

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCIÓN CUARTA

Sentencia 1/2010, de 11 de enero de 2010

Recurso de amparo 3476-2005. Promovido por don J.J.J. frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid que, en grado de apelación, le condenó por un segundo delito de robo con fuerza en las cosas. Vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002). («BOE» núm. 36 de 10 de febrero de 2010)

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera y don Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3476-2005, promovido por don J.J.J., representado por la Procuradora doña M.S.R.C. y defendido por el Letrado don J.H.G., contra la Sentencia núm. 77/2005, de 31 de marzo, de la Sección Segunda de la

Audiencia Provincial de Valladolid (rollo de apelación núm. 211-2005) que le condenaba en apelación, como autor de otro delito de robo con fuerza en las cosas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sección.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 3 de mayo de 2005 se recibió en el Registro General del Tribunal Constitucional escrito remitido por el interno en el Centro Penitenciario de Valladolid, don J.J.J., en el que manifestaba que el 12 de abril de 2005 se le había notificado la Sentencia núm. 77/2005, de 31 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictada en apelación, en la que se le condenaba sin celebración de vista, como autor de un delito de robo con fuerza las cosas, a la pena de un año de prisión, siendo su intención interponer recurso de amparo,

para lo cual solicitaba el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio.

Mediante diligencia de ordenación de la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 2006 se recabó la designación de Abogado y Procurador por turno oficio, correspondiendo la designación a doña M.S.R.C. y a don J.H.G.; haciéndoseles saber el nombramiento mediante diligencia de ordenación de 21 de diciembre de 2006, con concesión de veinte días para interposición de la demanda de amparo.

2. Por razón de demanda presentada el 7 de febrero de 2007 por la antedicha representación del Sr. J.J., se interpuso recurso de amparo, por violación del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) contra la Sentencia núm. 77/2005 de 31 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid.

Los antecedentes del dicho recurso son los siguientes:

a) El 20 de enero de 2005 se incoó por la Comisaría del Distrito de Delicias, de Valladolid, atestado núm. 915-2005, por un robo con fuerza acaecido en el establecimiento «Textil Hogar Santuario» de la c/ Santuario núm. 11 de Valladolid, esa misma noche, y por otro robo con fuerza en el vehículo taxi, marca VW, matrícula VA-...-AD, aparcado en c/ Alonso Pesquera de la misma población, presentándose como detenido a don J.J.J.

Los hechos dieron lugar a diligencias urgentes núm. 3-2005 del Juzgado de Instrucción 3 de Valladolid, el cual, tras practicar las oportunas (decretando la libertad del detenido), dictó Auto de 22 de enero de 2005 ordenando la continuación del procedimiento por el cauce del enjuiciamiento rápido (núm. 33-2005), dictándose Auto de igual fecha en el que se abría el juicio oral, no existiendo conformidad (al acusar el Ministerio Fiscal

por dos delitos de robo con fuerza con agravante de reincidencia, y solicitar dos años de prisión, accesoria, costas y 803 € de responsabilidad civil), por lo que se convocó a las partes a juicio oral para el 31 de enero de 2005, ante el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid.

b) Celebrado el juicio en el día y hora previsto, por Sentencia núm. 50/2005, de 14 de febrero, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid se condenó al Sr. J., como autor de un delito de robo con fuerza las cosas, por la sustracción del taxi de dos tarjetas (una Travel Club y otra Solred), con la agravante de reincidencia y la atenuante de drogodependencia, a la pena de un año de prisión, accesoria, mitad de las costas procesales, e indemnización al propietario del taxi en la cantidad de 87 €, absolviéndole del otro delito de robo con fuerza las cosas (en el establecimiento) del que venía acusado, por falta de prueba.

c) Con fecha 28 de febrero 2005, se interpuso recurso de apelación por la defensa del Sr. J.J., basado en error en apreciación de la prueba, al entender que la indiciaria existente no era unívoca o inequívoca para condenar, por haber transcurrido entre el robo en el vehículo y la detención del recurrente una hora y media, más aún cuando respecto del robo en el establecimiento se apreció la insuficiencia indiciaria. Asimismo, consideraba producida una infracción de las normas del ordenamiento, por la estimación de la agravante de reincidencia, y por la simple apreciación de la drogodependencia como atenuante, en lugar de como eximente (completa o incompleta).

Simultáneamente, el 1 de marzo 2005 el Ministerio Fiscal interpuso otro recurso de apelación, por error en la valoración de la prueba, al entender que las mismas razones (inverosimilitud del relato del acusado, imposibilidad fáctica de su coartada e inmediatez espacio-temporal) que condujeron a apreciar la sufi-

ciencia probatoria respecto del robo con fuerza en el taxi (aprehensión de las dos tarjetas sustraídas a la hora y media del robo), deberían haber conducido a apreciar la autoría del robo con fuerza en el establecimiento (al haberse detenido también al acusado con dos mantas pertenecientes al establecimiento, tan sólo media hora después de dichos hechos); sin perjuicio de que se hayan ignorado otros elementos indiciarios de prueba, como la llamada telefónica a la policía en la que se narra que «un individuo como el acusado, joven, delgado y rubio había golpeado la puerta del establecimiento comercial y lo había abandonado con varias mantas».

En Sentencia núm. 77/2005, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, con modificación de los hechos probados (para incluir la sustracción de dos mantas, con fractura del establecimiento «Hogar Textil Santuario»), estima parcialmente el recurso de la defensa, al entender que no concurre agravante de reincidencia, y estima a su vez parcialmente el recurso del Fiscal, apreciando la comisión de un segundo delito de robo con fuerza las cosas, con atenuante de drogadicción, imponiendo la pena de otro año de prisión, asesoría, costas de instancia, e indemnización en 716,50€ al propietario del establecimiento.

3. El recurrente, en su demanda de amparo, tras exponer cómo el Juzgado de lo Penal en primera instancia le condenó sólo por el robo con fuerza en el taxi, haciendo expresamente constar como «no probada» la sustracción con quebrantamiento en el establecimiento; sin embargo, en virtud del recurso de apelación del Fiscal, la Audiencia, con modificación de los hechos probados, incluyendo la sustracción en el establecimiento, revoca dicho fallo absolutorio y también le condena por el robo con fuerza, estimando para ello, que existían «una pluralidad de indicios no valorados

correctamente en instancia». De ello, concluye el recurrente que se le ha lesionado su derecho al proceso con todas las garantías, puesto que se le ha condenado en segunda instancia penal, en virtud de pruebas personales (testificales de los policías) sin celebración de nueva vista, con detrimento de las garantías de inmediatez y contradicción. Considera asimismo que se ha lesionado su derecho a la presunción de inocencia, al no existir prueba de cargo del segundo delito, ni sobre los hechos objeto de acusación ni sobre la participación en los mismos del acusado. Concluye solicitando la nulidad de la Sentencia de 31 de marzo 2005 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, con suspensión inmediata de sus efectos, a fin de no hacer perder al amparo su finalidad.

4. Por providencia de la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 2007 se abrió el trámite previsto en el antiguo artículo 50.3 LOTC sobre admisibilidad de la demanda; solicitando el recurrente su admisión por cumplir con todos los requisitos formales; e interesando el Fiscal ante el Tribunal la inadmisión, al entender que la modificación de hechos probados no era producto de una dispar valoración de la prueba testifical –como decía el recurrente–, sino de una diversa valoración de los indicios fácticos existentes, que el Juez de instancia consideró únicos y abiertos, mientras que el de apelación los consideró plurales e inequívocos.

Mediante providencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2007, se admitió a trámite la demanda de amparo, formándose la oportuna pieza separada de suspensión, en la que el recurrente de amparo alegó la pertinencia de la misma, dado el carácter efímero de la pena privativa de libertad, no oponiéndose a ello el representante del Ministerio público, por lo que en Auto de 22 de septiembre de 2008 la Sala Segunda del Tribunal Constitu-

cional acordó la «suspensión de la pena privativa de libertad y accesoria inhabilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo impuesta por la Sentencia núm. 77/2005, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid».

5. Por diligencia de ordenación de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2008, se dio nuevo traslado al recurrente y al Ministerio Fiscal de las actuaciones al objeto de que formularan alegaciones, en los términos del artículo 52.1 LOTC.

En escrito presentado el 28 de noviembre de 2008 la Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesaba el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, con anulación de la Sentencia de 31 de marzo de 2005 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, y retroacción de las actuaciones para el dictado de nueva resolución.

Tras la exposición de los antecedentes procesales, y citar las SSTC 64/2008 (FJ 3), 36/2008 (FJ 5) y 28/2008 (FJ 2) sobre «condena en segunda instancia, con modificación de hechos probados, sin celebración de vista, en virtud de prueba indiciaria no personal, rectificando la inferencia del juez a quo», señala la representante del Ministerio público cómo la distinta valoración probatoria y conclusión de la Audiencia, que condujo a la condena, no fue producto –como dice el recurrente– sólo de los indicios derivados de la testifical de los policías, sino de otros indicios dimanantes de la declaración del propio acusado, sin perjuicio de que la penetración con fuerza en las cosas en el establecimiento figurase tanto en los hechos como en la fundamentación jurídica de la Sentencia de instancia recurrida. Sin embargo –considera la Fiscal– debe razonarse como determinante a efectos de la concesión del amparo, que la Audiencia

completó la base indiciaria de la que dedujo la autoría, no sólo de las testificales de la policía, sino de otro indicio (una llamada telefónica de persona que denunciaba que se estaba forzando el establecimiento por un sujeto de características físicas idénticas a las del autor) o testimonio de referencia, el cual no fue introducido en el plenario, ni constaba en los hechos probados, por lo que se habría lesionado el derecho al proceso con todas las garantías. Por el contrario, no estima que existiese lesión del derecho a la presunción de inocencia, en cuanto que, eliminado dicho indicio de cargo, subsistirían otros válidamente producidos en el plenario, susceptibles de ser valorados por el Tribunal en una nueva resolución. Es por ello que concluye en la nulidad de la Sentencia impugnada, para la repetición del dictado de la misma.

6. Por providencia de 26 de noviembre de 2009, la Sala acordó deferir la resolución del recurso a la Sección Cuarta.

7. Por providencia de 7 de enero de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la condena impuesta en apelación por la Sentencia núm. 77/2005, de 31 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, con modificación de los hechos probados, y sin celebración de nueva vista, ha lesionado los derechos fundamentales al proceso con las debidas garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

La defensa letrada del recurrente considera que se han producido dichas lesiones, en cuanto que se le ha condenado en segunda instancia en virtud de prueba

personal (testificales de dos agentes de policía), sin que se haya celebrado un nuevo juicio, en contra de la consolidada doctrina constitucional. La referida lesión de las garantías del proceso penal, conllevaría además la vulneración de la presunción de inocencia, dado que eliminados dichos elementos de convicción, no subsistiría prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción constitucional.

La Fiscal ante el Tribunal Constitucional considera igualmente procedente el amparo, sobre todo porque la condena en la apelación penal vino fundada esencialmente en un testimonio de referencia practicado en instrucción, que no fue reiterado en el plenario, lo cual lesionaría las garantías de audiencia, contradicción e intermediación en la práctica de la prueba de cargo en juicio. No obstante, considera la representante del Ministerio público que exclusivamente procedería la invalidez de dicho medio probatorio de cargo, aunque subsistirían otros de medios de prueba válidamente practicados en el plenario ante la Audiencia, respecto de los cuales debería procederse a nueva evaluación, por lo que lo correcto sería la anulación de la Sentencia de segunda instancia, para el dictado de otra nueva que valore los elementos de cargo y de descargo subsistentes válidamente producidos en el plenario.

2. Nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absoluto, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2; y 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3), señala que «el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se

fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción».

En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5).

De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4).

3. La adecuada resolución del presente recurso, encuadrado en el ámbito de la doctrina que acabamos de citar, requiere partir de una doble premisa: Primera, que del simple contraste entre los hechos probados de la Sentencia

núm. 50/2005, de 14 de febrero, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid, y de la Sentencia núm. 77/2005, de 31 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid (ahora recurrida), se verifica que existió una modificación esencial y determinante en los hechos que condujeron a la condena, dado que en aquélla los hechos narrados en el segundo párrafo de los «probados», relativos al robo en el establecimiento, constaban negados, mientras que en ésta constan afirmados. Y segunda, que con independencia de la «apreciación conjunta de la prueba» (art. 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim) introducida por la Audiencia en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia núm. 77/2005, los medios probatorios por cuyo cauce llegó ésta a la convicción de la autoría y culpabilidad de los delitos de robo con fuerza en las cosas (uno en vehículo y otro en establecimiento), fueron las testificales de los agentes de policía, de los perjudicados, y la declaración del propio acusado, practicadas con las debidas garantías en el plenario ante el Juzgado de lo Penal, debiendo discriminarse conceptualmente los medios de prueba, como cauce probatorio, de los indicios resultantes, como hechos evidenciados; y con independencia de las conclusiones divergentes sobre la valoración del acervo probatorio a las que hubieren podido llegar uno y otro órgano jurisdiccional.

De los anteriores postulados, podemos deducir que nos encontramos ante un supuesto de condena en segunda instancia por un segundo delito de robo con fuerza en las cosas, en virtud de prueba personal (declaraciones del acusado y testigos), sin la celebración de nueva vista o audiencia en apelación. Aunque la Sala de la Audiencia centró sus argumentaciones, y fundamentación jurídica, en la imposibilidad fáctica, inverosimilitud y mendacidad de la declaración del acusado, concluyendo que la inferencia del

Juez de instancia sobre los indicios resultaba errónea e ilógica, el presupuesto de dicha argumentación es que los elementos fácticos (indiciarios) que se procedía a reconsiderar, tuvieron acceso al Juzgador de segunda instancia por medio probatorio personal (la declaración del acusado y las testificales) que, sin embargo –y en contra de nuestra reiterada doctrina–, no se practicó en audiencia en segunda instancia. Esto es, la Audiencia Provincial tomó como determinante y decisivo para su fallo y fundamentación jurídica de condena, lo declarado por el acusado y los testigos en el juicio oral ante el Juzgado de lo Penal, efectuando una reflexión sobre los indicios derivados de los medios de prueba personales.

De ello debe concluirse que el recurrente fue condenado ante dicha Audiencia por primera vez, respecto de un segundo delito de robo del que había sido absuelto por el Juzgado, sin ser oído ante aquélla, en lo que, respecto de la sustracción en el establecimiento, venía a constituir el primer juicio penal, en el cual resultaba constitucionalmente exigible la audiencia del acusado para poderle condenar, haciendo así efectiva su garantía a la inmediación. Y ello al margen de las conjeturas acerca de los resultados indiciarios derivados de la prueba practicada en el plenario del Juzgado y argumentación jurídica, o de cuál pudiese (o no) haber sido el sentido y contenido de una declaración del acusado en segunda instancia, puesto que lo determinante –a efectos de nuestra doctrina– es que dicha prueba personal exigible en segunda instancia penal no se reprodujo, y que el recurrente fue condenado sin ser oído, aunque hubiere disfrutado de una limitada contradicción, escrita, en virtud del traslado de los respectivos recursos de apelación.

En definitiva, la ausencia de celebración de vista en la segunda instancia, existiendo exclusivamente para la condena prueba personal, debe conducir a la

estimación de la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, del artículo 24.2 CE.

4. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y en relación con la lesión del derecho a la presunción de inocencia y el alcance del presente pronunciamiento estimatorio, considera el Ministerio Fiscal que la razón para apreciar el amparo debería ser exclusivamente, la introducción como elemento determinante de la convicción de la culpabilidad por la Audiencia de una prueba no practicada ni tan siquiera en el plenario ante el Juez de lo Penal, cual era la declaración de un testigo de referencia; razón por la cual considera la representante del Ministerio público sólo vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías, interesando únicamente la nulidad de la Sentencia recurrida, con retroacción al momento inmediatamente anterior a su dictado para que se pronuncie otra nueva, «sin necesidad entrar en este amparo en la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia», al entender que subsisten elementos de convicción producidos con las debidas garantías en segunda instancia, como para que se dicte otra Sentencia por la Audiencia.

Sin embargo, dada la realidad de que la condena en segunda instancia ante la Audiencia fue resultado de la ponderación de unos indicios que –como hemos dicho– accedieron al proceso por cauces probatorios personales (declaraciones del acusado y testigos) practicados con vulneración del derecho al proceso del artículo 24.2 CE, la eliminación del «mundo jurídico» del acervo probatorio obtenido por dichos los medios personales, supone la eliminación de la premisa mayor del silogismo en el que consiste el juicio de condena por el segundo robo, el cual quedaría huérfano de prueba. Efectivamente, eliminadas las pruebas personales que conducían a la autoría y culpabilidad, subsistiría sólo la documental consistente en el atestado policial (sin per-

juicio de las periciales de tasación de daños) que, a tenor de sus limitaciones (reconocidas entre otras en STC 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2), resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Por consiguiente, debemos concluir que suprimido en el esquema lógico el presupuesto probatorio ilícito de la segunda condena penal, desaparece todo elemento de convicción de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia constitucional, resultando abiertamente insuficiente como para alterarla. Y en consecuencia, estimamos que en el presente supuesto, también se habría producido la lesión de esta presunción fundamental, con la singularidad de que procedería la anulación de la sentencia recurrida «sin necesidad de reenvío a los órganos judiciales para una nueva valoración de los medios de prueba restantes» (STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 7).

En definitiva, la estimación de la vulneración de ambos derechos fundamentales (al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia) debe conducir directamente, en este caso, a la anulación del segundo fallo condenatorio dictado por la Audiencia; sin perjuicio de que, entonces, quede subsistente la Sentencia condenatoria de primera instancia, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid, que le imponía la «pena de un año de prisión, con la accesoria inhabilitación especial durante igual tiempo para el ejercicio del derecho sufragio pasivo, así como el pago de la mitad de las costas procesales, y a que en concepto de responsabilidad civil, indemnice de al Sr. Fernández Escudero en la cantidad de 87 €, que devengará interés legal incrementado en dos puntos, desde la fecha de» aquélla.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo presentado por don J.J.J. y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerlo en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia

núm. 77/2005, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de enero de dos mil diez.—*Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.*—Firmado y rubricado.

