebró las audiencias en el Asunto **Van Droogenbrdech** presentado contra Bélgica y en el que se plantea la eventual violación de los artículos 5 en sus párrafos 1 y 4, porque la privación de libertad fue ordenada por el Ministro de Justicia, y es inapelable, también, aduce la violación del artículo 4(1) y (2), conforme al Informe de la Comisión no hubo violación de las siguientes disposiciones, artículo 5(1) y (2) y, en cambio, hubo violación del párrafo 4 del artículo 5.

Asuntos trasladados ante el Tribunal durante 1981. Al Tribunal le han sido elevados los siguientes asuntos durante 1981: Asunto **Corigliano** contra Italia, en el que se suscitaba la eventual violación del artículo 6(1) derecho del recurrente a «un juicio equitativo», y que según el Informe de la Comisión hubo una violación del artículo 6(1) (13).

El asunto **Foti y otros** contra Italia que se refiere a la duración indebida del procedimiento por el reenvío a otra jurisdicción y que atentaría contra la disposición del artículo 6 (14).

(7) Véase Doc. C(81)20 del 15 de mayo de 1981.

(8) Véase Doc. H(82)2, p. 4.

(9) Véase Doc. H(82)2, párrs. 4-8.

(10) Respecto de las sentencias del 6 de mayo de 1981 en el Asunto **Bucholz**, de 18 de noviembre en el Asunto «X contra Gran Bretaña» y 23 de junio en el Asunto «Le Compte, Van Leuren y De Meyere contra Bélgica» nos remitimos a la crónica aparecida en esta Revista, volumen 9, núm. 1, pp. 309-319.

El asunto **Adolf** contra Austria, en el que la Comisión se pronunció en su informe respecto a la violación de las autoridades austriacas del derecho del recurrente a ser presumido inocente, violándose el párrafo 2 del artículo 6. En opinión de la Comisión no se infringieron los párrafos 1 y 3, apartado d) del mismo artículo (15).

El asunto **Sporrong y Lönnroth** contra Suecia, y que analizamos al examinar la cuestión relativa al examen de admisibilidad por parte de la Comisión en nuestra crónica de y en el que se constató según ésta la violación del derecho de los recurrentes a «disponer de un recurso efectivo» ante las autoridades nacionales, se desestimaron las alegaciones de presuntas violaciones del derecho de propiedad, artículo 1 del Protocolo núm. 1 de los derechos.

Artículos 17 y 18, del trato discriminatorio, artículo 14 y del derecho a un juicio equitativo, artículo 6(1) (16).

I) DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACION: Libertad de sindicación.

Monopolio de sindicatos en Gran Bretaña: Asunto Young, James y Webster contra Reino Unido de Gran Bretaña.

Los recurrentes, Ian Mclean Young y Nöl Henry James y Ronald Rober Webster habían recurrido ante la Comisión europea por considerarse víctimas de presuntas violaciones de los artículos 9, 10 y 11 del Convenio que garantizan la libertad de pensamiento y de conciencia, la libertad de expresión y la libertad de asociación comprendiendo el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a un sindicato, y, por último, alegaban la inexistencia de un recurso efectivo ante una instancia nacional para reclamar por las violaciones expuestas del Convenio europeo de Derechos Humanos (17).

HECHOS

Este asunto plantea la interpretación del artículo 11(1) que garantiza el derecho a la libre sindicación. Los recurrentes Young, James y Webster reclaman al Gobierno británico por el hecho de haber sido despedidos de la Compañía Ferroviaria Británica por negarse a afiliarse al sindicato formado por tres uniones sindicales que integraban el denominado «Closed Shop». Denunciaban la aplicación de la ley Enmendada de 1974, «Trade Union and Labour Relations Act 'TURA'», modificada por la ley de 1976, que entró en vigor en marzo de 1976 y que declaraba procedente el despido, incluso en circunstancias como en el pre-

(11) Cour européenne des Droits de L'Homme. Sentencia del 13 de agosto de 1981, Asunto **Young, James y Webster**, del 22 de octubre de 1981, Asunto **Dudgeon**. Sentencia del 27 de noviembre de 1981, Asunto **Winterwerp** del 6 de febrero de 1981. Asunto **Airey**, véase esta Revista, vol. 8, núm. 1, pp. 242-245 y 248-250.

(12) Cour européenne des Droits de L'Homme. Communiqué du greffier de la Cour eur. D. H. C(80)51 del 23 de diciembre de 1980.

(13) C(81)12 del 20 de marzo de 1981.

sente asunto en que los recurrentes hubiesen esgrimido motivos «razonables» para justificar su actitud de negarse a la afiliación obligatoria, a uno de los sindicatos «NUR», «TSSA» o «ASLEF» como condición de empleo para el personal de determinadas categorías, esta estipulación se hacía constar en todo contrato de trabajo. Invocaban al efecto los artículos 9 y 10 del Convenio que garantizan el derecho a la libertad de expresión y la libertad de asociación garantizada por el artículo 11. En cualquier caso, aducían los recurrentes, la ausencia en el ámbito inglés de un recurso eficaz para impugnar la improcedencia del despido (artículo 13 del Convenio). La Comisión, en su Informe sólo admitió la alegación relativa al derecho a la libre sindicación, pronunciándose únicamente en este aspecto de la reclamación en favor de los recurrentes (18).

DERECHO

1) Procedimiento ante la Comisión.

En el informe de la Comisión del 14 de diciembre de 1979, se pronunció a favor de las reclamaciones de los recurrentes por entender que carecieron de un recurso eficaz en el ámbito interno para impugnar el despido según ellos improcedente de que fueron objeto. La Comisión interpretó que el objetivo de la disposición del artículo 11 es el proteger «la libertad» y en el contexto debe entenderse como la libertad de afiliarse o no a un «sindicato», y para ello, examinará si la afiliación le beneficia o no al interesado. Se protege la libertad de los particulares a analizar la conveniencia u oportunidad de afiliarse a un sindicato dado.

La Comisión consideró que el Gobierno inglés debía responder de las acciones cometidas por la Compañía Ferroviaria Británica, y a la luz del Convenio lo relevante (19), la actuación impugnada, debía analizarse desde la eventual infracción o no del Convenio en relación con el derecho a la libre sindicación, siendo irrelevante al efecto la procedencia o improcedencia del despido de conformidad con la legislación inglesa vigente. La Comisión concluyó que se había infringido la disposición controvertida, puesto que no se había respetado la libre relación que conlleva implícita la noción de «asociación». Y que no encontraba, en su opinión, la coacción impuesta a los tres trabajadores ingleses justificación alguna.

Esta opinión no la suscribió el propio Presidente de la Comisión, quien de conformidad con el artículo 31(1) emitió un voto particular en el que se manifestó contrario a la infracción del derecho a la libre asociación, puesto que aunque el despido no fuese compatible con lo estipulado en el artículo 11 en su primer párrafo, la previsión que este mismo artículo prevé en su 2.º párrafo justificaba el despido «en aras a la protección de los derechos y libertades de otros». En su Informe, la Comisión decide:

- 1) Que hubo infracción del artículo 11 (14 votos frente a 3).

(14) C(81)29 del 11 de junio de 1981.

(15) Communiqué du greffier de la Cour Eur. D. H. C(80)50. El tribunal dictó sentencia en este asunto 26 marzo de 1982.

- 2) Que no procedía el examen combinado de los artículos 9 y 10.
- 3) Que no hubo infracción del artículo 13 (por 8 votos frente a 2 abstenciones).

La Comisión, por tanto, en su Informe aclaró la noción de **libertad de asociación** entendida en interacción con la **libertad de terceros**, estimando que en el ámbito laboral debe prevalecer la **solidaridad** plenamente necesaria para la consecución de reivindicaciones laborales, los trabajadores deben actuar solidariamente para obtener un mayor peso específico y mayor fuerza frente al empleador o patrono, es imprescindible una perfecta unión laboral a la hora de negociar las reivindicaciones que promueve el sindicato.

Por consiguiente, los trabajadores deben compartir todas las obligaciones y esfuerzos que implica la actividad sindical para de esta forma tener derecho a beneficiarse de las conquistas o metas alcanzadas por el sindicato (20).

2) PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL

A) **En cuanto a la violación del artículo 11:** El Tribunal es llamado a dilucidar si el artículo 11 garantiza la libertad **«positiva»** de asociación, incluido el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al **«derecho negativo»**, es decir, el no estar obligado a asociarse a un sindicato.

Los recurrentes invocaban un auténtico «derecho negativo».

2. El Tribunal, en su sentencia del 13 de agosto de 1981, interpreta el contenido del concepto del derecho que garantiza el artículo 11, que estipula: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses».

a) Como es habitual, el Tribunal descarta la posibilidad de analizar la institución impugnada como derecho interno, es decir, el sistema del **«closed-shop»** y se limita a examinar la libertad garantizada por el Convenio. Y si la obligación que pesaba sobre los recurrentes de afiliarse a un sindicato dado era compatible o no con el contenido de la libertad de asociación, es decir, si el despido en supuestos de negativa de los trabajadores británicos para afiliarse era o no legítimo (21). No le corresponde analizar el sistema en cuanto tal ni sus posibles repercusiones, sino que deberá limitarse a analizar las **incidencias del sistema «sobre los recurrentes»**, **«El Tribunal debe limitarse lo más posible, sin olvidar el contexto general, a examinar los problemas que suscite el caso concreto que se le ha presentado»** (sentencia del 6 de noviembre de 1980) (22).

b) El Tribunal se detuvo a analizar si los recurrentes habían padecido una auténtica «coacción», al verse obligados a afiliarse, y en este sentido el Tribunal

(16) Véase RIE, volumen 8, núm. 1, pp. 239-241.

(17) Communiqué du greffier Cour Eur. D. H. C(81)35 del 6 de julio de 1981 y C(81)43 del 13 de agosto de 1981, C(81)8 del 3 de marzo de 1981.

(18) Cour Européenne D. H. Sentencia del 13 de agosto de 1981, párrafos 12 a 42, pp. 4-13.

interpretó que habían padecido un grave constreñimiento que amenaza realmente su derecho a la libertad de asociación. El posible despido en supuestos de no afiliación implicaba la pérdida de los ingresos económicos de subsistencia y ello constituía sin duda una coacción grave que anulaba el derecho protegido por el artículo 11. En otras palabras, la procedencia del despido en dichos supuestos de oposición de los particulares a someterse a una sindicación dada y que les era impuesta implicaba en sí misma y por sí sola considerada «una auténtica amenaza contra la substancia misma de la libertad garantizada». Y la infracción se producía con total independencia del hecho de que los recurrentes estuvieran facultados a auxiliarse a un sindicato elegido por ellos. Puesto que esta elección revestía sólo un carácter suplementario, dado que a pesar de estar afiliados a un sindicato de su elección sino se afiliaban a uno de los sindicatos que constituían el sistema de «closed shop» se derivaba como **«incidencia inmediata»** respecto de los recurrentes el despido obligado de conformidad con la ley de 1974 enmendada (23).