Sentencia 2/2010, de 11 de enero de 2010

Recurso de amparo 11604-2006. Promovido por don J.L.G.V. frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña que, en grado de apelación, le condenó por un delito contra la propiedad intelectual. Vulneración del derecho a un proceso con garantías: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002); insuficiencia de la grabación audiovisual del juicio oral (STC 120/2009). («BOE» núm. 36 de 10 de febrero de 2010)

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera y don Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 11604-2006, promovido por don J.L.G.V., representado por el Procurador de los Tribunales don L.A.S. y asistido por el Letrado don J.M.S.R., contra la Sentencia núm. 250/2005 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña (sede de Santiago de Compostela) que condenaba en apelación al recurrente como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual. Han sido parte la Sociedad General de Autores, representada por el Procurador de los Tribunales don José María Murúa Fernández; y la

Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE), representada por la Procuradora doña María Dolores Maroto Gómez y asistida por la Letrada doña Lucía Silboso Fuentes. Ha intervenido el Fiscal ante el Tribunal Constitucional. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez-Arribas, quien expresa el parecer de la Sección.

I. ANTECEDENTES

1. El 21 de diciembre de 2006 la representación procesal de don J.L.G.V. interpone recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la vertiente de error en la motivación, del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al haber sido condenado en segunda instancia penal sin celebración de vista, y del principio de legalidad penal (art. 25 CE) por realizar una interpretación extensiva y analógica, de la Sentencia núm. 250/2005 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña (sede de Santiago de Compostela) que, estimando el recurso de apelación de la acusación particular y del Ministerio Fiscal, condenaba al recurrente como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual.

Los antecedentes procesales del presente procedimiento son los siguientes:

a) En abril de 2001 el Sr. G.V. abrió un establecimiento de copias en la zona universitaria de Santiago de Compostela en el que, entre otros servicios, se ponía a disposición de los particulares el uso de ordenadores para efectuar reproducciones y descargas de archivos de sonido e imagen, pudiendo a su vez ser grabados para su reproducción ulterior, a cambio de módico precio. El 3 de junio de 2002 la Asociación Fonográfica y Bibliográfica Española (AFYVE) remitió al Sr. G.V. un buro-fax informándole del carácter ilícito de la actividad, procediendo un empleado de dicha asociación el 10 de junio de 2002 a adquirir tres copias de fonogramas en el establecimiento, denunciándolo el 23 de junio 2002 a la Policía Nacional, que, al día siguiente, entró en el local ocupándose de un catálogo de películas y cantantes, diverso material informático grabado (673 CD), y virgen (450), así como una fotocopiadora, material de papelería e informático destinado a la grabación clónica. Los hechos dieron lugar a diligencias previas núm. 101-2002 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Santiago de Compostela, correspondiendo su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 1 de dicha ciudad (procedimiento abreviado 142-2003).

b) En Sentencia núm. 267/2005 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santiago de Compostela se absolvió al recurrente del referido delito del artículo 270 CP: primero por la insuficiencia del relato fáctico imputado por la acusación particular, segundo por la falta de acreditación de que los autores de los fonogramas reproducidos perteneciesen a las entidades (AFYVE, ADIVAN y SGAE) denunciadores, tercero por la falta de acreditación de que las copias se efectuasen por el denunciado, que no fueren privadas y que se empleasen para algo más del uso privado; concluyendo en la irrelevancia y atipicidad de la conducta de «copia privada para uso privado», aun cuando se realice en establecimiento público,

máxime por aplicación del principio de subsidiariedad (no se procedió contra los clientes hipotéticos autores de las copias), del principio de intervención mínima (inspirador del Derecho penal) y del principio de proporcionalidad de la pena (la del delito contra la propiedad intelectual es –dice– superior a la del hurto de los propios soportes auténticos grabados). A la par se argüía por la Sentencia la ausencia de elemento subjetivo del injusto (imposibilidad de comisión culposa del tipo) e incluso, la posible concurrencia de un error de prohibición (que aunque fuese vencible, daría lugar la aplicación de la causa de justificación del ejercicio de un derecho).

c) Interpuesto recurso de apelación por AFYVE (al que se adhirió ADIVAN y el Ministerio Fiscal), la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña (sede de Santiago de Compostela), en rollo núm. 38-2006, dictó Sentencia núm. 250/2006, de 13 de noviembre, en el que «rechazando los hechos probados de la sentencia apelada», y –entre otros razonamientos– declarando la innecesidad de repetir la vista en la segunda instancia (merced al visionado de la grabación audiovisual del juicio), revalorando toda la prueba (fundamento jurídico cuarto: «la actividad que se realizaban en el local no era ... permitir que los clientes hiciera uso de los ordenadores del establecimiento para descargar archivos musicales desde internet y grabarlos en los discos vírgenes que adquirirían previamente»), condenaba al Sr. G.V. como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual (art. 270 CP) a la pena de veinte meses de multa, con cuota diaria de 4 euros, a que indemnice a AFYVE en la cantidad de 6.799,32 € y a la SGAE en la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia, a que cese en la actividad ilícita de reproducción, con destrucción de las copias ilícitas, al comiso de los ordenadores y maquinarias, y las costas.

2. El recurso de amparo interpuesto por la representación del Sr. G.V. contra la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, tras exponer los antecedentes de hecho, alega la vulneración del principio de legalidad penal, al considerar que se ha llevado cabo una interpretación extensiva e *in malam partem* del requisito de perseguibilidad del artículo 287 CP (falta de identidad entre las asociaciones denunciadas y los titulares agraviados, y falta de trascendencia o interés general). Igualmente invoca el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de forma que tras citar jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la condena en segunda instancia penal, alega que la garantía constitucional de inmediación no queda cubierta mediante la apreciación de la prueba por la grabación de la vista, por más que esta recoja auténticamente todo lo sucedido. Finalmente, considera lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tras la cita de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre error patente, por haberse dictado una resolución con motivación manifiestamente errónea, puesto que no argumenta quiénes eran los que descargaban los archivos, ni justifica que las copias fueran varias, ni que el uso fuese distinto del privado. Concluye solicitando el otorgamiento del amparo, y que se declare la nulidad de la Sentencia de 13 de noviembre de 2006 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, con retroacción de actuaciones para el dictado de nueva resolución.

3. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 29 de julio de 2008, admitió a trámite el recurso de amparo, oficiando a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña y al Juzgado Penal núm. 1 de Santiago Compostela, para que remitiesen copia de las actuaciones, con emplazamiento por

término de diez días a quienes hubieren sido parte del procedimiento.

4. En escrito presentado el 19 septiembre de 2008 en el Registro General del Tribunal Constitucional, comparece el Procurador de los Tribunales don José María Murúa Fernández en representación de la Sociedad General de Autores (SGAE). En escrito registrado el 12 de septiembre de 2008 comparece la Procuradora doña María Dolores Maroto Gómez en representación de la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) designando como Letrada a doña Lucía Silboso Fuentes.

5. Mediante diligencia de ordenación de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 14 de enero de 2009 se tuvieron por personados los citados representantes procesales dándoles vista de las actuaciones para que en el término de veinte días, al igual que el Ministerio Fiscal y las demás partes, presentaran alegaciones.

En escrito ingresado el 2 de marzo de 2009 de la representación procesal del Sr. G.V. reiteraba las alegaciones y pedidos de su recurso de amparo.

El 25 de febrero de 2009 la representante de AFYVE solicita la inadmisión por extemporaneidad del recurso de amparo al haber sido presentado el vigésimo primer día posterior a la notificación y en el Juzgado de guardia. Subsidiariamente, considera que no ha existido lesión del principio de legalidad penal, respecto del requisito de procedibilidad del artículo 287 CP, en cuanto que resulta evidente que AFYVE ostentaba la representación de los intereses de algunos de los artistas copiados (tal y como se acreditó por informe pericial aportado con la denuncia), correspondiendo al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, y a AFYVE la reclamación de las responsabilidades civiles de sus asociados, sin perjuicio de que la cuestión del incumplimiento del requisito de procedibilidad

sea siempre subsanable, y de que se suscitase extemporáneamente en el momento de la interposición del amparo, y no antes. Opone que no existió lesión del derecho al proceso con todas las garantías, ya que la propia AFYVE, al interponer el recurso de apelación, solicitó la celebración de vista que fue resuelta en Auto de 22 de marzo de 2006 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, sin que la representación del Sr. G.V. recurriera entonces dicha resolución, ni solicitase la referida vista, por lo que no se habría producido la pronta invocación del derecho fundamental lesionado; sin perjuicio de que la mera reproducción de la grabación en segunda instancia –como dijo la Audiencia Provincial de La Coruña– pueda cumplir con las garantías procesales del artículo 24.2 CE. Tampoco considera que exista error de hecho en la apreciación de la prueba, que afecte a la tutela judicial efectiva en la vertiente de motivación, puesto que el error que se habría cometido no sería fáctico; considerando que realmente se esté intentando llevar a cabo una revisión probatoria en amparo. Tampoco estima lesionado el principio de legalidad penal, por la falta de sanción de los particulares que se descargaban archivos, castigando solo al propietario del local, porque ésta es una cuestión de legalidad ordinaria penal.

En escrito presentado el 5 de marzo de 2009, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, con anulación de la Sentencia y retroacción de las actuaciones para el dictado de otra nueva en la que se respete dicho derecho. Tras exponer los antecedentes procesales, comienza con el análisis de la queja de vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, por la condena en segunda instancia penal sin la práctica de nueva vista, en virtud de pruebas personales, y con modificación

de los hechos probados, respecto de la cual repasa la doctrina del Tribunal sobre la segunda instancia en el proceso penal español, concluyendo que la condena de la Audiencia Provincial de La Coruña vino dada por el contraste entre la declaración del acusado y las pruebas periciales, testificales y documentales, habiendo considerado la Audiencia la grabación audiovisual del juicio como suficiente intermediación para revisar la valoración de la prueba, lo cual –según el representante del Ministerio público– constituye una vulneración del artículo 24.2 CE, puesto que se ha declarado la comisión del tipo delictivo (reproducción de obras musicales en soporte, falta de la autorización del titular de los derechos económicos, y ánimo de lucro y perjuicio de tercero) sin el examen directo y personal, ni del acusado ni de los testigos (Sres. Fernández Pascual –de cargo–, Lado y Fuentes –de descargo), y como se dijo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero 2009, para concluir que un determinado testimonio no ofrece credibilidad es precisa la intermediación. Subsidiariamente, considera que no existe lesión del principio de legalidad penal, por la falta de verificación de que cada una de las obras reproducidas pertenecían a un autor asociado a AFYVE, ya que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria. Tampoco estima que exista error patente en la motivación, sino más bien una discrepancia en la valoración jurídica, sin perjuicio de que la motivación de la Sentencia de apelación sea razonable.

6. Por providencia de 26 de noviembre de 2009, la Sala acordó deferir la resolución del recurso a la Sección Cuarta.

7. Por providencia de fecha 7 de enero de 2010, se señaló para deliberación y fallo el día 11 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo es dilucidar si la Sentencia núm. 250/2006, de 13 de noviembre, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, estimatoria del recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, que condenaba al recurrente –inicialmente absuelto–, sin celebrar nueva vista en segunda instancia, limitándose a reproducir el «compact disk» que recogió el juicio en el Juzgado de lo Penal, como autor de un delito contra la propiedad intelectual, habría lesionado los derechos fundamentales al proceso con las debidas garantías (art. 24.2 CE), al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la tutela judicial efectiva por falta de motivación (art. 24.1 CE).

El representante del Ministerio Fiscal estima que se ha producido vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, pero no del principio de legalidad ni del derecho a la tutela judicial efectiva.

La representación procesal de AFYVE considera que el recurso es extemporáneo, sin perjuicio de que además, se habría producido una falta de pronta invocación del derecho fundamental al proceso con todas las garantías, al no solicitarse por el recurrente en su recurso de apelación la celebración de vista, ni impugnarse el Auto de 22 de marzo 2006 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña en el que se recibía el procedimiento a prueba en segunda instancia. Tampoco considera lesionado el principio de legalidad penal, respecto del requisito de procedibilidad del artículo 287 del Código penal (CP), al tratarse una cuestión de legalidad ordinaria; ni el derecho a la tutela judicial efectiva por error la motivación, por no ser ésta más que una discrepancia jurídica, y en ningún caso fáctica; al igual que sucede

con la invocación de lesión del principio de accesoriadad en la imputación penal.

2. Con carácter previo hemos de examinar la alegación de extemporaneidad de la demanda, introducida por la representación de AFYVE, ya que, como hemos tenido ocasión de reiterar en numerosas ocasiones (desde STC 131/1989, de 17 de julio, FJ 2, a STC 174/2007, de 23 de julio, FJ único) «la admisión a trámite del recurso de amparo no subsana los defectos insubsanables de los que adoleciere el recurso».

Del examen de las actuaciones puede verificarse que la notificación de la Sentencia núm. 250/2006, de 13 de noviembre, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña ahora recurrida, tuvo lugar el 21 de noviembre de 2006. Resultando que el artículo 44.2 LOTC, en redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (que es la aplicable a la admisión del presente amparo, según disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 6/2007), señalaba como plazo para la interposición del recurso amparo el de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída del proceso judicial, resulta de toda evidencia que el *dies ad quem* del plazo de caducidad para la interposición del amparo era el 21 de diciembre de 2006, fecha en la que, precisamente, consta fehacientemente interpuesto el presente recurso, ante la Secretaría del Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid en funciones de guardia (lugar igualmente aceptado para dicha presentación: por todos ATC 138/2001, de 1 junio, FFJJ 3, 5 y 6). Por todo ello debe desestimarse la queja de extemporaneidad.

Por otra parte, también alega la representación de AFYVE el defecto formal respecto de la pronta invocación de la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 44.1.c en relación con el art. 50.1.a LOTC), por la falta de interposición de recurso de reforma

contra el Auto del artículo 791 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), de recibimiento a prueba en segunda instancia. Aun siendo cierta dicha circunstancia, la alegación es del todo inadecuada, puesto que la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías no se produce como consecuencia de dicha resolución, sino en el momento del dictado de la Sentencia condenatoria de segunda instancia; esto es, el acto del que deriva, de modo inmediato y directo, la lesión sería la Sentencia condenatoria de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, resultando por ello el primer momento procesal idóneo para denunciar dicha lesión el presente recurso amparo (máxime si se trata de trámite iniciado antes de entrar en vigor las disposiciones finales primera y segunda de la Ley Orgánica 6/2007, respecto de la nueva configuración del incidente de nulidad de actuaciones).

3. Igualmente, conforme a nuestra doctrina sobre el principio de subsidiariedad del amparo en los supuestos de pluralidad de quejas hemos de comenzar por aquella cuya estimación implicaría exclusivamente retroacción de las actuaciones (por todas STC 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3), para así –en su caso– posibilitar que sea la propia jurisdicción ordinaria quien examine y repare las otras vulneraciones. Y como insistentemente hemos señalado (por todas STC 118/2009, de 18 de mayo, FJ 2), tiene tal carácter prioritario la alegación de vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Respecto del mismo, en concreto en relación con la ausencia de necesidad de reiteración de la vista para condenar en la segunda instancia penal, con modificación de hechos, en virtud de prueba personal, cuando se ha procedido por la Sala penal de apelación a la reproducción del soporte videográfico del juicio absoluto de primera instancia, considerando que dicha grabación satisface la exigencia

de la intermediación constitucional suficiente, recientemente en STC 120/2009, de 18 de mayo, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos resuelto negativamente –y a dicha fundamentación nos remitimos.

Decíamos en el fundamento jurídico 3 de dicha resolución: «cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 –caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59– que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absoluto de primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de

apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 –caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96–, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio». Añadiendo en FJ 4: «En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que “no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos”, por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia; de 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania; y de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, § 36)».

Y terminábamos en el fundamento jurídico 6 diciendo que: «Como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal –incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto– viene dada por la imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de intermediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido. Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la intermediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 LOPJ), en un sentido más estricto hemos establecido que “la garantía de la intermediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración” (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la intermediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE). Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial

de una secuencia verbal trasladada a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente reseñada pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; de 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32; de 9 de julio de 2002, caso P.K. c. Finlandia; de 9 de marzo de 2004, caso Pitkänen c. Finlandia, § 58; de 6 de julio de 2004, caso Dondarini c. San Marino, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64). Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen “directo y personal” –esto es, con intermediación– de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen “personal y directo” implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante

pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

Ahora bien, la conclusión precedente ha de completarse con dos consideraciones más, referidas ambas a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria. Un primer supuesto se produce cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce, en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración. Se fundamenta esta facultad del órgano judicial en que nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada o *revisio prioris instantiae*, esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de un *novum iudicium*, con repetición íntegra del juicio oral, por lo que la ausencia de intermediación respecto de las pruebas personales practicadas en la primera instancia no resulta obstativa de su valoración si, como dijimos en la reciente STC 16/2009, de 26 de enero (FJ 5.b), tal déficit de intermediación viene compensado por la reproducción esencial de las mismas ante el nuevo órgano judicial que se dispone a su valoración, a través del contenido de los interrogatorios propios de la prueba testifical en apelación, o a través de la lectura del acta correspondiente, o por otro medio suficiente [como lo es, sin duda, la grabación audiovisual] que permita su introducción en la nueva vista ante dicho órgano, que podrá apreciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma. Una segunda consideración es la referida a que la proyección de las garantías de intermediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la

primera instancia. En este sentido, hemos admitido la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por la correspondiente Sala –aunque falte en esta segunda instancia la intermediación y la contradicción, como consecuencia de la imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación– cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador (STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 6.b). En esta misma línea, la STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia, §§ 46, 47, 52 y 53, admite la ausencia de intermediación en relación con procesos penales por delitos sexuales en que resulten afectados menores; y las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia, § 29, admiten el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos –tales como “la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable”–, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado. En nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de intermediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 LECrim) en el bien entendido de que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de

practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista».