El Tribunal desestima la alegación gubernamental británica que sostenía que el artículo 11 no protegía el derecho a no verse obligado a afiliarse a una asociación determinada, razonamiento que justificaban en base a la intención de los propios redactores del Convenio. Otro aspecto del presente asunto que examinó el Tribunal fue la limitación en la elección de los sindicatos. **«Un individuo no goza de su derecho a la libertad de asociación si la libertad de acción o de elección de que dispone se manifiesta inexistente, o reducida hasta el punto de carecer de utilidad».** (Asunto Airey) (24).

El artículo 11 no autoriza que el derecho a la libre asociación se vea perturbado con la coacción ejercida sobre la obligada pertenencia a un sindicato dado. En este sentido: Sentencias del «Asunto Lingüístico Belga», «Golder» y «Winterwerp» (25). **werp»** (25).

narios que desestimaron la conveniencia de incluir en el proyecto la disposición prevista en el párrafo 2 del artículo 20 de la Declaración Universal. «nadie podrá verse obligado a formar parte de una asociación».

El Tribunal desafortunadamente no consideró necesario examinar esta cuestión, aunque recuerda que, como ya había manifestado en su sentencia del 27 de octubre de 1975, la libertad de asociación contiene un aspecto particular, y es el **derecho de fundar sindicatos y afiliarse «Una cierta libertad de elección en cuanto al ejercicio de esta libertad se halla implícita».**

B) En cuanto a si el establecimiento del sistema del «closed shop» era compatible con la disposición del párrafo 2.º del artículo 11: El Tribunal subraya que no es de su competencia examinar el sistema de «closed shop» en cuanto tal, estima que su examen se debe limitar a dilucidar si el sistema del «closed shop» tal y como fue impuesto a los recurrentes debía reputarse como una **«medida**

(19) Ibidem, párrafos 45-47, pp. 14-15.

(20) Ibidem, párrafos 45-47, pp. 14-15.

(21) Ibidem, párrafos 50-65, pp. 16-21.

necesaria en una sociedad democrática... para proteger los derechos y libertades de terceros».

Es decir, si la medida impuesta podría justificarse en aras al párrafo 2 del artículo 11. Para ello el Tribunal analiza si el perjuicio causado a los recurrentes era razonable, en aras al fin perseguido.

¿La necesidad de la restricción impuesta a los recurrentes hacía lícito el despido de éstos? Según el Tribunal, los sindicatos de ferroviarios hubieran podido luchar por la defensa de los intereses de sus miembros mediante el acuerdo con la British Rail, incluso en el supuesto de que la legislación vigente no hubiese permitido constreñir a la adhesión a los empleados no afiliados por objeciones de la índole de las presentadas por los propios recurrentes.

En cuanto a la obligación de afiliarse: Comprueba el Tribunal que la opinión mayoritaria vigente en los sindicatos es rotundamente contraria al despido de aquellos trabajadores que se negasen a afiliarse por motivos razonables, a un sindicato que les es impuesto.

En 1975 los sindicatos designados ya integraban a más del 95 % del personal de la Compañía Ferroviaria Británica. El Tribunal consideró que no existía **proporcionalidad**, en el presente asunto, entre el daño ocasionado a los recurrentes y la necesidad de combinar equilibradamente los distintos intereses en litigio, entendió que el perjuicio impuesto, es decir, el despido improcedente de los recurrentes no se justificaba en aras de los intereses perseguidos, de modo que implica la infracción por parte de las autoridades británicas del derecho a la libre asociación que no era necesario en el presente asunto limitarlo para proteger los intereses de terceros.

A pesar del «margen de apreciación» que gozan los Estados, el Tribunal no puede reputar «necesarias las restricciones incriminadas» (26).

C) **En cuanto a la violación de los artículos 9 y 10:** En contra de la opinión manifestada por la Comisión en este aspecto, el Tribunal se pronuncia respecto a la procedencia de examinar este asunto a la luz de las citadas disposiciones. Por entender que el artículo 11 puede ser analizado a la luz de dichas disposiciones, debido a que el propio artículo protege también dichas libertades, que constituyen objetivos de la misma disposición, por tratarse de derechos cuya interconexión es evidente y que no pueden ser olvidados al analizar el artículo 11, cuya infracción ya comprobó previamente el Tribunal.

D) **En cuanto a las restantes reclamaciones:** Artículos 9, 10 y 13 (28). El Tribunal decidió por unanimidad que no era necesario analizar las restantes alegaciones una vez comprobada la violación del artículo 11.

E) **En cuanto a la eventual aplicación del artículo 50:** Los recurrentes, apoyándose en el artículo 50 del Convenio solicitaban al Tribunal una justa reparación por los daños sufridos y por los gastos ocasionados con motivo de litigio.

(22) *Ibidem*, párrafo 47, p. 15.

(23) *Ibidem*, párrafo 65, p. 25.

El Tribunal decide que no se halla esta cuestión en estado y se reserva su aplicación, entiende que quien deberá examinar la reparación será la Sala del Tribunal que examinó inicialmente la demanda, que remitió el asunto dada su complejidad al Pleno del Tribunal (29).

F) En esta sentencia cabe destacar, 1) los **Votos Concordantes** de 7 jueces y el voto particular del Juez **Evrigenis**, por otra parte.

Los primeros subrayaron que en cuanto a la libertad sindical de la que forma parte la libertad de asociación en el monopolio sindical en el caso concreto anulaba la libertad de asociación porque ésta implica «**la libertad de elección y ésta es inexistente en este tipo de sistema**».

El Juez **Evrigenis**, aunque está de acuerdo con la opinión de la violación del dispositivo no cree que el Tribunal debería proceder «de oficio» a examinar el artículo 11, en su párrafo 2 (30).

2) **Como voto particular contrario**. Cabe destacar la opinión de **Sørensen y Thor Vilhjalmsen y Lagerrew**, que se manifiestan en contra de la interpretación extensiva del artículo 11, por entender que la solución adecuada no es esta interpretación, sino que en el presente asunto debería haberse protegido «**la seguridad al empleo**» que al no hallarse protegido en el Convenio será competencia de cada Estado el prever su regulación específica en el derecho nacional (31).

II. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: HOMOSEXUALIDAD EN IRLANDA DEL NORTE: Asunto **Dudgeon** contra Gran Bretaña.

HECHOS

El recurrente, **Jeffrey Dudgeon**, de nacionalidad británica, residente en Irlanda del Norte, alega que el derecho interno inglés que tipifica y penaliza las relaciones sexuales entre homosexuales adultos que presten su consentimiento infringe el derecho a la vida privada, garantizado en el artículo 8 del Convenio. Invoca así mismo el artículo 14 del Convenio, por recibir un trato discriminatorio y con mayores restricciones en comparación al que se confiere a los homosexuales en otras regiones del Reino Unido, así como a los homosexuales y heterosexuales en Irlanda del Norte.

La Comisión elevó el asunto ante el Tribunal el 18 de julio de 1980. El Tribunal, en su sentencia del 22 de octubre de 1981 se pronuncia a favor del recurrente, entendiendo que se ha violado su derecho a la vida privada mediante la normativa

(24) Cour Eur. D. H. Sentencia del 9 de octubre de 1979. Asunto **Airey**, Serie A, núm. 32, p. 12, párrafo 24.

(25) Cour Eur. D. H. Sentencias del 23 de julio de 1968, del 21 de febrero de 1975 y 24 de octubre de 1979. Serie A, núm. 6, p. 32, párrafo 5, núm. 18, p. 19, párrafo 38, núm. 33, p. 24, párrafo 60. Nuestra Constitución garantiza expresamente el derecho a negarse a la asociación en los artículos 28 y 127 de la Constitución española de 1978.

(26) Cour Eur. D. H. Sentencia del 13 de agosto de 1981, párrafos 58-65, pp. 19-21.

JURISPRUDENCIA

vigente en Irlanda del Norte, penalizando las relaciones homosexuales de adultos en las que medie su consentimiento.

La decisión la aprobó el Tribunal por 15 votos frente a 4 votos negativos.

El recurrente aducía que el derecho penal vigente en Irlanda del Norte prohibió el llevar a cabo actos homosexuales en privado por adultos del sexo masculino que hubiesen prestado su consentimiento por considerarlo contrario al derecho a la vida privada de conformidad con el artículo 8 del Convenio. Aducía así mismo que los artículos 61 y 62 de la ley de 1861, relativa a delitos contra las personas «**Offences against the Person Act**» y la ley de 1885 que modifica el derecho penal que prohíbe actos indecentes como la sodomía y los atentados contra el pudor cometidos entre hombres, según la ley «**Criminal Law Amendment Act**» impone la pena de prisión de por vida en caso de sodomía y dos años de prisión para los otros delitos.

Dudgeon denuncia que en su calidad homosexual es tratado de forma discriminatoria, contraria al artículo 14 de Convenio si se compara con el trato conferido a otros homosexuales en otras regiones de Reino Unido o a los heterosexuales. Especialmente si se considera que en Inglaterra y en el País de Gales se ha modificado la situación de los homosexuales a partir de 1967, fecha que se aprueba la ley «**Sexual Offences Act**» y que se despenalizan las relaciones sexuales entre homosexuales, siempre que se realicen en privado y mediando el consentimiento, fijándose al efecto la edad de consentimiento en 21 años.

Igual modificación de la ley se produce en Escocia después de la aprobación de la ley de 1980 «**Criminal Justice Scotland Act**».

En Irlanda del Norte a iniciativa del Gobierno británico se intentó modificar en 1970 la legislación vigente en la materia aprobada en los restantes territorios, sin embargo, el Gobierno desistió del empeño un año más tarde después de realizar las oportunas consultas en Irlanda del Norte.

El recurrente se dedicó a promover la reforma de la legislación vigente en Irlanda del Norte en materia de homosexualidad. La policía le interrogó en 1976 por la eventual comisión de delitos homosexuales, siendo llevado el asunto al Fiscal General, sin embargo, no prosperó la persecución contra el recurrente (32).

DERECHO

1) Procedimiento ante la Comisión.

El recurrente presentó la demanda el 22 de mayo de 1977 siendo declarada admisible el 3 de marzo de 1978. Alegaba:

1) Que la existencia en derecho penal irlandés de la penalización del comportamiento homosexual masculino y la encuesta policial de enero de 1976 constituyen un **atentado injustificado contra su derecho a la vida privada**, infringiéndose el artículo 8 del Convenio.

(27) *Ibidem*, párrafos 57 y 66, pp. 19 y 22, respectivamente.

2) Que se producía una **discriminación** contraria al artículo 14 y que se basaba en el sexo, la sexualidad y la residencia de las personas.

3) Solicitaba una reparación.

En su informe del 13 de marzo de 1980, la Comisión decidió que:

a) **En cuanto a las relaciones homosexuales entre menores:** la prohibición legal de actos homosexuales realizados en privado por personas que presten voluntariamente su consentimiento y cuya edad sea inferior a los 21 años no atenta contra el derecho a la vida privada que garantiza el artículo 8 al recurrente (18 votos frente a dos).

Tampoco acepta la alegación del recurrente relativa a la presunta violación del artículo 8 combinado con el artículo 14 (8 votos frente a 1, y 1 abstención).

La Comisión admite que en la conflictiva materia de la homosexualidad los Estados regulen en su ley nacional algunos aspectos de la vida sexual. En estos supuestos se encuadraría la facultad de los Estados de penalizar en su derecho interno las relaciones homosexuales entre menores. En este sentido se prevé el propio párrafo 2.º del artículo 8, que autoriza la intervención de las autoridades internas en la regulación e imposición de limitaciones en el libre disfrute de la vida privada interna, para la protección de la salud pública y de la moral pública.