4. En el presente supuesto la Audiencia Provincial de La Coruña directamente consideró que con el visionado de la grabación audiovisual del juicio oral ante el Juez de lo Penal resultaba suficiente para revalorar las pruebas de carácter personal practicadas en aquel juicio, determinantes de la culpabilidad, declarando además en la Sentencia núm. 250/2006 recurrida, que el Juez de lo Penal de Santiago de Compostela había incurrido en error de calificación, fijando por ello un nuevo relato de hechos probados que desembocaba en la condena de quien había sido inicialmente absuelto. Al actuar así, y sin esgrimir una causa que impidiera la nueva comparecencia de los acusados y testigos (pruebas personales), olvidó –por más que se le había solicitado por la contraparte de apelación– que privaba al recurrente del derecho constitucional a la intermediación, y que se inhabilitaba para revalorar la credibilidad de dichas pruebas personales en segunda instancia sin nueva vista. Por ello, en aplicación de la referida doctrina, cabe estimar vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE.

5. Apreciada la queja de lesión del derecho al proceso con todas las garantías, resulta anticipado y excesivo para nuestra jurisdicción un pronunciamiento sobre el resto de los motivos de amparo reemplazando a la jurisdicción ordinaria (por todas STC 182/2007, de 10 de septiembre, FJ 3), ya que lo procedente es declarar la nulidad de la resolución impugnada, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al de la vista acordada de segunda instancia, para que con práctica de las pruebas pertinentes en segunda instancia, junto con las válidamente obrantes de primera instancia, se proceda por la Audiencia Provincial de La Coruña (sede de Santiago de Compos-

tela) al dictado de otra Sentencia respetuosa con el derecho fundamental al proceso penal con todas las garantías del artículo 24.2 CE (como hemos mantenido en SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 3; 317/2006, de 15 de noviembre, FJ 4; o 91/2006, de 27 de marzo, FJ 5).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don J.L.G.V. y, en consecuencia:

1.º Reconocer que se ha vulnerado el derecho del recurrente al proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia núm. 250/2005 de 13 de noviembre, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña (sede de Santiago de Compostela) que condenaba al recurrente, en apelación, como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al dictado de la misma, a fin de que dicho órgano judicial pronuncie una nueva resolución respetuosa con el referido derecho.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de enero de dos mil diez.—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—Firmado y rubricado.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SENTENCIAS

CASO JUEZ ALBIZU C. ESPAÑA (DEMANDA N.º 25242/06) 10 DE NOVIEMBRE 2009

Esta sentencia será definitiva según las condiciones definidas en el artículo 44 § 2 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.

En el caso del Juez Albizu c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (tercera sección), reunido en sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra, *jueces* y de Santiago Quesada, *secretario de sección*,

Tras haber deliberado en sala de consejo el 20 de octubre de 2009 dictan la siguiente sentencia, en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (n.º 25242/06) dirigida contra el Reino de España y cuyo nacional de este Estado, Don Juan Juez Albizu («el demandante»), ha acudido al Tribunal el 13 de junio de 2006 en virtud

del Artículo 34 del Convenio de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales («el Convenio»).

2. El demandante está representado por J. Martínez Mendía, abogado en Vizcaya. El gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, I. Blasco Lozano, jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el ministerio de justicia.

3. El demandante se queja de falta de motivación de las decisiones judiciales dictadas en el marco del procedimiento civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

4. El 9 de septiembre de 2008, el presidente de la tercera sección decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 3 del Convenio, se ha decidido además, que la sala se pronunciaría al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo.

HECHOS

1. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante ha nacido en 1942 y reside en Vizcaya.

6. El 18 de enero de 2001, el demandante firmó un contrato de arras con la sociedad promotora S., que tenía por objeto una villa en construcción en un terreno situado en Sotogrande (Cádiz).

7. En marzo de 2002, el demandante interpuso demanda contra la sociedad S. por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Hacía valer, entre otras cosas, que el contrato era en realidad un contrato de venta y que la construcción de la villa una vez terminada, no reunía las características mencionadas en el contrato. En su demanda adjuntaba una lista de veintidós documentos, donde el primero de ellos era el contrato suscrito entre las partes.

8. En el curso del procedimiento, en respuesta a las alegaciones de S. afirmando que el demandante no había proporcionado el contrato en litigio, el juez de primera instancia n.º 1 de San Roque (Cádiz) tomó nota, por una ordenanza del 19 de julio de 2002, de la presentación del contrato de arras incluido por el demandante, apoyando su demanda como documento n.º 1.

9. Por una decisión del 10 de octubre de 2002, el juez de primera instancia n.º 1 de San Roque rechazó las pretensiones del demandante. Consideró que a la vista de su contenido, el contrato suscrito entre las partes era un contrato de arras y no de venta, como pretendía el demandante. Por otra parte, señaló que el contrato definía el objeto como una villa en construcción situada en Sotogrande, precisando que la construcción seguía los planos ya definidos en el proyecto del arquitecto. A este respecto, señaló que el contrato no indicaba en ninguna de sus cláusulas, que la villa debía ser del mismo modelo que las villas que aparecían en las fotos publicitarias que la sociedad promotora utilizaba en su actividad. El juez consideró que el demandante tendría que haberse informado mejor sobre el tipo de villa que compraba y añadió, que era el demandante quien había infringido las obligaciones contractuales, porque no había querido formalizar la venta por este motivo.

10. El demandante apeló contra esta decisión. Por una sentencia del 7 de febrero de 2003, la Audiencia Provincial de Cádiz confirmó la decisión impugnada. La Audiencia Provincial señaló que bastaba un breve examen de la apelación interpuesta, para poner en evidencia que el contrato de venta no existía, o al menos, que no había sido incluido en el expediente del procedimiento y decidió rechazar el recurso, afirmando que no podía pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones del demandante, porque no conocía el contenido de dicho contrato,

único documento sobre el cual se basaba el recurso.

11. El demandante presentó una acción de nulidad. Por una decisión del 15 de septiembre de 2003, una sala de la Audiencia Provincial de Cádiz compuesta por tres jueces, mismo magistrado ponente y un presidente diferente, rechazó las pretensiones del demandante. Señaló que, a pesar de la redacción de la sentencia dictada en apelación indicando que el contrato de venta no había sido incluido en el expediente, en realidad la sala de lo civil de la Audiencia había examinado el contrato de arras que había sido presentado como documento n.º 1 y había considerado que dicho contrato no contenía las pretensiones del demandante.

12. Invocando el artículo 24 de la Constitución (derecho a un juicio justo), el demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La Fiscalía, en su informe de respuesta, solicitó la concesión del amparo. Por una sentencia del 12 de diciembre de 2005, notificada el 28 de diciembre de 2005, la alta jurisdicción rechazó el recurso.

13. El Tribunal Constitucional consideró que no había error en la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta última había afirmado que bastaba un breve examen de la apelación interpuesta por el demandante, para poner en evidencia que el contrato de venta no existía, o por lo menos que era desconocido, porque el demandante no lo había incluido en el expediente del procedimiento. El Tribunal Constitucional admite que esta afirmación podía ser discutible, el contrato al cual el demandante hacía referencia era el contrato de arras, cuya inclusión en el expediente había sido constatada por un orden del 19 de julio de 2002. Este contrato era, por otro lado, el único que ambas partes admitían haber suscrito. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró que esta afirmación no era estrictamente errónea. Señaló que la Audiencia

Provincial, en su decisión que rechazaba la acción de nulidad, había precisado que el documento objeto de litigio había sido incluido en el expediente del procedimiento, que lo había examinado y había considerado que el contrato de arras no contenía las pretensiones del demandante.

14. El Tribunal Constitucional también consideró que las decisiones dictadas por la Audiencia Provincial estaban motivadas y habían expuesto la razón de la desestimación tanto de la apelación en litigio como de la acción de nulidad. Señaló que el motivo de la desestimación de su recurso no era la no inclusión del contrato en el expediente del procedimiento, sino el hecho de que el contrato era un contrato de arras y no un contrato de venta.

15. En la sentencia hubo dos opiniones disidentes.

II. EL DERECHO INTERNO PERTINENTE

A. La Constitución

Artículo 24

«1. Toda persona tiene derecho a obtener la protección efectiva de los jueces y de los tribunales en el ejercicio de sus derechos y sus intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda encontrarse ante la imposibilidad de defenderse».

Artículo 120 § 3

«3. Los juicios serán siempre motivados y pronunciados en audiencia pública».

B. El Código Civil

Artículo 218

Exhaustividad y congruencia de los juicios. Motivación.

«1. Los juicios deben ser claros, precisos, y responder, por declaraciones per-

tinentes, a las demandas y otras pretensiones articuladas en el curso del procedimiento. Deben condenar o absolver al demandado y estatuir sobre todos los puntos en litigio que fueron objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse del caso en el origen de la demanda y sin apelar a hechos o motivos de derecho diferentes a los invocados por las partes, debe pronunciarse conforme a las reglas aplicables al caso, incluso si no han sido correctamente invocadas por los litigantes.

2. Las decisiones deben estar motivadas y expresar los razonamientos de hecho y de derecho que condujeron a la apreciación de las pruebas, así como a la interpretación y a la aplicación del derecho. La motivación deberá poner énfasis en los diferentes elementos de hecho y de derecho del proceso, analizados de forma aislada y en su conjunto, respetando siempre las reglas de la lógica y la razón.

3. Si hay varios puntos litigiosos, el tribunal deberá tratarlos de forma separada en el juicio».

EN DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACION ALEGADA DEL ARTICULO 6 DEL CONVENIO

16. El demandante alega que su causa no ha sido juzgada equitativamente, en la medida en que Audiencia Provincial cometió un error afirmando que el contrato objeto de litigio no había sido incluido en el expediente del procedimiento.

Tampoco explicó los motivos por los cuales consideró que dicho contrato no hacía justicia a sus pretensiones. A este respecto, invoca el artículo 6 § 1 del Convenio, redactado así:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada equitativamente (...)

por un tribunal (...) que decidirá (...) sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)».

17. El Gobierno se opone a esta tesis.

A. Sobre la admisibilidad

18. El Tribunal constate que la demanda no está manifiestamente mal fundamentada según el artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal destaca por otro lado, que no colisiona con ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene pues declararla admisible.

B. Sobre el fondo

19. El demandante sostiene que la afirmación de la Audiencia Provincial según la cual el contrato de arras no contenía sus pretensiones ni permite conocer los motivos sobre los cuáles se basó para rechazar su apelación. Por otra parte, considera que el razonamiento de la Audiencia Provincial es inconsistente y contradictorio, en la medida en que en la sentencia dictada en apelación señala que no podía examinar sus alegaciones porque estaban basadas en un contrato de venta que no había sido incluido en el dossier del procedimiento y, en la decisión que rechazó la acción de nulidad, afirmó que efectivamente había examinado el contrato, que era un contrato de arras y no hacía justicia a sus pretensiones.

20. El Gobierno insiste en el hecho que el demandante califica como contrato de venta lo que los tribunales internos calificaron como contrato de arras. Considera que hay que tener en cuenta que el defecto de motivación denunciado por el demandante se produjo en segunda instancia, en el momento de la revisión de un juicio de primera instancia cuya motivación no es controvertida. Por otra parte, señala que la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial

debe ser leída junto con la decisión que rechazó la acción de nulidad. Apoyándose en la argumentación del Tribunal Constitucional, el Gobierno sostiene que la motivación de las decisiones dictadas por la Audiencia Provincial a pesar de su laconismo, es suficiente para conocer la razón de la desestimación tanto del recurso de apelación, como de la acción de nulidad. Esta razón no era la no inclusión del contrato en el expediente del procedimiento, sino el hecho de que el contrato era un contrato de arras y no un contrato de venta y que no hacía justicia a las pretensiones del demandante. El Gobierno estima que no ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

21. El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia constante al reflejar un principio vinculado a la buena administración de la justicia, las decisiones judiciales deben indicar de manera suficiente los motivos sobre los cuales se basan. El alcance de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión y debe analizarse a la luz de las circunstancias de cada caso (ver *Ruiz Torija c. España*, 9 de diciembre de 1994, § 29, serie A n.º 303-A.). Si el artículo 6 § 1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, esta obligación no puede comprenderse exigiendo una respuesta detallada a cada argumento (ver *Van de Hurk c. Países Bajos*, 19 de abril de 1994, § 61, serie A n.º 288). Así, desestimando un recurso la jurisdicción de apelación puede, en principio, limitarse a hacer suyos los motivos de la decisión emprendida (ver *García Ruiz c. España [GC]*, n.º 30544/96, § 29, CEDH 19994).

22. En este caso, el Tribunal comprueba que en primera instancia el juez de primera instancia n.º 1 de San Roque dictó una orden por la cual tomó nota de la presentación del contrato objeto de litigio, documento n.º 1 de los incluidos por el demandante. En el juicio, analizó el contrato y a la vista de su contenido, consideró que se trataba de un contrato

de arras y no de un contrato de venta, como lo pretendía el demandante. La Audiencia Provincial rechazó no obstante el recurso, afirmando que no podía pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones del demandante, el contrato de venta sobre el cual se basaba la apelación que no había sido incluido en el expediente del procedimiento, entonces en su decisión del 15 de septiembre de 2003 adoptada a continuación de la acción de nulidad del demandante, sostenía que a pesar de la redacción de su sentencia dictada en apelación, había examinado efectivamente el contrato de arras presentado como documento n.º 1.

Sometido a su sesgo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 12 de noviembre de 2005, consideró que las decisiones adoptadas por la Audiencia Provincial estaban motivadas.

23. El Tribunal observa que la Audiencia Provincial no desestimó la apelación del demandante sobre la base de los motivos del juicio de primera instancia. Al contrario, no se pronunció sobre el fondo de las cuestiones elevadas por el demandante, porque consideró que el contrato en litigio no figuraba en el expediente del procedimiento. Sometido de nuevo en el marco de la acción de nulidad, parecía haber querido corregir este error, sin explicar no obstante los motivos de esta contradicción.

24. El tribunal señala por otra parte, que la Audiencia Provincial no justificó hasta por la remisión a las consideraciones del juicio de primera instancia, las razones por las cuales consideró que el contrato objeto de litigio era un contrato de arras y no un contrato de venta. Tampoco explicó los motivos por los cuáles un contrato de arras no podía hacer justicia a las pretensiones del demandante.

25. A fin de cuentas, el Tribunal señala que otras cuestiones elevadas por el demandante se quedaron sin respuesta, particularmente el hecho de saber si la

parte demandada había o no respetado las obligaciones derivadas del contrato en cuanto a las características de la villa.

26. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal estima que la Audiencia Provincial no motivó debidamente la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el demandante. Hubo pues violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

27. según los términos del artículo 41 del Convenio,

«Si el Tribunal declara que hubo violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte contratante permite borrar sólo insuficientemente las consecuencias de esta violación, el Tribunal concede á la parte perjudicada, si ha lugar, una satisfacción equitativa»

A. Daños

28. Sin determinar la cantidad, el demandante se queja que sufrió un daño moral derivado de la imposibilidad de comprar la villa objeto de litigio.

29. El demandante reclama 120.202,42 € (EUR) a título del perjuicio material que habría sufrido. Esta suma equivale en euros a 20.000.000 de pesetas pagados a la sociedad inmobiliaria, suma que no le ha sido restituida.

30. El Gobierno encuentra esta suma excesiva y se remite a la sabiduría del Tribunal.

31. El Tribunal no percibe vínculo de causalidad entre la violación comprobada y el daño material alegado y rechaza esta petición. En lo que concierne al perjuicio moral alegado por el demandante, el Tribunal considera que pudo sufrir un daño moral, pero que la presente

sentencia le proporciona una compensación suficiente al respecto.

B. Gastos y costas

32. Con justificantes, el demandante pide también 41.263,61€ (EUR) por los gastos y costas incurridos, de los cuales 3.132 € (EUR) para los comprometidos ante el Tribunal.

33. El Gobierno encuentra esta suma excesiva y no justificada.

34. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante no puede obtener el reembolso de sus gastos y costas más que en la medida en que se encuentren establecidas su realidad, su necesidad y el carácter razonable de su tasa. En este caso y teniendo en cuenta los documentos en su posesión y los criterios mencionados, el Tribunal estima razonable la suma de 4.000 EUR, todos los gastos sufragados y se lo concede al demandante.

C. Intereses de demora

35. El Tribunal juzga apropiado calcar la tasa de los intereses moratorios sobre la tasa de interés de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo mejorada de tres puntos de porcentaje.

Por estos motivos, el Tribunal, por unanimidad,

1. *Declara* la demanda admisible;
2. *Dice* que ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio;
3. *Dice* que la constatación de una violación proporciona en sí una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral sufrido por el demandante;
4. *Dice*
 - a) que el Estado demandado debe pagar al demandante en los tres meses a contar desde el día en que la sentencia

sea definitiva, conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, 4. 000 EUR (cuatro mil euros) por gastos y costas, mas todo el montante que pueda deberse en calidad de impuesto;

b) que a partir de la espiración de dicho plazo y hasta el pago, este importe será mejorado en un interés simple a una tasa igual a la de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo aplicable durante este periodo, aumentado de tres puntos de porcentaje;

5. Rechaza la demanda de satisfacción equitativa por lo demás.

SANTIAGO QUESADA	JOSEP CASADEVALL
<i>Secretario</i>	<i>Presidente</i>

**CASO MUÑOZ DÍAZ C. ESPAÑA
(DEMANDA N.º 49151/07) (15)
8 DE DICIEMBRE DE 2009**

Esta sentencia será definitiva en las condiciones definidas en el Artículo 44 § 2 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.