En esta línea se encuadran también las limitaciones a las relaciones «heterosexuales» entre menores. Lo que realmente preocupa a la Comisión es «la protección del menor», siendo irrelevante la prestación de su consentimiento debido a la elevada susceptibilidad de influencia de que puede ser objeto.

b) **En cuanto a la vida privada y familiar del recurrente: Relaciones homosexuales entre adultos:** La Comisión interpreta que cuando en dichas relaciones la prestación de consentimiento la efectúen personas adultas con más de 21 años, la interdicción legal no es compatible con el artículo 8 del Convenio (9 votos contra 1) (33).

El derecho a la vida privada y familiar se interpreta como integrando el aspecto de la vida sexual como una parte trascendental del derecho a la vida privada en sí misma considerada. Hoy es preciso tener en cuenta la labor que en materia de homosexualidad ha sido llevada a cabo en el seno del Consejo: **La Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del 1 de octubre de 1981** y el **Informe de Voogs** elaborado en el seno de la Comisión de Cuestiones Sociales y de la Salud del Consejo de Europa (34). Son muy esclarecedores en la nueva orientación sobre este tema.

La sentencia del 22 de octubre de 1981 consagra esta **nueva orientación**, no consolidada hasta entonces por el Tribunal, ya que llamado éste a conocer el derecho del recurrente **Van Oosterwijck** contra Bélgica. Este recurrente se había cambiado de sexo y se le negó la posibilidad de ver cambiado su nombre en las actas de registro civil, el Tribunal, a pesar de que el recurrente adujo una auténtica «**muerte civil**» (art. 3), aparte de la infracción del artículo 8, porque se le obligaba a utilizar documentos que no se conformaban con su actual personalidad.

(28) Ibidem, párrafo 67, pág. 22.

(29) Ibidem, párrafos 68-69, p. 22.

En contra de la decisión del Informe de la Comisión que interpretó que al recurrente no se le respetó su derecho a una vida privada y familiar declarando por unanimidad la violación del artículo 8. En cambio, el Tribunal no aceptó esta visión y declaró la inadmisibilidad del argumento debido a la falta del previo agotamiento de los recursos internos por parte del recurrente, declarando la improcedencia del examen de fondo del asunto, porque el derecho interno le ofrecía la posibilidad de presentar una demanda («acción administrativa») que le hubiese permitido modificar su estado civil, sin que fuese todavía necesario acudir a las autoridades internacionales.

La Comisión, por su parte, había admitido que el recurrente podía haber apelado al Gobierno para que le autorizase su cambio de nombre, sin embargo, al recurrente al obligársele a presentar su acta de nacimiento, así como listas administrativas en las que no constaba el cambio operado, hechos que llevaron a la Comisión a decidir que el Estado violaba el artículo 8, a pesar de que no intervenía positivamente en el libre disfrute del recurrente a su vida privada, pero al no actuar diligentemente aceptando el cambio morfológico en el orden interno belga, regulando precisamente el registro de dichos cambios infringía el espíritu del artículo 8 del Convenio (35).

2) **Procedimiento ante el Tribunal:** La Comisión elevó el asunto ante el Tribunal el 18 de julio de 1980. Hay que observar que la Cámara de siete jueces que fue llamada a conocer de este asunto dada la complejidad del mismo y conforme al artículo 48 de su Reglamento interno renunció al examen en beneficio del Pleno.

A) **En cuanto a la violación del artículo 8:** El Tribunal, ante las alegaciones de las Partes está llamado a dilucidar si la prohibición interna, **la penalización de los actos homosexuales es necesaria** o no en una sociedad democrática, conforme a lo estipulado en el párrafo 2.º del artículo 8, que autoriza la injerencia en los supuestos en que: «Esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la protección de la salud o de la moral.»

El Tribunal parte del principio de que las autoridades internas se hallan legitimadas para regular el comportamiento sexual de los nacionales sea éste homosexual o heterosexual, pudiendo penalizar determinados aspectos de la vida sexual. Las autoridades internas tienen limitada su **discrecionalidad**, ya que deberá hacerse para «**proteger el interés público**», y sobre todo «**la protección de los menores**».

En cuanto a la opinión de la Comisión que estima que no es justificable la penalización de este tipo de relaciones cuando se dan entre adultos. El Tribunal declara que **no le corresponde valorar desde un punto de vista moral, este tipo de relaciones, sino que su obligación debe remitirse a examinar si la injerencia practicada en la vida privada del recurrente era o no lícita conforme al artículo 8 (2) (36).**

[30] Voto particular, Liesch, Golcükü, de los jueces Ganshof Van Der Meersch, Bindschedler Robert; Matscher, Pinheiro Farinha y Pettiti, así como el voto particular del juez Evrigenis, opiniones concordantes. Véase, *ibidem* pp. 24-25.

En el presente asunto el Tribunal considera que la tipificación de este tipo de relaciones reparante de manera **«constante y directa»** por su sola existencia en la vida privada del recurrente. («Mutatis mutandis» cita su sentencia del 13 de junio de 1979, en el asunto **Marckx**) (37). Comprueba el Tribunal que en la práctica la legislación litigiosa se aplica en la materia, que no se trata de **«letra muerta»**. Hecho que evidencia la amenaza que pesa sobre el recurrente, siendo una medida de ejecución directa sobre el mismo la encuesta policial de 1976, que implica la violación del derecho a su vida privada y familiar (38).