En el caso C.C. c. España, el Tribunal europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en sala compuesta por:

Joseph Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra, *jueces*,

y Santiago Quesada, *secretario de la sección*,

después de haber deliberado en la sala del consejo el 26 de mayo de 2009, presenta aquí la sentencia, aprobada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (n.º 149151/07) dirigida contra el Reino de España y donde una residente de este Estado, la Sra. María Luisa Muñoz Díaz («la demandante») ha acudido ante el Tribunal el 29 de octubre de 2007 en virtud del artículo 34 del Convenio de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales («el Convenio»).

2. La demandante está representada por la Sra. M. Queipo de Llano López-Cózar, abogada en Madrid. El gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, M.I. Blasco Lozano, jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el Ministerio de Justicia.

3. La demandante, gitana de nacionalidad española, se queja del rechazo a pagarle una pensión de viudedad tras el fallecimiento de M.D. él también gitano de nacionalidad española, por el único motivo de que no formaban, a los ojos de la legislación española, un matrimonio. Ella alegaba la violación del artículo 14 del Convenio en combinación con los artículos 1 del Protocolo n.º 1 y 12 del Convenio.

4. El 13 de mayo de 2008, el Tribunal decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 3 del Convenio, decidió además que la sala se pronunciaría sobre la admisibilidad y el fondo del caso a la vez.

5. Las partes presentaron sus observaciones. Las observaciones de la Unión Romaní han sido igualmente recibidas ya que el presidente había autorizado intervenir en el procedimiento escrito en calidad de *amicus curiae* (art. 36 § 2 del Convenio y 44 § 2 del reglamento del Tribunal).

6. Tuvo lugar una audiencia pública en el Palacio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 26 de mayo de 2009

(art. 59 § 3 del reglamento). Comparecieron por parte del Gobierno su agente Don Ignacio Blasco Lozano, jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el Ministerio de Justicia y por parte de la demandante Doña Magdalena Queipo de Llano López-Cózar, asesora y Don Sebastián Sánchez Lorente, asesor. Por la tercera parte, Don Juan de Dios Ramírez Heredia, presidente de la Unión Romaní.

El Tribunal escuchó las declaraciones del Sr. Blasco, de la Sra. Queipo de Llano y de la Sra. Sánchez así como sus respuestas a las preguntas dirigidas por los jueces L. López Guerra y D. Myjer. También escuchó al Sr. Ramírez Heredia y a la Sra. Muñoz Díaz, la demandante.

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

7. La demandante nació en 1956 y reside en Madrid.

8. La demandante y M.D., pertenecientes los dos a la comunidad gitana, se casaron en noviembre de 1971 según los ritos propios de su comunidad. El matrimonio se celebró conforme a sus costumbres y tradiciones culturales gitanas y reconocidas por su comunidad. Para la comunidad gitana, el matrimonio celebrado según sus costumbres comporta efectos sociales que se derivan del matrimonio, el reconocimiento público, la obligación de la vida común y junto con otros derechos y deberes que se derivan de tal institución.

9. La demandante tuvo seis hijos, que fueron inscritos en el libro de familia expedido a la pareja por la administración española (Registro Civil) el 11 de agosto de 1983.

10. El 14 de octubre de 1986, la demandante y su familia vieron reconocida su situación de familia numerosa de primera categoría, sobre el n.º 2.º/2220/8,

en aplicación de la ley 25/1971 sobre la protección de familias numerosas.

11. El 24 de diciembre de 2000, el esposo de la demandante falleció. Albañil de profesión en el momento de su fallecimiento, trabajaba y había cotizado a la seguridad social durante diez y nueve años, tres meses y ocho días y tenía a su cargo a su esposa (en tanto que tal) y a sus seis hijos. Era titular de una cartilla de beneficiario de la Seguridad Social, sellada por la agencia n.º 7 de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

12. La demandante pidió beneficiarse de una pensión de viudedad. Por una decisión del 27 de marzo de 2001, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la rechazó, «en la medida en que [la demandante] nunca estuvo casada con la persona fallecida antes de la fecha de su fallecimiento, como lo exige el párrafo 2 de la séptima disposición adicional de la ley 30/1981, de 7 de julio de 1981 (en vigor en el momento de los hechos), en combinación con el artículo 174 de la ley general de la seguridad social (LGSS), aprobada por el real decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994».

13. Esta decisión fue confirmada por una decisión de 10 de mayo de 2001 del mismo Instituto.

14. La demandante acudió entonces a la jurisdicción de trabajo. Por un juicio de 30 de mayo de 2002 del juez de trabajo n.º 12 de Madrid, se le reconoció el derecho a percibir una pensión de viudedad con una base de 903,29 euros por mes, los efectos civiles fueron también reconocidos por su matrimonio gitano. La parte pertinente del juicio fue redactada como sigue:

«(...) En nuestro país, la minoría gitana está implantada desde tiempo inmemorial y es conocido que esta minoría celebra el matrimonio según los ritos y tradiciones que tienen fuerza de ley entre las partes. Estos matrimonios no son con-

siderados contrarios a la moral ni al orden público y son reconocidos socialmente». (...) El artículo 61 del código civil enuncia que el matrimonio tiene efectos civiles desde su celebración pero que es necesaria la inscripción en el Registro civil para que estos efectos sean reconocidos. A este respecto, el matrimonio gitano no está inscrito en el Registro civil, porque no ha sido considerado por el Estado como un componente de la cultura étnica que está presente en nuestro país desde hace siglos. (...) El argumento opuesto a la demandante por rechazar pagarle la pensión de viudedad es exclusivamente el no reconocimiento de los efectos civiles de su matrimonio con el que tiene derecho (activo de nacionalidad española, sometido a los derechos y obligaciones regidos por el derecho interno y comunitario), no obstante el hecho que España ratificó la Convención internacional de la ONU de 7 de marzo de 1966 sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial. (...) La ausencia de reglamentación del reconocimiento de efectos civiles del matrimonio gitano no podría impedir la acción protectora que al Estado se le ha impuesto definiendo las normas de la Seguridad Social. (...) La directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de raza o de origen étnico es aplicable en este caso en concreto, en donde la prestación rechazada encuentra su origen en la relación de trabajo del habiente, fallecido por causa natural cuando estaba en activo. (...) El artículo 4 § 1 del Código civil enuncia [que] «se procede a una aplicación por analogía de normas cuando éstas no consideran el caso en concreto pero consideran otro, análogo, con el cual pueda ser percibida una similitud (de) objeto». Dicha aplicación es aplicable por analogía a este caso en concreto. (...)

El matrimonio de la demandante no está inscrito en el Registro civil, aunque

éste no sea expresamente excluido. No son reconocidos los efectos civiles, ni el disfrute de la protección social del superviviente en caso de fallecimiento de uno de los dos cónyuges. El matrimonio gitano es ignorado por la legislación española, a pesar del arraigo socio cultural que dicha etnia tiene en nuestro país. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, el matrimonio conforme a los ritos y costumbres religiosas que aunque sean aún extrañas para nuestra sociedad dispone de un marco legal. Son casos análogos, a excepción hecha que no se trata de una religión. Tienen una similitud de objeto (comunidad de culturas y costumbres que están presentes en el seno del Estado español). El rechazo del INSS de otorgar a la demandante una pensión de viudedad, con el único obstáculo de que su matrimonio contratado por el habiente y su viuda no sea reconocido, revela un trato discriminatorio en razón de pertenencia étnica, contrario al artículo 14 de la Constitución española y la directiva 2000/43/CE.»

15. El INSS apeló. Por una sentencia de 7 de noviembre de 2002, el tribunal superior de justicia de Madrid invalidó el juicio recurrido. La decisión estaba motivada como sigue:

«(...) Conviene señalar que el principio del igualdad y de no discriminación reposa sobre la idea de que las situaciones iguales deben ser objeto de un tratamiento igual y sobre [la idea] que un igual tratamiento aplicado a situaciones que no son iguales constituye una injusticia. Esto supone igualmente que no es necesario apartarse de la ley aplicable a todos de manera [que permitiera] hacer más excepciones que las previstas expresamente en dicha ley. (...) Es necesario distinguir la que recoge la legislación en vigor y es aplicable en todo momento de la que pueda pretenderse deseable por un sector de la sociedad. (...) En conformidad con lo que está previsto por el artículo 49 del Código Civil, cada español

(como la demandante y habiente) puede elegir que sea un matrimonio civil ante el juez, el alcalde o un funcionario público designado [por el mismo Código] o sea un matrimonio religioso previsto por la ley. (...) Conforme a todo esto, si el matrimonio civil debe celebrarse a través de formas reglamentarias, el matrimonio religioso debe serlo igualmente, bajo las formas previstas por una confesión religiosa – estas formas dispuestas por el Estado o, en su defecto, admitidas por la legislación de este último. [En estas circunstancias] el matrimonio presenta efectos civiles. (...) El matrimonio celebrado única y exclusivamente según los ritos gitanos, no entra en ninguno de los casos enunciados ya que, aunque se trata de una etnia, las normas o formas de esta última no producen el efecto jurídico más allá de su marco y no son consagradas por la ley que prevé la pensión en litigio. [Este matrimonio] que en efecto tiene un sentido y se beneficia de un reconocimiento social en el ámbito que concierne, no excluye ni reemplaza actualmente la ley en vigor y aplicable en este caso, tanto como si se tratara de un matrimonio entre españoles celebrado en España. Una etnia, por otra parte, no constituye otra cosa que un grupo que se diferencia por un motivo fundado en la raza (...) y un rito que no es otra cosa que una costumbre o ceremonia. (...) Que se trate pues de una costumbre, ésta, según el artículo 1 § 3 del Código Civil, no ocurre más que a falta de ley aplicable. (...) No se pone otra vez en cuestión la moralidad o la conformidad de este rito para el orden público, pero únicamente su capacidad para crear las obligaciones *erga omnes*, aunque existan en España normas legales que rijan el matrimonio. La respuesta, evidentemente, debe ser negativa. (...)

El matrimonio, para producir efectos civiles, no puede ser más que aquél celebrado civil o religiosamente de acuerdo con los términos expresados anterior-

mente. El matrimonio gitano no corresponde, en la actual configuración de nuestro derecho, a la naturaleza de los matrimonios precitados. El artículo 174 de la LGSS exige la calidad de cónyuge del difunto para tener el beneficio de la pensión de viudedad y la noción de cónyuge es interpretada estrictamente según una jurisprudencia constitucional y ordinaria constante (a pesar de las voces disidentes) conforme a la cual son excluidos de esta prestación las concubinas de hecho así como muchos otros que, en definitiva, no están casados en conformidad con la ley aplicable.»

16. La demandante acude entonces al Tribunal Constitucional con un recurso de amparo invocando el principio de no discriminación basado en la raza y la condición social. Por una sentencia de 16 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso, expresándose en los términos siguientes:

«(...) El Tribunal, reunido en sesión plenaria, ha reiterado (...) las razones que permiten decidir que el limitar la pensión de viudedad a los casos de cohabitación institucionalizada en tanto que marido y mujer, excluyendo otras formas de unión o cohabitación, no constituye una discriminación por razones sociales. A este respecto, se sostiene que el legislador dispone de un importante margen de maniobra para determinar la configuración del sistema de Seguridad Social así como para apreciar las circunstancias socioeconómicas que proceden para administrar los recursos limitados para responder a un gran número de necesidades sociales, habida cuenta del hecho que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado, en un régimen contributivo, en una situación real de necesidad o de dependencia económica o aún más, de una incapacidad laboral del cónyuge superviviente. En todo estado de causa, la Sala plenaria del Tribunal se ha expresado también sobre el hecho de que la extensión, por el legislador, de la pen-

sión de viudedad en otras uniones diferentes, no está tampoco prohibida por el artículo 14 de la Constitución española. (...)

Una supuesta discriminación por las consideraciones sociales es desestimar por las razones precitadas (...) Ninguna violación del artículo 14 puede derivarse del hecho de limitar concretamente la pensión de viudedad al vínculo matrimonial.

Del mismo modo, no hay tratamiento discriminatorio directo o indirecto, por razones raciales o étnicas, que se deriven del hecho de que la unión de la demandante, conforme a los ritos y costumbres gitanas que no haya sido comprendido por vínculo matrimonial respecto a los efectos de dicha pensión, y que se le haya aplicado el mismo régimen jurídico que el de las uniones "*more uxorio*". Por una parte, (...) el Tribunal ha reiterado que "la discriminación por indiferenciación" no resulta del artículo 14 de la Constitución española porque el principio de igualdad no consagra un derecho a un trato [diferenciado], ni llega a proteger la falta de distinción entre casos diferentes. Existe pues un derecho subjetivo a un trato normativo diferenciado. (...)

Por otra parte, la exigencia legal de un vínculo matrimonial como condición de disfrute de la pensión de viudedad y la interpretación resultante de la decisión recurrida que tiene en cuenta el vínculo matrimonial procedente de normas legalmente reconocidas de acceso al matrimonio y no de otras formas de cohabitación, especialmente las uniones según los usos y costumbres gitanas—esta exigencia no está en ningún caso ligada a las consideraciones raciales o étnicas, pero el hecho [para los interesados] de haber tomado libremente la decisión de no formalizar el matrimonio por las vías legales, civiles o profesionales reconocidas— no considera jamás la pertenencia a una raza o a las costumbres de una etnia determi-

nada en detrimento de otras. En consecuencia, no hay ninguna forma de discriminación ocultada respecto a la etnia gitana. (...)

Es necesario por último rechazar la idea de que el reconocimiento de los efectos civiles por vínculo matrimonial emanan de ciertos ritos religiosos determinados, pero no de aquellos celebrados en virtud de ritos y costumbres gitanos y el rechazo del órgano jurisdiccional a proceder a una aplicación por analogía [...], entrañan, directa o indirectamente, la discriminación étnica alegada. (...)

Para resumir, habida cuenta del hecho de que la ley establece una posibilidad general, neutra desde un punto de vista racial y étnico, de acceder a una forma civil de matrimonio y que el legislador, aunque ha decidido unir los efectos legales a otras formas de anejió al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la base exclusiva de consideraciones religiosas y por consiguiente sin invocar ninguna razón étnica, ningún trato discriminatorio de connotación étnica como la alegada no puede ser constatada.»

17. Se une a la sentencia una opinión disidente. Se refería a la sentencia 199/2004, en la cual el Tribunal Constitucional se había pronunciado por la violación del derecho a la igualdad tratándose del viudo de una funcionaria, después de haber constatado la existencia de una relación conyugal pero no de un matrimonio, en la medida en que no había inscripción en el registro civil, los contratantes que habían rechazado en efecto expresamente la inscripción en dicho registro de su relación conyugal que se había celebrado de una manera religiosa.

18. Para el magistrado disidente, este caso de cónyuge superviviente de un matrimonio religioso no inscrito era comparable a éste de la demandante y en que los dos demandantes reivindicaban una pensión de viudedad sobre la base de

esto que consideraban un vínculo matrimonial, a pesar de la ausencia de inscripción de este vínculo en el registro civil.

En consecuencia, no hay ninguna forma de discriminación oculta respecto a la etnia gitana (...)

Por último, es necesario rechazar la idea de que el reconocimiento de los efectos civiles por vínculo matrimonial emanan de ciertos ritos religiosos determinados, pero no de aquellos celebrados en virtud de ritos y costumbres gitanas, y el rechazo del órgano jurisdiccional a proceder a una aplicación por analogía [...] entrañan, directa o indirectamente, la discriminación étnica alegada. (...)

Para resumir, habida cuenta del hecho de que la ley establece una posibilidad general, neutral desde un punto de vista racial y étnico, para acceder a una forma civil de matrimonio y que el legislador, aunque ha decidido unir los efectos legales a otras formas de anejió al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la base exclusiva de consideraciones religiosas y por consiguiente, sin invocar ninguna razón étnica, no puede ser constatado ningún trato discriminatorio de connotación étnica como el alegado.»

17. Una opinión disidente se unió a la sentencia. Se refería a la sentencia 199/2004, en la cual el Tribunal Constitucional se había pronunciado por la violación del derecho a la igualdad tratándose del viudo de una funcionaria, después de haber constatado la existencia de una relación conyugal pero no de un matrimonio, en la medida en que no había inscripción en el registro civil, los contratantes que habían rechazado expresamente la inscripción en dicho registro de su relación conyugal que se había celebrado de manera religiosa.

18. Para el magistrado disidente, este caso de cónyuge superviviente de un matrimonio religioso no inscrito, era comparable a éste de la demandante y en que los dos demandantes reivindicaban una

penión de viudedad sobre la base de que esto lo consideraban un vínculo matrimonial, a pesar de la ausencia de inscripción de este vínculo en el registro civil.

19. Por otra parte, el magistrado disidente recordó que, si bien España fue parte del Convenio-marco para la protección de minorías nacionales, firmado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tenía en cuenta los ritos, prácticas y costumbres de una etnia o grupo concretos, en donde todavía no consideraba como válidos o susceptibles de protección constitucional los actos de personas pertenecientes a las minorías que reclaman el respeto de sus tradiciones culturales.

20. Según el magistrado disidente, la situación expuesta por este recurso de amparo demostraba, por primera vez, que la protección de minorías tenía un alcance constitucional mucho más extenso que la simple respuesta recibida por la demandante. La demandante no habría debido ser obligada a acudir a las instancias surpranacionales con el fin de obtener la protección reclamada. En el caso de protección de minorías étnicas, la garantía de igualdad exigía medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que fuera respetado, con la sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona perteneciente a dicha minoría conlleva y exige en cuanto al respeto de sus tradiciones y a la herencia de su identidad cultural. El magistrado disidente concluye así:

«Es desproporcionado que el Estado español, que ha tomado en consideración a la demandante y a su familia gitana atribuyéndoles su libro de familia y reconociéndoles la calidad de familia numerosa y acordando con ella y sus seis hijos una asistencia en materia de salud y que ha percibido las cotizaciones correspondientes de su marido gitano durante diez y nueve años, tres meses y ocho días, no

quiera hoy reconocer el matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.»

21. El 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la tercera disposición adicional de la ley 40/2007 de 4 de diciembre de 2007 relativa a ciertas medidas de las Seguridad Social, a la demandante se le otorgó una pensión de viudedad a contar desde el 1 de enero de 2007, en tanto que compañera de M.D.