B) En cuanto a si la medida era o no necesaria en una sociedad democrática: El Tribunal examina las condiciones exigidas por el párrafo 2 del artículo 8, tal y como lo hizo respecto del artículo 11 en el asunto que acabamos de comentar del **«closed shop»**, que cita. Comprueba que se halla regulada por las leyes de 1861 y 1885, respecto a las finalidades de la medida.

En cuanto a la **«necesidad social imperiosa»** de la penalización de las relaciones homosexuales en Irlanda del Norte. El Gobierno la justificaba en base al interés social y moral de la opinión pública que se muestra todavía partidaria de la conservación de las medidas penalizadoras, y la hostilidad manifiesta frente a la programada reforma legislativa. El Tribunal estima que, si bien eran pertinentes en su origen, la realidad social europea se ha transformado.

Conforme a la propia jurisprudencia del Tribunal, hay que valorar **«la necesidad»** en una **sociedad democrática»** de una medida determinada en conexión con el fin legítimo que persigue a la luz del espíritu del Convenio (39).

1. Como había señalado en el asunto **«Handyside»** (40), el Tribunal declara que el adjetivo «necesario» hay que entenderlo de forma estricta en el sentido de una **«necesidad social imperiosa»**.

Es cierto de hecho que el clima moral y social en la materia es muy distinto al imperante en la Gran Bretaña, no puede considerarlos «suficientes» para mantener la penalización de la conducta litigiosa. Hecho que se demuestra, según el Tribunal, en los cambios acaecidos en las distintas legislaciones europeas y en la propia actitud de las autoridades policiales irlandesas que no consideraron procedente continuar persiguiendo al recurrente. La posible incidencia de su despenalización no es suficiente para justificar el mantenimiento de la regulación vigente, la prohibición penal de relaciones homosexuales.

Constata el Tribunal que aunque este tipo de relaciones puede tener ciertas incidencias en la vida de la colectividad, incidencias en la vida privada que pueden ser negativas y perjudiciales en general, y particularmente en los supuestos de personas con tendencias a la homosexualidad, o respecto de los jóvenes.

El Tribunal, por tanto, considera que las reglas jurídicas en litigio son impugnables, pues no autorizan y, además, tipifican las relaciones homosexuales privadas mantenidas por adultos.

(32) Cour Eur. D. H. Sentencia del 22 de octubre de 1981, pp. 1-10.

(33) Ibidem, pp. 10-11, párrafos 34-36.

(34) Conseil de L'Europe. Assemblée Parlementaire. Doc. 4755.

(35) Asunto núm. 7654/76. Van Oosterwijck contra Bélgica, véase Cour. Eur. D. H., Serie A. Decisión de 27 de febrero de 1980 y sentencia de 6 de noviembre de 1980. Véase en esta Revista, vol. 8, núm. 2, pp. 595-596 y vol. 8, núm. 3, pp. 948-952.

C) En cuanto a la «edad de consentimiento» para las relaciones homosexuales:

La Comisión se había manifestado:

En cuanto a la imposibilidad del recurrente de mantener relaciones con menores de 21 años, según ella se justificaba para proteger la moral del menor. El Tribunal declara que **la protección penal del menor corresponde al Derecho interno**. El Tribunal considera que son «las autoridades internas» las llamadas a decidir las medidas necesarias para proteger la moral de los menores; para ello procederán a fijar «la edad de consentimiento» válida para que puedan elegir libremente el tipo de su vida sexual.

El Tribunal decidió por 15 votos frente a 4, que **Dudgeon** sufrió un atentado ilegal contra su derecho a la vida privada y familiar. Las autoridades internas habían infringido el artículo 8. Por 14 votos frente a 5, el Tribunal decidió que no procedía el análisis del artículo 14 (41).

D) En cuanto a la solicitud de reparación del recurrente: El Tribunal decide que no se halla en estado la cuestión y que ésta debe ser decidida por la Cámara que examinó inicialmente el asunto a quien la remite (42).

E) VOTOS PARTICULARES: En su opinión disidente, el Juez **Zekia** se manifiesta contrario a la decisión del Tribunal. Según el Juez **Zekia**, no se han infringido las disposiciones del artículo 8, entiende que persiste la utilidad pública para proteger la moral y los derechos de terceros, y que se justifica el mantenimiento de la actual legislación vigente en Irlanda del Norte.

b) En cuanto a la condición de víctima del recurrente respecto a la violación del artículo 8: En su voto particular, el Juez **Matscher** consideró:

1) Que la invocación que el Tribunal hizo del asunto **Marckx** no podía justificarse. Debido a que las circunstancias del asunto eran diferentes, porque la aplicación de la ley impugnada se le había aplicado directamente a la recurrente. En cambio, en el presente asunto la legislación vigente autoriza la organización de la vida privada.

2) Las exigencias del recurrente van más lejos que la garantía del artículo 8. Puesto que la derogación de la ley en vigor y el reconocimiento de la homosexualidad como equivalente a la heterosexualidad, en su opinión no pueden entenderse protegidas en la citada disposición.

3) No puede reputarse el recurrente «víctima» porque no se le ha injerido en su vida privada (43). En igual sentido se manifestó el Juez **Pinheiro Farinha** en su voto particular (44).

(36) Cour. Eur. D. H. Sentencia del 22 de octubre de 1981, pp. 12-19, párrafos 40-63.

(37) Cour Eur. D. D. Serle A, núm. 31, p. 13, párrafo 27.

(38) Cour Eur. D. H. Sentencia del 22 de octubre de 1981. Conclusión p. 19, párrafo 63.

(39) Ibidem, pp. 13-19, párrafos 44 y ss.

Por su parte, en su voto particular, que manifiesta una opinión parcialmente disidente el juez **Walsh**, manifiesta que el recurrente pretende con su reclamación una «**acción de justicia de alcance general**».