II. EL DERECHO INTERNO Y EUROPEO PERTINENTE

22. Las disposiciones constitucionales aplicables son las siguientes.

Artículo 14

«Los Españoles son iguales ante la ley: no pueden ser objeto alguno de discriminación fundada en el nacimiento, raza, sexo, religión, las opiniones o en cualquier otra condición o circunstancia personal o social»

Artículo 16

«1. La libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades es garantía sin otras restricciones, en cuanto a sus manifestaciones, que las que son necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar su ideología, su religión o sus creencias.

(...)

Artículo 32 § 2

«1. El hombre y la mujer tienen el derecho de contraer matrimonio en plena igualdad jurídica.

2. La ley determina las formas del matrimonio, el año y la capacidad requerida para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges, las causas de

separación y de disolución y sus efectos.»

23. Las disposiciones pertinentes del Código Civil, en su versión en vigor de 1971 se leen así.

Artículo 42

«La ley reconoce dos tipos de matrimonio: el matrimonio canónico y el matrimonio civil.

El matrimonio debe ser contraído canónicamente cuando al menos uno de los contrayentes reclama ser de religión católica.

El matrimonio civil está autorizado cuando está probado que alguno de los contrayentes no reclama ser de religión católica».

24. Las disposiciones aplicables en/a este caso particular del reglamento del Registro civil en vigor en el momento de los hechos (decreto 1138/1969, de 22 de mayo de 1969), son también citadas.

Artículo 245

«Las personas que hayan renunciado a la religión católica deben, en el más breve plazo, presentar la prueba que dicha renuncia ha sido comunicada por el interesado al cura en su domicilio (...).»

Artículo 246

«(...)

2. En el caso no previsto por las disposiciones precedentes, la prueba de no pertenencia a la religión católica puede ser aportada sea por un certificado que certifique la pertenencia a otra confesión religiosa, expedido por el ministro competente o el representante autorizado de la asociación confesional encausada, o sea por una declaración expresa del interesado ante el funcionario del Registro».

25. Las disposiciones pertinentes del Código Civil, en su versión actualmente en vigor son las siguientes.

Artículo 44

«El hombre y la mujer tienen el derecho a casarse conforme a las disposiciones del presente código».

Artículo 49

«Todo residente español puede casarse en España o en el extranjero:

1. Ante un juez, un alcalde o un funcionario refrendado por el presente código.

2. En la forma religiosa igualmente prevista.

[Todo residente español] puede también casarse en el extranjero conforme a las formas requeridas por la ley del lugar de la celebración».

26. Las disposiciones pertinentes de la ley n.º 30/1981, del 7 de julio de 1981, que aporta la modificación de las disposiciones del Código Civil que reglamenta el matrimonio y el procedimiento a seguir para el caso de nulidad, separación conyugal y divorcio.

Décima disposición adicional

«(...)

[Si se trata de personas] que no han podido casarse en razón de la legislación en vigor en su día pero que han vivido como [una pareja casada], cuando el fallecimiento de uno de la pareja sobrevenga habiendo entrado en vigor la presente ley, el superviviente tendría derecho a las prestaciones refrendadas en el primer apartado de la presente disposición y a la pensión correspondiente conforme al apartado siguiente».

27. El artículo 2 de la ley 25/1971 de 19 de junio de 1971 relativa a la protección de familias numerosas está citado así.

Artículo 2

«1. Se considera familia numerosa aquella que, reuniendo las otras condiciones fijadas por la presente ley, está constituida por:

a) el cabeza de familia, su cónyuge y cuatro niños o más (...)

28. El artículo 174 de la ley general relativo a la Seguridad Social (como tal en vigor en el momento de los hechos) se lee así.

Artículo 174

«1. El cónyuge superviviente (...) tiene derecho a la pensión de viudedad.

2. (...) En caso de nulidad del matrimonio, el derecho a la pensión de viudedad está reconocido para el cónyuge superviviente, proporcionalmente al período de cohabitación con el habiente, con reserva de que no haya hecho prueba de mala fe y que no se haya vuelto a casar (...)

29. El artículo 174 de la ley general de la Seguridad Social, aprobada por real decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994, está citado así.

Artículo 174

«1. Tiene derecho de pensión de viudedad de por vida (...) el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste último trabajase (...) y haya cotizado durante el período fijado por la ley (...)

2. En el caso de separación matrimonial o de divorcio, el derecho a la pensión de viudedad está reconocido para aquél que es o ha sido cónyuge legítimo, con reserva, en éste último caso, que no se haya vuelto a casar, proporcionalmente al período de cohabitación con el cónyuge fallecido e independientemente de las causas al principio de la separación o del divorcio.

En caso de nulidad del matrimonio, el derecho a la pensión de viudedad está reconocido para el cónyuge superviviente con reserva de que no ha hecho prueba de mala fe y que no se haya vuelto a casar, proporcionalmente al período de cohabitación con el habiente (...)

30. La ley 40/2007 de 4 de diciembre de 2007 sobre las medidas relativas a la Seguridad Social, conlleva modificación a la ley general de la Seguridad Social.

Tercera disposición adicional

«Excepcionalmente, el derecho a la pensión de viudedad será reconocida cuando el fallecimiento del habiente haya tenido lugar antes de entrar en vigor la presente ley, con reserva de que se reúnan las siguientes condiciones:

a. en el momento del fallecimiento del habiente, activo y cotizando a la Seguridad Social como se refrenda en el artículo 174 del texto simplificado de la ley general de la Seguridad Social, [el superviviente] no haya podido hacer valer el derecho a la pensión de viudedad

b. el beneficiario y el habiente hayan cohabitado de manera ininterrumpida en tanto que concubinos [...] durante al menos los seis años precedentes al fallecimiento de este último;

c. el habiente y el beneficiario hayan tenido hijos en común;

d. el beneficiario no haya tenido un derecho reconocido a percibir una pensión contributiva de la Seguridad Social.

e. para tener acceso a la [presente] pensión, la petición debe presentarse en un plazo no prorrogable a los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley. El reconocimiento del derecho a pensión producirá sus efectos a partir del 1 de enero de 2007, con reserva de que todas las condiciones previstas por esta disposición sean reunidas».

31. Se han realizado diversos acuerdos de cooperación entre el Gobierno y las confesiones religiosas: acuerdo con la Santa Sede (Concordato de 1979), acuerdo con la Federación evangélica por la ley n.º 24/1992 de 10 de noviembre de 1992, acuerdo con la Comisión islámica por la ley n.º 26/1992 de 10 de noviembre de 1992 y acuerdo con la Federación israelita por la ley n.º 25/1992 de 10 de noviembre de 1992. Los matrimonios realizados según los ritos de estas confesiones son por consiguiente reconocidos por el Estado español como constitutivos de una forma de manifestación de consentimiento para casarse. Éstos producen pues efectos civiles en virtud de acuerdos realizados con el Estado.

32. La jurisprudencia pertinente del Tribunal Constitucional.

Las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 260/1988 de 22 de diciembre de 1988 y 155/1998 de 13 de junio de 1998, entre otras, relativas a los derechos de pensión de viudedad en los casos en que el matrimonio canónico no era posible debido a la imposibilidad de divorciarse.

La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 180/2001 del 17 de septiembre de 2001 reconocía el derecho a la indemnización por fallecimiento del compañero si el matrimonio canónico no era posible por contradicción con la libertad de conciencia y de religión (antes de la modificación legislativa operada en 1981).

La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 199/2004, del 15 de noviembre de 2004 aporta un derecho a la pensión de viudedad derivada de un matrimonio canónico que no cumpla las condiciones formales planteadas por la ley ya que no fue inscrito voluntariamente en el Registro civil. El Tribunal Constitucional ha reconocido en este caso el derecho del viudo a percibir una pensión de viudedad.

33. El Convenio-marco del Consejo de Europa para la protección de minorías nacionales, presentado a la firma el 1 de febrero de 1995, contiene especialmente las disposiciones siguientes:

Artículo 1

La protección de las minorías nacionales y los derechos y libertades de las personas pertenecientes a esas minorías son parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos y como tal, constituye una competencia de la cooperación internacional.

(...)

Artículo 4

1. Las Partes se comprometen a garantizar a toda persona perteneciente a una minoría nacional el derecho de igualdad ante la ley y a una igual protección de la ley. A este respecto, toda discriminación basada en la pertenencia a una minoría nacional está prohibida.

2. Las Partes se comprometen a adoptar, si ha lugar, las medidas adecuadas con vistas a promover en todos los ámbitos de la vía económica, social, política y cultural, una igualdad plena y efectiva entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y aquéllas pertenecientes a la mayoría.

Ellas deben tener debidamente en cuenta, a este respecto, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales.

3. Las medidas adaptadas conforme al párrafo 2 no son consideradas como un acto de discriminación.

Artículo 5

1. Las partes se comprometen a promover las condiciones propias para permitir a las personas pertenecientes a las minorías nacionales conservar y desarrollar su cultura, así como a preservar los

elementos esenciales de su identidad que son su religión, su lengua, sus tradiciones y su patrimonio cultural.

2. Sin perjuicio de las medidas tomadas en el marco de su política general de integración, las Partes se abstienen de toda política o práctica tendente a una asimilación contra la voluntad de las personas pertenecientes a las minorías nacionales y protegen a estas personas contra toda acción destinada a tal asimilación.»

34. España firmó el Convenio el día en que se presentó a la firma y lo ratificó el 1 de septiembre de 1995. A este respecto el Convenio entró en vigor el 1 de febrero de 1998.

EN DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO COMBINADO CON EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO N.º 1

35. La demandante se queja de que la negativa a concederle una pensión de viudedad debido a que su matrimonio celebrado según los ritos de la minoría gitana a la cual pertenece está desprovisto de efectos civiles atenta contra el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del Convenio, combinado con el artículo 1 del Protocolo n.º 1. Las citadas disposiciones están redactadas así:

Artículo 14 del Convenio

«El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio debe estar asegurado, sin distinción alguna, fundado particularmente en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, el patri-

monio, el nacimiento o cualquier otra situación»

Artículo 1 del Protocolo n.º 1

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional (...)»

Sobre la admisibilidad

36. El Tribunal constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. Resalta por otro lado, que no incurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Procede pues declararla admisible.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

a) La demandante

17. La demandante observa que el Gobierno no explica por qué su situación es considerada una relación *more uxorio* y no un matrimonio nulo de buena fe que sería apto para otorgarle derecho, como cónyuge superviviente, a una pensión de viudedad. Subraya que no tenía motivo alguno para pensar que los derechos sociales de los que gozaba en vida de su marido le serían retirados en el momento de la defunción de este último.

38. La demandante subraya que, en otros casos, la inexistencia de matrimonio «legal» no ha impedido la concesión de tal pensión: así, en la ley general sobre la Seguridad Social, el derecho a una pensión es reconocido al cónyuge de buena fe en caso de nulidad del matrimonio. Además, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a pensión en el caso de uniones no inscritas en el Registro civil

cuando las partes creían en la existencia del matrimonio, o cuando la ley impedía el matrimonio por ser imposible divorciarse, o cuando el matrimonio estaba en contradicción con las creencias de los interesados.

b) El Gobierno

39. El Gobierno se opone a esta tesis. Considera que, la ley aplicada a la demandante es la misma para todos los españoles, sin hacer ninguna discriminación basada en la raza o en otra razón, debiéndose la diferencia de trato al hecho de que la demandante no estaba casada, aunque conviviera *more uxorio* con M.D.

40. El Gobierno subraya que nada obliga a tratar del mismo modo a los que respetan las formalidades previstas por la ley y los que, sin nada que se lo impida, no las respetan. La exigencia de la ley de que exista un vínculo matrimonial legal para percibir una pensión de viudedad no constituye una discriminación fundada sobre razones raciales o étnicas. La denegación de dicha pensión a la demandante tiene como causa su decisión libre y voluntaria de no observar las formalidades legales del matrimonio, que no están basadas ni en la pertenencia a una raza determinada ni en las tradiciones, usos o costumbres de una etnia con discriminación de otras. Estas formalidades pues no constituyen una discriminación directa o indirecta de los gitanos.

c) La tercera parte

41. La Unión Romaní subraya que el matrimonio gitano no es diferente a otros tipos de matrimonio. Explica que el matrimonio gitano existe desde el momento en que una mujer y un hombre expresan su voluntad de vivir juntos con el deseo de fundar una familia, que es el fundamento de la comunidad gitana. Considera desproporcionado el hecho de que el Estado español, después de haber proporcionado a la demandante y a su familia un libro de familia, reconocido la situación de familia numerosa, conce-

dido asistencia sanitaria a la interesada y a sus seis hijos y cobrado las cuotas de su marido durante más de diecinueve años, desconozca ahora la validez de su matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

2. *Sobre la aplicabilidad del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo n.º 1*

42. El Tribunal recuerda que el artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente ya que únicamente vale para el disfrute de los derechos y las libertades garantizados por otras cláusulas normativas del Convenio y de sus Protocolos (ver, entre muchas otras, *Burden c. Reino Unido* [GC], n.º 13378/05, § 58, 29 de abril de 2008). La aplicación del artículo 14 no presupone necesariamente la violación de uno de los derechos materiales garantizados por el Convenio. Es necesario y suficiente que los hechos en causa caigan «bajo el imperio» de al menos uno de los artículos del Convenio (ver, entre muchas otras, *Gaygusuz c. Austria*, 16 de septiembre de 1996, § 36, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996-IV, *Thlimmenos c. Grecia* [GC], n.º 34369/97, § 40, CEDH 2000-IV, *Koua Poirrez c. Francia*, n.º 40892/98, § 36, CEDH 2003-X y *Andrejeva c. Letonia* [GC], n.º 55707/00, § 74, 18 de febrero de 2009). La prohibición de la discriminación consagrada en el artículo 14 sobrepasa pues el disfrute de los derechos y las libertades que según el Convenio y sus Protocolos debe garantizar cada Estado. También se aplica a los derechos adicionales comprendidos en el campo de aplicación general respecto a cualquier artículo del Convenio que el Estado ha decidido voluntariamente proteger (*Stec y otros c. Reino Unido* (dec.) [GC], n.ºs 65731/01 y 65900/01, § 40 CEDH 2005-X).

43. Conviene por ello determinar si el interés de la demandante en percibir del Estado una pensión de viudedad cae «bajo

el imperio» o «en el campo de aplicación» del artículo 1 del Protocolo n.º 1.

44. El Tribunal afirmó que todos los principios que se aplican generalmente a los asuntos relacionados con el artículo 1 del Protocolo n.º 1, son también aplicables al ámbito de las prestaciones sociales (*Andrejeva c. Letonia*, ya citada, § 77). Así, esta disposición no garantiza, como tal, ningún derecho a devenir propietario de un bien (*Kopecký c. Eslovaquia* [GC], n.º 44912/98, § 35 b), CEDH 2004-IX) ni, por sí solo, ningún derecho a una pensión de un importe determinado (ver, por ejemplo, *Domalewski c. Polonia* (dec.), n.º 34610/97, CEDH 1999-V, y *Jankovič c. Croacia* (dec.), n.º 43440/98, CEDH 2000-X). Además, el artículo 1 no impone ninguna restricción a la libertad de los Estados contratantes para decidir si instauran o no un régimen de protección social o para escoger el tipo o el nivel de las prestaciones que se reconozcan en semejante régimen. En cambio, en el momento en que un Estado contratante implanta una legislación que prevé el pago de una prestación social –ya dependa o no la concesión de esta prestación del previo pago cuotas–, debe entenderse que de esta legislación deriva, para las personas que satisfacen sus condiciones, un interés patrimonial que entra en el campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 (*Stec y otros*, decisión ya citada, § 54).

45. Como dijo el Tribunal en la decisión *Stec y otros* (ya citada), «[en casos tales como el presente, donde los demandantes formulan sobre el terreno del artículo 14 combinado con el artículo 1 del Protocolo n.º 1, una queja según la cual habrían sido privados, en todo o en parte, de una prestación determinada y por un motivo discriminatorio contemplado en el artículo 14, procede investigar si, de no haber mediado la denegación litigiosa, los interesados habrían tenido derecho, invocable ante los tribunales internos, a percibir la prestación cuestionada (...).

Aunque [el artículo 1 del] Protocolo n.º 1 no comporta el derecho a percibir prestaciones sociales, sean del tipo que sean, cuando un Estado decide crear un régimen de prestaciones, debe hacerlo de manera compatible con el artículo 14» (*ibidem*, § 55).

46. Teniendo en cuenta cuanto precede, el hecho de la pertenencia de la demandante a la comunidad gitana y su calidad de cónyuge de M.D., reconocida en ciertas ocasiones por las autoridades españolas aunque no para la pensión de viudedad, el Tribunal considera que los intereses patrimoniales de la demandante entran en el campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 y del derecho al respeto de los bienes que garantiza, lo que basta para que sea aplicable el artículo 14 del Convenio .

3. *Sobre la observancia del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo n.º 1*

a) La jurisprudencia del Tribunal

47. Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, la discriminación consiste en tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas que están en situaciones equivalentes. La «falta de justificación objetiva y razonable» significa que la distinción litigiosa no persigue un «fin legítimo» o que no hay «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido» (*D.H. y otros c. Republica Checa* [GC], n.º 57325/00, §§ 175 y 196, CEDH 2007-..., y la jurisprudencia ahí citada).

48. Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones, análogas a otras a otros efectos, justifican distinciones de trato (ver particularmente las sentencias ya citadas *Gaygusuz* § 42 y *Thlimmenos*, § 40). La extensión de este margen varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto. Así, por ejemplo, el artículo 14

no prohíbe a un Estado miembro tratar a ciertos grupos de manera diferente para corregir «desigualdades de hecho» entre ellos; es más, en algunas circunstancias, es la ausencia de un tratamiento diferenciado para corregir una desigualdad lo que puede conllevar, si no hay justificación objetiva y razonable, una violación de la disposición en cuestión (*Thlimmenos*, § 44, y *Stec y otros c. Reino Unido* [GC], n.º 65731/01, § 51, CEDH 2006-..., *D.H. y otros*, ya citada, § 175).

49. Del mismo modo, normalmente se deja un amplio margen de apreciación al Estado para tomar medidas de orden general en materia económica o social. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública en materia económica o en materia social. El Tribunal respeta en principio, la forma en que el Estado valora los imperativos de la utilidad pública, excepto si su juicio se revela «manifiestamente privado de base razonable» (ver, por ejemplo, *National and Provincial Building Society y otros c. Reino Unido*, 23 de octubre de 1997, *Repertorio* 1997-VII, § 80, y *Stec y otros*, ya citada, § 52).

50. Finalmente, en cuanto a la carga de la prueba en el terreno del artículo 14 del Convenio, el Tribunal ya declaró que, cuando un demandante prueba la existencia de una diferencia de trato, incumbe al Gobierno demostrar que esa diferencia de trato está justificada (*D.H. y otros*, § 177).

b) Aplicación de la jurisprudencia en el presente caso

51. En cuanto a las circunstancias del presente caso, la demandante se queja de la negativa a concederle una pensión de viudedad por no estar casada con M.D, considerando su unión según los ritos y las tradiciones gitanas como una relación more uxorio, una simple unión de hecho.

Para la demandante, asimilar su relación con M.D. a una simple unión de hecho a efectos de concesión de pensión de viudedad constituye una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1. Esta discriminación se basaría en el hecho de que su demanda de pensión de viudedad ha recibido un trato diferente al de otros casos equivalentes en los que se ha reconocido el derecho a la pensión de viudedad en ausencia de matrimonio por las formalidades legalmente establecidas, mientras que en su caso, ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana han sido tomadas en consideración.

52. El Tribunal comprueba que la demandante se casó con M.D. en noviembre de 1971 según los ritos y las tradiciones propias de la comunidad gitana. De esta unión nacieron seis hijos. La interesada vivió con M.D. hasta el fallecimiento de este último, el 24 de diciembre de 2000. El Registro civil les expidió un libro de familia el 11 de agosto de 1983, en el que están inscritos la pareja y sus hijos. El 14 de octubre de 1986, obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el lo cual la condición de «cónyuge» era requerida (parágrafo 27 anterior) y disfrutaron de todos los derechos correspondientes. Por otro lado, M.D. estuvo afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días y tenía una tarjeta de beneficiario donde figuraban a su cargo la demandante, como esposa y sus seis hijos. Para el Tribunal se trata de un documento oficial en la medida en que está sellado por la agencia n.º 7 de Madrid del INSS.

53. En cuanto al régimen relativo a las pensiones de viudedad aplicable en el momento de los hechos, el Tribunal observa que la ley general sobre la Seguridad Social, en su versión vigente en la época, reconocía el derecho a una pensión de viudedad al cónyuge superviviente. Esta disposición legal fue comple-

tada y matizada no obstante, tanto en la ley misma como en la jurisprudencia de los tribunales internos, incluida la del Tribunal Constitucional (parágrafo 32 anterior).

La jurisprudencia constitucional tiene en consideración en efecto, para el reconocimiento de pensiones de viudedad, tanto la existencia de la buena fe como la presencia de circunstancias excepcionales que imposibilitaron la celebración del matrimonio, incluso cuando no se ha celebrado un matrimonio legalmente válido. El Tribunal resalta que la décima disposición adicional de la ley 30/1981 del 7 de julio de 1981, que modifica el régimen matrimonial (parágrafo 26 anterior) reconoce el derecho a percibir la misma pensión de viudedad en ausencia de matrimonio, en caso de imposibilidad de prestación del consentimiento por el rito canónico. Observa que, según la interpretación de esta disposición hecha por la jurisprudencia constitucional, es posible otorgar pensiones de viudedad en caso de imposibilidad de casarse (canónicamente) debido a la inexistencia de divorcio, o incluso cuando el matrimonio es contrario a las creencias de los cónyuges (parágrafo 32 anterior). En cuanto a la ley general de la Seguridad Social vigente en el momento de los hechos, reconoce en su artículo 174 el derecho del cónyuge de buena fe a una pensión de viudedad en caso de matrimonio nulo. El Tribunal Constitucional reconoció por otro lado, particularmente en su sentencia 99/04 (parágrafo 32 anterior) el derecho a una pensión de viudedad en el caso de un matrimonio canónico en el que las condiciones legalmente requeridas no fueron cumplidas, al no haber sido inscrita la unión en el Registro civil por motivos de conciencia.

54. A la vista de lo que precede, la cuestión que se plantea en el presente caso es la de saber si el hecho de haberse denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad revela

un tratamiento discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la minoría gitana, por comparación con el modo en el que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, cuando los interesados creen de buena fe que existe el matrimonio aunque éste no sea legalmente válido.

55. La demandante basa su pretensión, por una parte, en su convicción de que su unión, celebrada conforme a los ritos y las tradiciones gitanas era válida y, por otra parte, en la conducta de las autoridades, que le reconocieron oficialmente la calidad de esposa de M.D y, por consiguiente, admitieron según ella la validez de su matrimonio.

56. El Tribunal considera que ambas cuestiones están íntimamente ligadas. Observa que las autoridades nacionales no negaron que la demandante creyera de buena fe en la realidad de su matrimonio. La convicción de la interesada es tanto más creíble en cuanto las autoridades españolas le expidieron varios documentos oficiales que reconocían su condición de esposa de M.D.

Para el Tribunal, conviene subrayar la importancia de las creencias de la demandante derivadas de su pertenencia a la comunidad gitana, comunidad que tiene sus propios valores establecidos y arraigados en la sociedad española.

57. El Tribunal observa en este caso, que cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los ritos y las tradiciones gitanas, no era posible en España salvo declaración previa de apostasía, casarse de otro modo distinto a los ritos del derecho canónico de la Iglesia católica. El Tribunal considera que no se podía exigir a la demandante, sin atentar contra su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, a saber, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según los ritos gitanos.

58. Ciertamente, tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y en virtud de la ley 30/1981 del 7 de julio de 1981 (parágrafo 26 anterior) la demandante habría podido casarse civilmente. La demandante sostiene que con total buena fe creía que el matrimonio celebrado conforme a los ritos y las tradiciones gitanas conllevaba todos los efectos propios de esta institución.

59. Para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tener en cuenta la pertenencia de ésta a una comunidad en el seno de la cual la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones jamás ha sido cuestionada ni considerada como contraria al orden público por el Gobierno o por las autoridades nacionales, que incluso reconocieron a ciertos efectos la calidad de esposa de la demandante. Estima que no puede ser ignorada la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida.

60. El Tribunal observa a este respecto, que un consenso internacional nace en el seno de los Estados contratantes del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida (ver el parágrafo 33 anterior, particularmente el Convenio-marco para la protección de las minorías), no sólo con el fin de proteger los intereses de las minorías mismas sino también, para preservar la diversidad cultural que beneficia a la sociedad en conjunto (*Chapman c. Reino Unido* [GC], n.º 27238/95, § 93, CEDH 2001-I).

61. El Tribunal considera que, si bien la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes que rigen el matrimonio, puede influir en la manera de aplicar estas leyes. El Tribunal ya tuvo la oportunidad de subrayar en la sentencia *Buckley* (en un contexto ciertamente diferente) que la vulnerabilidad de los gi-

tanos, que constituyen una minoría, implica conceder una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio, tanto en el marco reglamentario aplicable en materia de urbanismo como en la toma de decisiones en casos particulares (sentencia *Buckley c. Reino Unido*, 25 de septiembre de 1996, §§ 76, 80, 84, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996-IV, *Chapman c. Reino Unido* [GC], ya citada, § 96, y *Connors c. Reino Unido*, n.º 66746/01, § 84, 27 de mayo de 2004).

62. En este caso, la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, ha sido innegablemente reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la calidad de cónyuge de M.D y más concretamente, por la expedición de ciertos documentos de la Seguridad Social, en especial el documento de inscripción en el sistema, que hacían constar su condición de esposa y madre de una familia numerosa, situación considerada como especialmente digna de ayuda y que exigía, por aplicación de la ley n.º 25/1971 del 19 de junio de 1971, el reconocimiento de la calidad de cónyuge.

63. Para el Tribunal, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmada por el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, engendró en la interesada la expectativa legítima de ser considerada como la esposa de M.D y de que formaba con él una pareja casada reconocida. Después del fallecimiento de M.D. es natural que la demandante hubiera alimentado la esperanza de ver reconocida una pensión de viudedad.

64. Por consiguiente, la negativa a reconocer la condición de cónyuge a la demandante a efectos de la obtención de una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta condición por las autoridades. Por otro lado, esta

denegación omite tener en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar la buena fe de ésta. A este respecto, el Tribunal recuerda que, conforme al Convenio marco para la protección de las minorías nacionales (parágrafos 33 y 34 anterior), los Estados parte de dicho Convenio se obligan a tener en cuenta debidamente las condiciones específicas de las personas que pertenecen a minorías nacionales.

65. El Tribunal considera que la negativa a reconocer el derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación con el dado por la ley o por la jurisprudencia en otras situaciones que deben considerarse equivalentes en cuanto a los efectos de la buena fe, tales como la de creencia de buena fe en la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la LGSS o la situación examinada en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 199/2004, del 15 de noviembre de 2004 –parágrafo 32 anterior– que se refería a la no formalización de un matrimonio canónico por razones de conciencia). El Tribunal considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionada hacia la demandante en relación con el trato dispensado al matrimonio de buena fe.

66. Ciertamente, el artículo 174 de la LGSS, tal como estaba vigente en el momento de los hechos, no reconocía la pensión de viudedad en caso de ausencia de matrimonio legal salvo cuando el matrimonio era nulo de buena fe. Sin embargo, esta disposición no permite al Estado demandado exonerarse de toda responsabilidad respecto al Convenio. El Tribunal observa a este respecto que la ley 40/2007 introdujo en la LGSS la posibilidad de otorgar pensión de viudedad en casos de uniones de hecho (parágrafo 30 anterior).

67. El Tribunal comprueba que, en su sentencia de 30 de mayo de 2002, el juez de lo social n.º 12 de Madrid interpretó la legislación aplicable a favor de la demandante. Hizo referencia al artículo 4 § 1 del Código Civil, según el cual las normas pueden ser aplicadas por analogía cuando no contemplan el supuesto sino otro análogo, con cual se puede apreciarse una similitud de objeto. Interpretó así la legislación aplicable conforme a los criterios expuestos por el Tribunal en la sentencia precitada *Buckley c. Reino Unido*.

68. Esta sentencia fue sin embargo revocada por sentencia de apelación del 7 de noviembre de 2002. El Tribunal superior de justicia de Madrid consideró en efecto (párrafo 15 anterior) que «el principio de igualdad y de no-discriminación descansa en la idea de que situaciones iguales deben ser objeto de igual tratamiento» y «qué un tratamiento igual aplicado a situaciones que no son iguales constituye una injusticia». El Tribunal resalta la jurisdicción de apelación no ha extraído conclusión alguna de las especificidades de la minoría gitana, aunque el tribunal reconozca que el matrimonio gitano tiene «ciertamente un sentido y goza de reconocimiento social en el medio concernido» y que la moralidad o la conformidad de este rito con orden público no han sido cuestionadas. Para el Tribunal superior de justicia, está claro que esta situación «no excluye y no reemplaza actualmente la ley vigente y aplicable en este caso».

69. A la luz de lo que precede y teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente caso, el Tribunal considera que es desproporcionado que el Estado español, que otorgó a la demandante y a su familia gitana un libro de familia, les reconoció el estatuto de familia numerosa, les otorgó, al interesado y a sus seis hijos, asistencia sanitaria, y que percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante

más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

70. Por fin, el Tribunal no sabría aceptar la tesis del Gobierno según la cual a la demandante le hubiera bastado con casarse civilmente para obtener la pensión reclamada. En efecto, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del Convenio tiene sentido sólo si, en cada caso particular, la situación personal del demandante es considerada tal cual es en relación a los criterios enumerados en esta disposición. Un enfoque contrario, consistente en desamparar a la víctima porque habría podido escapar de la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, casándose civilmente– dejaría vacío de sustancia el artículo 14.

71. En consecuencia, el Tribunal concluye que en este caso hubo violación del artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1.

II. SOBRE LA VIOLATION ALEGADA DEL ARTICULO 14 VINCULADO CON EL ARTICULO 12 DEL CONVENIO

72. La demandante se queja de que la falta de reconocimiento en España de los efectos civiles al matrimonio gitano –el único que tiene efectos *erga omnes* en el seno de su propia comunidad– estando dicha minoría implantada en España desde hace al menos quinientos años, atenta contra su derecho al matrimonio. Invoca el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 12, que están redactados así :

Artículo 14

« El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna,

especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. »

Artículo 12

«A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de este derecho»

73. El Gobierno contesta esta tesis. Sostiene que nada impedía a la demandante casarse civilmente y considera que los artículos 12 y 14 del Convenio no pueden ser interpretados en el sentido de que obliguen a tratar en pie de igualdad por una parte a los matrimonios que respetan las formalidades previstas legalmente y por otra parte cualquier otra unión en la cual dichas formalidades no han sido respetadas. Se refiere al margen de apreciación del que disponen los Estados para determinar el ejercicio de los derechos previstos por el artículo 12 del Convenio.

74. Para el Gobierno, el derecho a casarse ha sido plenamente respetado en este caso, en las mismas condiciones que para cualquier otro ciudadano. No hay ninguna discriminación. La demandante decidió voluntariamente no casarse según las formas legalmente establecidas. No se puede pues reprochar al Estado español que no otorgue los mismos efectos a esta unión y a los matrimonios que han respetado las previsiones legales. Los artículos 12 y 14 del Convenio no pueden ser interpretados en el sentido de que impongan al Estado la aceptación de una forma concreta de prestación del consentimiento para casarse por el mero hecho de que tenga cierto arraigo social o se inserte en las tradiciones de una comunidad. No es por consiguiente contrario al artículo 12 del Convenio que el Estado

imponga unas formalidades determinadas para la prestación de tal consentimiento.

75. La demandante hace valer que en 1971 cuando se casó con M.D. según los ritos gitanos, sólo existía en España el matrimonio religioso, procediendo el matrimonio civil sólo en los casos de apostasía. Se casó según los ritos gitanos porque eran los únicos ritos reconocidos por su comunidad y porque de buena fe, no era libre para dar su consentimiento de otra manera. En consecuencia, la demandante se alza contra el hecho de haber sido privada de derechos sociales so pretexto de que no estuvo casada con M.D., negándose a ser considerada como compañera de hecho.

76. Para la demandante, el no reconocimiento en el derecho español de los ritos gitanos como forma de expresar el consentimiento para casarse, mientras que ciertos ritos religiosos constituyen formas válidas de expresión del consentimiento, constituye, per se, como una violación de los derechos invocados. La demandante hace notar que el matrimonio gitano existe desde hace más de 500 años en la historia española; se trata de una forma de prestación del consentimiento que no es civil ni religiosa, pero está íntimamente arraigada en la cultura de su comunidad, es reconocida y goza de efectos erga omnes en el seno de esta última, por el efecto convalidante de la costumbre. La ley española no tiene en cuenta las especificidades de la minoría gitana ya que la obliga a someterse a una forma de expresión del consentimiento que los miembros de esta comunidad no reconocen.

77. La Unión Romaní se refiere al carácter definitivo del consentimiento dado en el momento del matrimonio gitano y demanda el reconocimiento de la validez de sus ritos por el Estado. Hace valer que la comunidad gitana en España mantiene sus tradiciones desde hace siglos e invita al Tribunal a decir que el

respeto a las minorías étnicas, a sus tradiciones y a su legado e identidad culturales forma parte inherente del Convenio.

78. El Tribunal recuerda que el artículo 12 garantiza el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y a fundar una familia (*F. c. Suiza*, sentencia del 18 de diciembre de 1987, serie A nº 128, § 32, y *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], nº 28957/95, § 98, CEDH 2002-VI). El ejercicio del derecho a casarse comporta consecuencias sociales, personales y jurídicas. Se somete a las leyes nacionales de los Estados contratantes, pero las limitaciones que de ellas resulten no deben restringirlo o reducirlo de manera o hasta un punto en que se atente contra su misma sustancia (*I. c. Reino Unido* [GC], nº 25680/94, § 79, 11 de julio de 2002).

79. El Tribunal observa que el matrimonio civil en España en vigor desde 1981, está abierto a todos y considera que su reglamentación no implica discriminación por razones de orden religioso u otro. La misma fórmula ante un alcalde, un juez u otro funcionario designado se aplica a todos por igual. No se exige ninguna declaración de religión o creencias o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otros.

80. Es verdad que ciertas formas religiosas de prestación del consentimiento son admitidas en el derecho español, pero estas formas religiosas (católica, protestante, musulmana e israelita) son reconocidas en virtud de acuerdos firmados con el Estado por estas confesiones, y producen pues los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras que otras formas (religiosas o tradicionales) no son reconocidas. El Tribunal comprueba no obstante que se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, lo que no es aplicable en el caso de la comunidad gitana. Pero esta diferencia no impide o no prohíbe el ma-

trimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a la comunidad gitana, y responde a motivos que el legislador debe considerar y que pertenecen, como señala el Gobierno, a su margen de apreciación.

81. Por lo tanto, el Tribunal considera que el hecho de que las uniones gitanas no tengan efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14. Por consiguiente, esta queja está manifiestamente mal fundada y debe ser rechazada en aplicación del artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.

III. SOBRE LA APLICACION DEL ARTICULO 41 DEL CONVENIO

3. *En los términos del artículo 41 del Convenio,*

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.»