De modo que al carecer el recurrente de la calidad de víctima el Tribunal carece de competencia, puesto que en este ámbito ejercería de lo contrario una competencia de carácter declarativo (45).

c) **En cuanto a la desestimación de la aplicación del artículo 14:** El juez español **García de Enterría** en su voto particular, junto con el juez **Evrigenis**, manifestaron que en su opinión la disposición del artículo 14, al no ser aplicada, conforme al criterio restrictivo sostenido por el Tribunal en la interpretación del artículo 14. En otras palabras, el conformarse descartando el examen del presente asunto sobre la eventual declaración de un posible trato discriminatorio no parece justificable en el espíritu normativo del Convenio. No basta el hecho de que se constate la violación de otra disposición del Convenio para que a pesar de que el trato discriminatorio constituya un aspecto fundamental de la causa. En este caso creemos que el trato discriminatorio existía si se compara con la regulación de las heterosexuales en el mismo país Irlanda del Norte, o comparativamente con Inglaterra y País de Gales, respecto de las propias relaciones homosexuales (46).

El Juez **Walsh**, en su voto parcialmente disidente de la decisión mayoritaria del Tribunal, en cuanto entiende que conforme al propio Tribunal son las autoridades internas las que están mejor situadas para analizar la situación y tienen competencia para legislar en la materia, aunque se cuestiona la proporcionalidad de las leyes en vigor.

Según el Juez **Walsh**, la autoridad interna debe de disfrutar de un «**amplio margen de apreciación**» en el que no se debe intervenir, salvo en el supuesto en que la legislación en cuestión no hubiese debido ser promulgada si se tratase de una colectividad razonable. Teme que la sentencia del Tribunal constituya una declaración en términos que la legislación en litigio que tipifica las relaciones homosexuales que constituyan en la práctica derechos fundamentales.

Aunque en la práctica sea utilizada por quienes -les interesa equiparar las relaciones heterosexuales y las homosexuales. No se puede olvidar el auténtico objetivo del derecho penal que al tipificar conductas determinadas vela por el orden público, pero también salvaguarda los intereses de terceros y protege, por consiguiente, su libertad. En la actualidad el interés público reconoce la **inviolabilidad de la intimidad**, pero referida ésta únicamente respecto de la vida conyugal. El artículo 8(1) debe interpretarse en el sentido de que garantiza la vida privada y familiar como derecho fundamental esto no implica que hoy por hoy en la vida privada y familiar se incluyan este tipo de relaciones (47).

(40) Cour Eur. D. H. Sentencia del 7 de diciembre de 1976, Serie A, núm. 24, pág. 25, párrafo 52 in fine.

(41) Cour Eur. D. H. Sentencia del 22 de octubre de 1981, pp. 19-20, párrafos 64-70.

(42) Ibidem, pp. 20-21, párrafos 71-72.

d) **En cuanto al artículo 14 en combinación con el artículo 8:** La diferente regulación no implica un trato discriminatorio, entre las diferencias estipuladas para la edad de prestación de consentimiento, se trate de la tipificación penal de la homosexualidad masculina y no de la femenina, así como respecto del diferente tratamiento de la homosexualidad frente a la heterosexualidad.

El juez **Matcher** entiende que la diferenciación es legítima que corresponde, en primer lugar, a las «autoridades nacionales» estipular su regulación. Entiende que el Tribunal debía haberse pronunciado respecto del fondo de la reclamación del eventual trato discriminatorio «no puede sustraerse de esta obligación empleando fórmulas que se arriesguen a limitar excesivamente la aplicación del artículo 14 hasta privarle de todo su valor efectivo». Aunque según este juez no puede deducirse la existencia de un trato discriminatorio, porque la problemática de los comportamientos invocados suscita problemas morales y sociales diferentes que justifican un distinto tratamiento penal por razones objetivas.

Y debido a que la diversidad legislativa imperante en un Estado Federal no produce lo que se entiende por «trato discriminatorio» (48).

III. APLICACION DEL ARTICULO 50

A) Asunto *Winterwerp* contra Países Bajos.

En su sentencia del 24 de octubre de 1979, el Tribunal de Estrasburgo había constatado la violación de las disposiciones de los artículos 5(4) y 6(1) del Convenio, por parte de las autoridades holandesas. Se reservó la cuestión de la aplicación del artículo 50. En cambio, en cuanto a la aplicación del artículo 50 el Tribunal en su sentencia del 27 de noviembre de 1981, se ocupa de la aplicación del artículo 50 (50).

La solicitud de reparación formulada por el abogado en nombre de **Winterwerp** se limitaba a cinco puntos en los que se trataba de obtener una satisfacción equitativa mediante la puesta en libertad del recurrente de su post-cura y de su control mediante un servicio social de cura, así como la garantía de que si la puesta en libertad le fuese denegada su reinternamiento se vería asegurado con las debidas garantías procesales.

El recurrente no solicitaba, sin embargo, ninguna compensación pecuniaria, ni por el daño material o moral sufridos.

El agente del Gobierno holandés comunicó al Secretario del Tribunal que se hallaba en vías de consolidación un acuerdo o conciliación entre las partes que se lograría «en pocas semanas» (51). A la luz del acuerdo el Presidente de la Cámara instó al Delegado de la Comisión para que previamente al 13 de noviembre presentase las observaciones oportunas y comprobó que la respuesta del Secretario de la Comisión del 12 de noviembre en nombre del Delegado no proce-

(43) *Ibidem*, pp. 20-24.

(44) *Ibidem*, p. 30.

(45) *Ibidem*, p. 31.

dían las observaciones. Las partes fueron consultadas, y el Tribunal decidió el 23 de noviembre que no procedía una vista oral.

2. CONCILIACION. DERECHO

El Tribunal comprueba que ha mediado el **acuerdo personal** del recurrente en los términos de la conciliación. La firma de éste confirma su aquiescencia, así como la del tutor nombrado por él de conformidad con lo previsto en el orden interno holandés, que exige en los artículos 345 y 386 de su Código Civil, la oportuna autorización a tal fin por parte del Tribunal competente.

El Tribunal analiza si la conciliación se basa en términos que puedan calificarse de **equitativos**. Comprueba la conformidad de la Comisión respecto del acuerdo que media entre las partes.

«El Tribunal encuentra que el acuerdo logrado es de 'naturaleza equitativa' conforme al significado del artículo 50, párrafo 5 del Reglamento del Tribunal». De conformidad, el Tribunal toma nota formal del acuerdo, y concluye que lo apropiado será borrar el asunto de la lista de asuntos pendientes («Mutatis mutandis», art. 47(2) del Reglamento del Tribunal) (52).

Los términos de la conciliación:

D) ...Que, en opinión del Estado holandés, el Estado no puede reputarse a la luz del artículo 50 del Convenio de estar obligado a llevar a cabo las provisiones operativas de los párrafos 1 y 2 del Acuerdo, y que, por tanto, el Estado acepta voluntariamente llevar a cabo dichas provisiones.

E) Que **Winterwerp** no comparte la opinión establecida en el punto (b), y que, según él, en base a la violación del Convenio establecida por el Tribunal europeo, el Estado se halla definitivamente obligado a pagarle una compensación, ésta al menos equivaldrá a la puesta en práctica que el Estado ha aceptado voluntariamente bajo puntos (1) y (2) siguientes:

- Que el Estado y **Winterwerp**, sin embargo, desean evitar procedimientos ulteriores.
- Que las partes, en consecuencia, acuerdan lo siguiente:

G) El Estado promoverá que **Winterwerp** sea puesto tan pronto como sea posible en un establecimiento. El establecimiento estatal psiquiátrico de Eindhoven esté, y permanezca preparado, para procurar a **Winterwerp** tratamiento médico cuando sea necesario.

2) El Estado transferirá el tanto alzado de 10.000 florines (10.000 guilders) al tutor de **Winterwerp** para su readaptación social.

Las partes abajo firmantes declaran que han conseguido un acuerdo amistoso y que no se presentarán nuevas demandas.

(46) *Ibidem*, p. 25.

B) **Asunto Airey contra Irlanda:** 1) El Tribunal, en su sentencia del 6 de febrero de 1981, que se refiere a la cuestión relativa a la eventual aplicación del artículo 50, cuestión que se había reservado en su sentencia relativa al fondo del 9 de octubre de 1979, por no encontrarse la cuestión en estado.

Decide que el Gobierno de Irlanda deberá abonar a la recurrente 3.140 libras, rechazando la reclamación de la recurrente relativa a los gastos ocasionados con motivo de su estancia en Estrasburgo para el procedimiento (53).

La recurrente exigía que el Gobierno le reembolsase los gastos razonables ocasionados con motivo del procedimiento «de separación de cuerpos» llevado a cabo ante las autoridades internas.

En diciembre de 1980, medió un **acuerdo** que el Tribunal consideró «**equitativo**» y declara que no procede su examen (54).

El Tribunal desestima la petición de 1.500 libras solicitadas por la recurrente por su traslado, rechaza así mismo la reclamación presentada por los gastos ocasionados por su estancia en Estrasburgo, puesto que disfrutó la recurrente de asistencia legal gratuita (55).

2. RESOLUCION DH(81)8 DEL COMITE DE MINISTROS aprobada el 22 de mayo de 1981: El Comité de Ministros, en aplicación del artículo 54 del Convenio, invitó al Gobierno irlandés a que le informase de las medidas aprobadas en virtud de las sentencias del 9 de octubre de 1979 y del 6 de febrero de 1981. El Gobierno demandado informó que el 4 de marzo de 1981 abonó a la recurrente la suma que el Tribunal le concedió a título de reparación a la víctima.

Es preciso observar que las modificaciones previstas en el proyecto de ley sobre organización de los tribunales «**Courts Bill**» prevé que el acceso a la justicia sea más rápido, más fácil y menos oneroso.

En diciembre de 1979 el Ministro de Justicia presentó un régimen de asistencia judicial que comprende los litigios del derecho de familia. De forma que el Gobierno irlandés se pretende eximido de las obligaciones impuestas en virtud de la sentencia respecto del artículo 6(1) y 8 del Convenio (56).

(47) *Ibidem*, pp. 32-37.

(48) *Ibidem*, pp. 28-29.

(49) Cour Eur. D. H. Serie A, núm. 33, puntos 1, 2 y 4 y párrafos 35-76. pp. 16-30.

(50) Cour Eur. D. H. Sentencia del 27 de noviembre de 1981.

(51) *Ibidem*, pp. 4-5, párrafos 10-12. Derecho.

(52) *Ibidem*, pp. 3-4, párrafos 7-9.

(53) Cour Eur. D. H. Sentencia del 6 de febrero de 1981, párrafo 14, punto 3 del dispositivo.

(54) C(81)5, del 3 de febrero de 1981.

C(81)6 del 6 de febrero de 1981. Communiqué de presse du greffier de la Cour Eur.

(55) Párrafo 10 de la sentencia y punto 1 del dispositivo.

Párrafos 12 y 13 de la sentencia y punto 2 del dispositivo.

(56) Conseil de L'Europe. Recueil des Resolutions du Comité des Ministres. Adoptées en application de l'article 54 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de L'Homme et des Libertés Fondamentales 1976-1981, Strasbourg, 1981. Resolution D. H. (81)8, aprobada en la 334ª sesión de Delegados de Ministros el 22 de mayo de 1981.

BIBLIOGRAFIA