A. Daños

83. La demandante reclamaba al principio 60.959,09 euros (EUR) por el perjuicio material sufrido. En la audiencia del 26 de mayo de 2009, indicó percibir una pensión de viudedad desde el 1 de enero de 2007, por aplicación de la tercera disposición adicional de la ley nº 40/2007 del 4 de diciembre de 2007, sobre las medidas relativas a la Seguridad Social, como compañera de hecho de M.D. (parágrafo 21 anterior). Redujo desde entonces sus pretensiones por daño material a la cantidad de 53.319,88 EUR. Reclama también 30.479,54 EUR por perjuicio moral.

84. El Gobierno se opone a esta tesis.

85. El Tribunal recuerda luego que el principio que sustenta la concesión de una satisfacción equitativa está bien establecido: hay que, en tanto sea posible, colocar el interesado en una situación equivalente a la que se encontraría si la violación del Convenio no hubiera tenido lugar (ver, *mutatis mutandis*, *Kingsley c. Reino Unido* [GC], nº 35605/97, § 40, CEDH 2002-IV). Por otro lado, la condición *sine qua non* para la concesión de una reparación de un daño material es la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio alegado y la violación comprobada (*Nikolova c. Bulgaria* [GC], nº 31195/96, § 73, CEDH 1999-II), y lo mismo ocurre con el daño moral (*Kadiķis c. Letonia (nº 2)*, nº 62393/00, § 67, 4 de mayo de 2006).

86. Sin querer especular con el importe exacto de la pensión a la cual la demandante habría podido aspirar si la violación constatada del artículo 14 no se hubiera producido, el Tribunal debe tener en cuenta el hecho de que sufrió un daño moral y material cierto. Estatuyendo en equidad, como lo requiere el artículo 41 del Convenio y en atención a todas las circunstancias particulares del caso, le concede 70.000 EUR, comprendiendo conjuntamente todos los tipos de perjuicio (ver, *mutatis mutandis*, *Koua Poirrez*, ya citada, § 70).

B. Costas y gastos

87. La demandante reclama 3.480 EUR por los gastos y costas ante el Tribunal Constitucional y 3.382,56 EUR para los correspondientes al procedimiento ante el Tribunal. Aporta los justificantes de estos importes.

884. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante no puede obtener el reembolso de sus gastos y costas en la medida en que se encuentran estable-

cidos su realidad, su necesidad y el carácter razonable de su tasa. En este caso y teniendo en cuenta que los documentos en su posesión y dichos criterios, el Tribunal considera razonable la suma de 6.862,56 EUR por los gastos y las costas expuestas en el marco del procedimiento nacional y ante el Tribunal, cantidad de la que hay que deducir 1.450 EUR ya pagados en este caso por el Consejo de Europa en calidad de asistencia judicial. Concede pues a la demandante 5.412,56 EUR.

C. Intereses moratorios

89. El Tribunal considera apropiado fijar el índice de los intereses moratorios en el tipo de interés de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo mejorado en tres puntos de porcentaje.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,

1. *Declara*, por unanimidad, admisible la queja librada del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo nº 1;

2. *Declara*, por mayoría, inadmisibles la queja librada del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 12;

3. *Dice*, por seis votos contra uno, que hubo violación del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo nº 1;

4. *Dice*, por seis votos contra uno,

a) que el Estado demandando debe pagar a la demandante, en tres meses a contar desde el día en que la sentencia sea definitiva conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, las siguientes cantidades:

i. 70.000 EUR (setenta mil euros), más todo importe que pueda ser debido a título de impuesto, por el conjunto de los perjuicios sufridos;

ii. 5. 412,56 EUR (cinco mil cuatrocientos doce euros y cincuenta y seis céntimos), más todo importe que pueda ser debido a título de impuesto por la demandante, por costas y gastos;

b) que a contar desde la expiración de dicho plazo y hasta el pago, estas cantidades serán incrementadas en los intereses fijados en una tasa igual a la de la facilidad del préstamo marginal del Banco central europeo aplicable durante este periodo, aumentado en tres puntos de porcentaje ;

5. *Rechaza*, por unanimidad, la demanda de satisfacción equitativa por lo demás.

SANTIAGO QUESADA JOSEP CASADEVALL

Secretario

Presidente

En la presente sentencia se encuentra unido, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de la opinión separada del juez Myjer.

J.C.M.

S.Q.

OPINION DISIDENTE DEL JUEZ MYJER

(Traducción)

« *María Luisa Muñoz pide en el Tribunal de Estrasburgo una reparación histórica para los gitanos*, tituló el *Nevipens Romani* (ejemplar del 1-15 de junio de 2009). El subtítulo se lee así: «*Catorce millones de gitanos podrían verse beneficiados de la decisión del Tribunal de Derechos Humanos*»

Estoy muy sinceramente a favor de la igualdad de los Gitanos, causa mantenida por el Consejo de Europa desde hace muchos años. Y puedo comprender que los gitanos deseen que un matrimonio con-

traído entre dos personas de etnia gitana según las tradiciones y los ritos gitanos sea reconocido como un matrimonio legalmente válido por las autoridades civiles. Dicho esto, considero que no incumbe al tribunal traducir tal deseo en una obligación que emane del Convenio.

En su título 1, el Convenio enumera los derechos fundamentales que los Estados contratantes tienen que garantizar a toda persona dependiente de su jurisdicción. El Tribunal tiene la tarea de «asegurar el respeto a los compromisos que emanan para las Altas Partes contratantes del presente Convenio y de sus protocolos» (artículo 19). Con este fin se ve reconocer una competencia que « se extiende a todas las cuestiones que conciernen a la interpretación y a la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le serán sometidas » (artículo 32). Haciendo esto, debe limitarse en lo posible a examinar los problemas derivados del caso concreto que se le somete (ver, entre numerosos ejemplos, *Deweer c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980, § 40, serie A nº 35 ; *Minelli c. Suiza*, 25 de marzo de 1983, § 35, serie A nº 62). Su tarea no consiste pues en absoluto en examinar *in abstracto*, a la vista del Convenio, el texto del derecho interno cuestionado (ver, entre muchas otras, la sentencia *F. c. Suiza*, 18 de diciembre de 1987, § 31, serie A nº 128).

Ciertamente, el Convenio es un instrumento vivo y el Tribunal tuvo la oportunidad de extender el alcance de los derechos que garantiza más allá del sentido original a la luz de las evoluciones sociales que no habían sido previstas en el momento en el que el Convenio fue elaborado (ver, por ejemplo, *Marckx c. Bélgica*, 13 de junio de 1979, § 41, serie A nº 31 ; y *Opuz c. Turquía*, nº 33401/02, § 164, CEDH 2009-...). Haciendo esto, el Tribunal ha reconocido que la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio (*Christine Goodwin*

c. Reino Unido [GC], nº 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI), sopesando no obstante siempre, el interés general y el interés de la persona implicada (*Christine Goodwin*, § 93).

Sin embargo, la competencia del Tribunal no llega a crear derechos que no están enumerados en el Convenio, por útiles o incluso deseables que puedan ser. Si el Tribunal interpretara el Convenio de este modo, perdería toda credibilidad como jurisdicción a los ojos de los Estados contratantes, comprometiendo así el sistema único de protección de los derechos humanos a nivel internacional del que fue la pieza clave hasta ahora.

El artículo 12, que garantiza «el derecho al matrimonio», deja claramente a las autoridades nacionales las modalidades de ejercicio de este derecho (“según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de ese derecho”). En ello ha concluido también el Tribunal en la sentencia precitada *F. c. Suiza* (*loc. cit.*, § 32):

« Por el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y a fundar una familia. Su ejercicio entraña consecuencias de orden personal, social y jurídico. Se «obedece a las leyes nacionales de los Estados contratantes», pero “ las limitaciones resultantes no deben (...) restringir o reducir “ el derecho en cuestión” de manera o a en un grado que lo hirieran en su misma sustancia» (...).

En todos los Estados miembro del Consejo de Europa, estas “limitaciones” aparecen como otras tantas condiciones y figuran en reglas ya sea de forma o de fondo. Las primeras se refieren particularmente a la publicidad y la celebración del matrimonio; los segundos afectan sobre todo a la capacidad, el consentimiento y a ciertos impedimentos. »

Que yo sepa, todos los Estados contratantes vinculan consecuencias jurídicas a

un matrimonio legal. Estas consecuencias jurídicas son diversas por naturaleza; pueden por ejemplo tener relación con la obligación mutua de asistencia - en ciertos casos hasta después de fin del matrimonio-, a los derechos de pensión o de Seguridad Social del cónyuge sobreviviente en caso de fallecimiento del otro, o a derechos en materia de sucesión. Estas consecuencias pueden también alcanzar a terceros, que pueden tener derecho a perseguir los bienes de la comunidad para asegurar el pago de las deudas de uno de los esposos. Algunas Partes contratantes prevén el registro de uniones de hecho y vinculan a las uniones registradas todo o parte de las consecuencias jurídicas del matrimonio.

El Tribunal ha tardado en intervenir en el ejercicio por las Partes contratantes de sus prerrogativas en la materia; hasta ahora, su intervención se ha limitado a casos donde el derecho nacional impedía casarse a un hombre y una mujer (*F. c. Suiza*, ya citada ; *B. y L. c. Reino Unido*, nº 36536/02, 13 de septiembre de 2005). Este caso es diferente.

Resalto, como la mayoría (parágrafo 80 de la sentencia), que «el matrimonio civil [está] abierto a los Gitanos en las mismas condiciones de igualdad que para las personas que no pertenecen a la comunidad gitana». La demandante no ha sido pues víctima de una « diferencia de trato» prohibida por el artículo 14 del Convenio. Más en general, en ausencia de cualquier diferencia de trato, rechazo la idea de que el Estado tendría la obligación positiva de adaptar sus leyes relativas al matrimonio a los deseos de individuos o de grupos con un estilo de vida particular, incluso en el caso en que estos individuos o grupos, como es el caso de los Gitanos en España, constituyan una parte importante de la población. Suscribo pues la conclusión de la mayoría que declara inadmisible la queja derivada del artículo 14 en relación con el artículo 12.

En cambio, me desmarco de la mayoría en que considero que no hubo violación del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1. Aunque los miembros de la mayoría declaran haber llegado a esta conclusión basándose exclusivamente en las circunstancias particulares del caso, tengo el sentimiento (incómodo) de que hayan podido querer llamar la atención de las autoridades españolas sobre lo que perciben como una negativa a adoptar una legislación que refleje de manera adecuada la situación específica de los Gitanos. En mi opinión, este punto de vista se manifiesta en el párrafo 61 de la sentencia, cuando la mayoría declara que «aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes que rigen el matrimonio, puede influir en la manera de aplicar estas leyes». Me pregunto si una declaración parecida puede verdaderamente fundarse sobre la jurisprudencia citada en los párrafos 60 y 61, la cual -como se reconoce en la sentencia misma- ha sido desarrollada en un contexto factual y jurídico diferente, a saber, el de la ordenación del territorio.

No resulta evidente que tal razonamiento sea válido en el marco de la aplicación de una legislación relativa a la Seguridad Social que reconoce prestaciones a los beneficiarios. A mi juicio, sería más lógico establecer el paralelismo con el caso *Goudswaard-van der Lans c. Países Bajos* ((dec.), nº 75255/01, CEDH 2005-XI), que enuncia que:

(...) si el Convenio como tal, completado por sus Protocolos obliga a las Partes contratantes a respetar las opciones individuales en materia de estilo de vida, en la medida en que no autoriza explícitamente restricciones, no les impone una obligación positiva de sostener las opciones individuales de estilo de vida con fondos que les son confiados en su calidad de administradores de los dineros públicos.

La situación en este caso se diferencia de la de una pareja no casada que tiene hijos y funda una familia. El Tribunal reconoce desde hace tiempo que los hijos nacidos fuera del matrimonio no deben ser tratados de forma diferente -ya sea en el plano patrimonial o se trate de otras cuestiones relacionadas con la familia- que los hijos nacidos de parejas casadas (principio enunciado en la sentencia *Marckx c. Bélgica*, 13 de junio de 1979, serie A nº 31 ; comparar igualmente con, entre otras, *Kroon y otras c. Países Bajos*, 27 octubre de 1994, § 30, serie A nº 297-C). A mi juicio, este principio tiene como corolario que, si las autoridades españolas se hubieran negado a reconocer a la demandante la condición de madre de una familia numerosa y a concederle los subsidios correspondientes o a inscribir a los hijos en el libro de familia, habrían sido, sin duda, tachadas de culpables de discriminación con respecto a la demandante y a su familia. Sin embargo, como se subraya en la sentencia *Marckx* (§ 67), este razonamiento no puede revertirse:

« El artículo 12 también sería también violado cuando la ley no da a los padres «naturales» los mismos derechos que a los esposos. Las demandantes parecen interpretarlo así al exigir que todas las consecuencias jurídicas vinculadas al matrimonio valgan igualmente para situaciones comparables en algunos aspectos a éste. El Tribunal no suscribe tal opinión; considera con la Comisión que el problema del que se trata surge del marco del artículo 12»

Podemos preguntarnos si la demandante podía razonablemente no ser consciente del estatuto jurídicamente precario de su matrimonio gitano. No estoy persuadido de que la actitud de las autoridades españolas haya podido legítimamente inducir a la demandante a presumir que su matrimonio era válido conforme al derecho español. Estoy dispuesto a creer que ella lo ignoraba todo del contexto

jurídico cuando se casó a la edad de 15 años según los ritos gitanos. Sin embargo, considero abusivo responsabilizar al Estado demandado de su ignorancia. Sería todavía más abusivo reprochar una falta a las autoridades españolas en razón a la igualdad de trato que han reconocido a la demandante y a su familia respecto a las familias fundadas sobre la institución del matrimonio.

Las observaciones escritas y el alegato oral de la parte tercera, la Unión Romaní, me dieron la impresión de que se había hecho del caso de la demandante un asunto de principio con vistas a obtener la satisfacción de una antigua reivindicación, a saber el reconocimiento de la legalidad del matrimonio gitano. Es lo que también resalta de los titulares de los periódicos que cité anteriormente. Parece que en la actualidad hubiera numerosos Gitanos españoles que se casan dos veces, por una parte según el derecho español y por otra parte conforme a las tradiciones gitanas. Esta situación difiere un poco de la de numerosos países, incluido el mío (los Países Bajos), en los cuales el matrimonio legal se celebra ante una autoridad pública, siendo seguido, si las partes lo desean, de una ceremonia religiosa.

A este respecto, dudo que exista alguna base fáctica o legal para lo que se afirma en el párrafo 57: podemos decir verdaderamente que “ no se podía exigir a la demandante, sin atentar contra su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, a saber, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según los ritos gitanos. “? No sabemos nada de la obediencia religiosa de la demandante, si es que tiene alguna. Además, el Convenio (y particularmente su artículo 9, que garantiza la libertad religiosa) no estaba todavía vigente en España en 1971. En cualquier caso, es un *obiter dictum* bien audaz.

Advierto con satisfacción que el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la tercera disposición adicional de la ley 40/2007 del 4 de diciembre de 2007 relativa a ciertas medidas de seguridad social, se ha otorgado a la demandante una pensión de viudedad a partir del 1 de enero de 2007, como compañera de M.D. (párrafo 21 de la sentencia). Así, se ha encontrado una solución deseable en el nivel apropiado, a saber el nivel nacional.

**CASO TAPIA GASCAY D. C. ESPAÑA
(DEMANDA N.º 20272/06)
22 DE DICIEMBRE DE 2009**

Esta sentencia será definitiva en las condiciones definidas en el Artículo 44 § 2 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.

En el caso Tapia Gasca y D. c. España,

El Tribunal europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en una sala compuesta por:

Joseph Casadevall, *presidente,*

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Ann Power, *jueces,*

Alejandro Saiz Arnaiz, *juez ad hoc*

y Santiago Quesada, *secretario adjunto de sección,*

Después de haber deliberado en la sala del consejo el 1 de diciembre de 2009,

Presenta aquí la sentencia, aprobada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (n.º 20272/06) dirigida contra el Reino de España y donde una residente de este Estado, Doña María Belén Tapia Gasca («la primera demandante») y su hija menor («la segunda demandante») han presentado ante el Tribunal el 12 de mayo de 2006 en virtud del artículo 34 del Convenio de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales («el Convenio»).

2. Las demandantes están representadas por la Doña J.F. Thomas Mulet, abogada en Palma de Mallorca. El gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, Don I. Blasco Lozano, jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el Ministerio de Justicia.

3. La primera demandante, actuando en su nombre y como representante legal de la segunda demandante, se quejaba en su demanda de que las autoridades españolas se mostraron inactivas e ineficaces tras la huida de su ex-compañero con su hija y reprochaba a la fiscalía y a las autoridades judiciales una falta de colaboración a lo largo de todo el procedimiento. Alegaba violación de los artículos 6, 8, y 13 del Convenio.

4. El 10 de junio de 2008, el presidente de la sección tercera decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 3 del Convenio decidió además, que la sala se pronunciaría a la vez sobre la admisibilidad y el fondo.

5. Debido a la inhibición de Don L. López Guerra, juez elegido por España (artículo 28 del reglamento), el Gobierno designó a Don A. Saiz Arnaiz como juez *ad hoc* para ocupar su puesto (artículos 27 § 2 del Convenio y 29 § 1 del reglamento).

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. La demandante nació en 1959 y reside en Zaragoza. Durante tres años mantuvo una relación sentimental con A.CH.A., ciudadano marroquí, de la que nació la segunda demandante, D., en 1994.

A. Procedimiento civil y secuestro de la niña

7. Víctima de malos tratos y de agresión por parte de A.CH.A., la primera demandante, después de haber denunciado a su compañero repetidas veces, presentó ante el juez de primera instancia n.º 6 de Zaragoza una petición de medidas provisionales en el marco del procedimiento de separación.

8. El 15 de junio de 1996, el juez ordenó a la dirección general de la Guardia Civil hacer lo necesario para impedir que la menor D. abandonara el territorio nacional. El 21 de junio de 1996, la comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza indicó que se habían tomado las medidas necesarias.

9. Por un juicio de 24 de febrero de 1997, que confirmaba esencial su auto de 15 de junio de 1996, ordenaba algunas medidas provisionales, el juez de primera instancia n.º 6 de Zaragoza acordó con la primera demandante el derecho de custodia sobre D., con la patria potestad compartida, atribuyó al padre ejercer un derecho de visita en presencia de la madre o de una persona de su confianza y le prohibió sacar a D. del territorio nacional sin autorización judicial. El juez precisó, que el acusado tenía un carácter violento y que había hecho sufrir permanentemente a la primera demandante por malos tratos, especialmente psíquicos, y que había amenazado con sacar a su hija del país. El juez rechazó sin embargo la petición de la primera demandante en

cuanto a la retirada del pasaporte de su hija.

10. El 20 de abril de 1997, A.CH.A., que se había llevado a D. entonces de dos años, con ocasión de una visita, no devolvió la niña a su madre. La primera demandante compareció durante la noche del 20 al 21 de abril de 1997 ante el juez de guardia de Zaragoza y, frente a la posibilidad de que su hija fuera secuestrada y sustraída del territorio nacional, pidió que se alertara a la Guardia Civil y a los puestos fronterizos con Marruecos con el fin de impedir la salida de la menor, y que la policía judicial procediera a la localización de esta última. Ella informó también al juez de primera instancia n.º 6.

11. El 21 de abril de 1997, el juez de primera instancia n.º 6 ordenó un registro en el domicilio de A.CH.A. con el fin de localizar a la menor, reiteró la prohibición de salida del territorio e informó a los puestos fronterizos, en particular a los de Algeciras y Francia y los que pudieran estar relacionados con Marruecos, con el fin de impedir la salida del territorio nacional de D., acompañada por su padre o por miembros de su familia marroquí, que pudieran ser de nacionalidad francesa o finlandesa. La Interpol de España pidió a la Interpol de Francia y a la Interpol de Rabat hacer lo necesario.

12. Por un juicio del juez de primera instancia n.º 6 de Zaragoza del 1 de diciembre de 1999, A.CH.A. fue privado de la patria potestad, que fue íntegramente atribuida a la primera demandante.

B. Procedimientos seguidos en España después del secuestro de la niña

13. A continuación de la no representación de la niña, la primera demandante entabló diversos procedimientos, por una parte ante la Administración y las jurisdicciones contencioso-administrativas y por otra parte, ante las jurisdicciones penales, contra el padre de D. contra otras personas que ella estimaba responsables de la desaparición de su hija.

14. La primera demandante presentó una reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial de la Administración. El ministerio del Interior la desestimó por un auto de 7 de octubre de 1999.

1. Procedimiento contencioso-administrativo

15. La interesada acudió entonces a la Audiencia Nacional con un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la Administración. Por una sentencia de 17 de enero de 2001, la Audiencia Nacional admitió parcialmente las peticiones de la primera demandante, otorgándole una indemnización de 12.000.000 de pesetas (alrededor de 72.000 euros), que el ministerio del Interior era condenado a pagarle en razón de la no ejecución a tiempo de la orden, dada por el juez de instancia n.º 6 de Zaragoza, de cerrar las fronteras para que D. abandonara el territorio español.

16. La sentencia señalaba que el 14 (o el 15) de junio de 1996, el juez de primera instancia n.º 6 había ordenado a la dirección general de la Guardia Civil, a través de la comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza, que había acusado recibo el 21 de junio de 1996, de hacer lo necesario para impedir a la menor D. abandonar el territorio nacional, cosa que sólo se había hecho en lo que concierne al aeropuerto de Zaragoza. Precisaba que se presumía que D., hubiera abandonado el territorio nacional acompañada por su padre A.CH.A., por la frontera de Tarajal (Ceuta) el 21 de abril de 1997, la orden de retención de la menor, confirmada en urgencia por el mismo juez n.º 6 el 21 de abril de 1997, fue registrada el 22 de abril de 1997. A. CH.A., habría así podido salir sin difi-

cultad de España con su hija D., por el puesto fronterizo de Ceuta.

2. *Procedimientos penales*

17. La primera demandante presentó varias quejas penales por delito de desobediencia a la autoridad judicial ante diversos jueces de instrucción de Zaragoza contra A.CH.A., sus dos hermanos y sus padres.

a. Procedimientos entre 1997 y 1999

18. A continuación de la queja presentada el 21 de abril de 1997, el juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza comenzó el procedimiento DP 1247/97 contra A.CH.A. por un delito de desobediencia a la autoridad judicial. Las quejas presentadas después por la primera demandante, se unieron a la primera y fueron examinadas en el marco del mismo procedimiento.

19. El 25 de abril de 1997, el juez de instrucción n.º 8 de Zaragoza dictó contra A.CH.A. una orden de búsqueda, que fue dirigida a la Interpol de Francia ese mismo día. Según sus términos, la niña debía ser llevada a un centro de menores a disposición de su madre y A.CH.A. debía ser puesto después en libertad.

20. En el marco del procedimiento DP 1247/97, entablado por delito de desobediencia al juicio del juez de asuntos familiares (juez de primera instancia n.º 6) e inejecución de este juicio, la primera demandante se constituyó en parte civil. Durante la instrucción del caso, el juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza ordenó, el 29 de abril de 1997, que tuviera lugar un registro al día siguiente en el domicilio de A.CH.A. y en su lugar de trabajo.

21. El 16 de mayo de 1997, después de haber informado al juez de instrucción n.º 3, la comandancia superior de la policía de Zaragoza pidió a la Interpol de Argel localizar a A.CH.A. y a su hija en Argel, y a la Interpol de Rabat a verificar

los movimientos registrados desde el 21 de abril de 1997 en el puesto fronterizo de Bab Sebta (Ceuta).

22. El 19 de mayo de 1997, el juez de instrucción n.º 3 expidió a las autoridades marroquíes una comisión rogatoria con el fin de localizar a la niña, que sin embargo no dio ningún resultado.

23. El 26 de junio de 1997, el ministerio de Justicia español se dirigió a su homólogo marroquí en tanto que autoridad central encargada de la aplicación del Convenio hispano-marroquí de cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de guardia, de derecho de visita y de restitución de menores de 30 de mayo de 1997. Fundándose en las decisiones dictadas a favor de la primera demandante en el marco del procedimiento civil, él pidió la restitución inmediata de la menor a su madre. El 13 de julio de 1998 el ministerio de Justicia español fue informado del juicio dictado en Marruecos el 23 de junio de 1998, que admitía a trámite la petición de restitución de la menor para que fuera localizada (ver, más abajo, párrafo 35).

24. Mientras tanto, la comandancia superior de la policía de Zaragoza verificó en Francia y en Marruecos los domicilios de la abuela paterna de D., de uno de sus tíos, T. y de alguna otra persona. El 20 de septiembre de 1997, como continuación de las informaciones proporcionadas de una parte por el delegado del ministerio del Interior español en Rabat concernientes a las investigaciones de la policía marroquí y, de otra parte, por la primera demandante, se pidió a la Interpol de Oslo y a la Interpol de Helsinki buscar a T. y verificar si D. o su padre se encontraban con T. También fue enviado un expediente completo con todas las informaciones disponibles sobre la menor al secretario general de la Interpol de Lyon a fin de completar la información difundida en los Estados de la red In-

terpol. Estos datos fueron puestos en la página de internet de la Interpol en octubre de 1998, después de que se obtuviera la autorización de la primera demandante.

25. En octubre de 1997 y en junio de 1998, el ministro de Justicia español pidió a su homólogo marroquí efectuar todas las gestiones necesarias para encontrar a la menor y restituirla a su madre en España. La primera demandante fue informada de este trámite así como de la disposición favorable de las autoridades marroquíes de encontrar una solución al caso, sobre la base de una queja penal por sustracción de persona, que la interesada fue invitada a presentar en Marruecos. En efecto, los padres de D., no estaban casados, la legislación marroquí no reconocía ningún derecho de A.CH.A. sobre la niña, que no tenía pues la nacionalidad marroquí. Siendo española, D. debía ser restituida a su madre.

26. Estando la menor y su padre en paradero desconocido, los intercambios entre los funcionarios españoles y marroquíes tuvieron lugar a este respecto en el marco de la comisión mixta hispano-marroquí prevista por el Convenio bilateral. Se enviaron múltiples cartas y se sostuvieron contactos entre los ministerios y la Embajada de España en Marruecos. Las fotos de la menor y de su padre fueron difundidas en el seno de la policía judicial marroquí, con petición de búsqueda inmediata, y las autoridades marroquíes fueron informadas del nacimiento de la menor fuera del matrimonio, elemento necesario para la resolución del expediente.

27. Se dictaron numerosas órdenes de sobreseimiento provisional en España, y la instrucción se reabrió en numerosas reanudaciones. Así, el 25 de febrero de 1998 el juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza dictó una orden de sobreseimiento provisional por delito de desobediencia grave a la autoridad, que consideraba si

los hechos podían ser en principio juzgados constitutivos de una infracción penal y si la persona que pudiera ser considerada como responsable estaba identificada, esta persona se encontraba en lugar desconocido. Esta decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial el 30 de abril de 1998, conforme al parecer de la fiscalía. El 21 de septiembre de 1999, la Audiencia Provincial confirmó en apelación los diferentes mandatos de sobreseimiento provisional dictados en el caso.

28. Entre tanto, el 25 de junio de 1999, el ministerio de Justicia español autorizó a la primera demandante, que debía desplazarse a Marruecos, a ocuparse personalmente de los trámites relativos a tres comisiones rogatorias a realizar ante la autoridad marroquí competente con el fin de encontrar a su ex compañero.

b. Procedimientos entre 1999 y 2000

29. Como continuación a la queja penal presentada por la primera demandante contra A.CH.A. y contra los hermanos, el padre y la madre de éste último por presunto delito, entre otros, de detención ilegal, la Audiencia Provincial ordenó, el 18 de noviembre de 1999, la reapertura del caso sobre la base de nuevos elementos proporcionados por la primera demandante en relación al sitio donde podría encontrarse A.CH.A.

30. El 12 de enero de 2000, el juez de instrucción n.º 3 expidió una orden de arresto internacional contra A.CH.A. por delito de desobediencia grave a la autoridad, siendo su intención pedir, posteriormente, la extradición del interesado. En virtud del artículo 826 § 3 del código del procedimiento penal, esta orden no podía ser efectiva en Marruecos, en la medida en que A.CH.A. era residente marroquí. El 21 de enero siguiente, Interpol Madrid informó al juez de instrucción que la orden no había sido difundida, que

la extradición no podía ser acordada más que por delitos que conllevaran una pena superior a un año, cosa que no era el caso del delito de desobediencia a la autoridad. Entre tanto, se expidió una orden de arresto internacional por las autoridades marroquíes (párrafo 34 más abajo).

31. Siguiendo las instrucciones de la Audiencia Provincial, el 13 de enero de 2000, el juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza reabrió el procedimiento contra A.CH.A., pero rechazó ampliar el procedimiento a su padre y a sus hermanos, considerando, con la fiscalía, que no estaba demostrado que los delitos imputados a los interesados hubieran sido cometidos en territorio nacional.

32. El 5 de junio de 2000, el juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza dictó una nueva orden de sobreseimiento provisional, en la cual retomaba los términos de la del 25 de febrero de 1998 y se refería por otro lado, a la no procedencia de una eventual orden de arresto internacional concerniente a A.CH.A., que se encontraba en paradero desconocido. Esta orden fue confirmada en apelación el 6 de octubre de 2000 por la Audiencia Provincial, que estimó que los hechos podían ser juzgados constitutivos de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, pero no de coacción o de detención ilegal.

33. En agosto de 2000, como continuación a las informaciones recibidas por Interpol España según las cuales D. y su tío T. podrían encontrarse, con documentos de identidad falsos, en un hotel en Tenerife, se llevaron a cabo investigaciones inmediatas, sin resultado.

C. Procedimientos seguidos en Marruecos (1997-2001)

34. Entretanto, se realizaron numerosas actos de instrucción en Marruecos por iniciativa de la primera demandante.

Entre otros, el 20 de octubre de 1999 fue expedida una orden de arresto internacional por el juez de instrucción de Anfa contra A.CH.A. y su hermano T., por los cargos de secuestro de una niña menor con petición de rescate, de falsificación y falsedad de documentos.

35. Después de haber reconocido, en virtud del Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997, los autos de las jurisdicciones españolas que conferían a la primera demandante el derecho exclusivo de custodia de su hija, el tribunal de primera instancia de Casablanca-Anfa ordenó, por un juicio de 23 de junio de 1998, que la niña fuera devuelta a su madre, a continuación de la petición hecha por el procurador del rey junto a dicho Tribunal en virtud del artículo 7 de la Convención bilateral. Este juicio no fue seguido de efecto, no habiendo sido encontrados A.CH.A. y D. por las autoridades marroquíes.

36. Por un juicio pronunciado el 26 de julio de 2000, varias personas, entre ellas el abuelo paterno de la niña, fueron condenadas por falsificación, en razón de un acta de matrimonio que habría sido falsificada con el fin de modificar el nombre y la filiación de D.

37. En octubre de 2001, un tribunal marroquí condenó a dos notarios a diez años de prisión por la participación en la falsificación relativa a los documentos de filiación de la menor.

38. Los contactos tendentes a la reducción de la condena del abuelo de la niña a cambio de la entrega de esta última a su madre, tendrían lugar entre la primera demandante y el Primer ministro y el ministro de Justicia de Marruecos en 2001, pero no tuvieron ningún resultado.

D. Nueva querellas penales (2001-2002)

39. La primera demandante presentó ante el juez central de instrucción n.º 6 en la Audiencia Nacional y los jueces de instrucción n.º 2 y 4 de Zaragoza nuevas quejas penales dirigidas contra los miembros de la familia de A.CH:A., especialmente su hermano T., del que sospechaba había participado en el traslado de la menor a Marruecos por delitos, entre otros, de violencia y de detención ilegal o secuestro.

40. El 2 de marzo de 2001, Interpol de Helsinki, como continuación de una petición dirigida por Interpol España, confirmó que T. residía de nuevo en Helsinki pero que no se tenían noticias de D. ni de su padre.

41. Como continuación a diversas decisiones sumariales relativas a las renunciaciones de algunos jueces y a la asignación de competencia al juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza, este último, por un auto de 10 de julio de 2001, abrió de nuevo el expediente contra A.CH:A. y T. pero no contra los padres de A.CH:A. y otro de sus hermanos. El juez expidió a las autoridades finlandesas una comisión rogatoria de su demandante para obtener el testimonio de T. en tanto que encausado por delitos de desobediencia y de detención ilegal; la Interpol fue contactada con el fin de proceder a la localización de la niña, que después de ciertas informaciones podía encontrarse en Finlandia, para restituirla a su madre. El 19 de julio de 2001 Interpol España respondió que después de las informaciones proporcionadas por Interpol Finlandia, nada probaba que A.CH:A. y su hija estuvieran en Finlandia.

El juez decidió escuchar también a dos testigos propuestos por la primera demandante, uno de los cuales debía ser citado por medio de una comisión rogatoria por las autoridades francesas. La primera demandante insistió para que el

procedimiento fuera igualmente dirigido, entre otros, contra el hermano y el padre de A.CH:A.

42. El 1 de agosto de 2001, el juez declaró no pertinente la orden de arresto internacional dirigida contra T.

43. Por un auto de 20 de septiembre de 2001, el juez de instrucción rechazó ampliar el procedimiento al padre y a los hermanos de A.CH:A. y mantuvo la calificación de delito de desobediencia a la autoridad.

44. En febrero de 2002, Interpol España recibió un fax de la primera demandante que indicaba que A.CH:A. se encontraba en Montpellier con D., que habría dejado Marruecos en compañía de dos mujeres, esposas de A.CH:A. Interpol España pidió a Interpol Francia que le proporcionara información a este respecto.

45. El 4 de marzo de 2002, T. fue interrogado en Finlandia en virtud de la comisión rogatoria.

46. El 30 de julio de 2002, la primera demandante pidió sin éxito, al juez de instrucción n.º 3, la administración de algunas pruebas.

47. El 19 de noviembre de 2002, el juez confirmó que la orden de arresto internacional contra A.CH:A. estaba todavía en vigor.

1. *Comunicación a las autoridades españolas del posible fallecimiento de la niña*

48. Por una carta de 10 de octubre de 2002, la primera demandante avisó al ministerio de Justicia español que tras ciertas informaciones en su posesión su hija estaba muerta, rogándole que procediera a las verificaciones necesarias y llegado el caso, entregarle el certificado de defunción. Fue expedida una comisión rogatoria al Tribunal de apelación de Casablanca, con el fin de verificar el

eventual fallecimiento de la menor y de la expedición de los documentos pertinentes. Ninguna información sobre la sucesión de estos actos fue adjuntada al expediente.

2. *Reapertura del procedimiento en razón de una modificación legislativa*

49. El 16 de enero de 2003, a continuación de la entrada en vigor de la ley orgánica 9/2002 de 10 de diciembre de 2002 sobre la modificación del código penal, que introducía en su nuevo artículo 225 bis el delito de sustracción de menores, la primera demandante puso una nueva queja contra T., hermano del padre de la niña y contra toda persona que hubiera podido ser responsable de los hechos denunciados, por delitos de secuestro, violencia y desobediencia grave a la autoridad.

50. El 17 de enero de 2003, la Audiencia Provincial de Zaragoza declaró que la instrucción debía mantenerse abierta, se refirió a la modificación del código penal realizada por ley orgánica 9/2002 y ordenó al juez de instrucción investigar con el fin de saber si la niña estaba todavía con vida o, en caso contrario, verificar la fecha de su fallecimiento. La Audiencia Provincial señaló a este respecto que «se tratándose de un delito de carácter continuado (...) y por tanto que en la fecha de entrada en vigor de la modificación legislativa (el 11 de diciembre de 2002) la menor estaba con vida», la nueva legislación afectaría necesariamente al procedimiento en curso.

51. El 11 de marzo de 2003, el juez de instrucción pidió a Interpol España una puesta al día sobre las últimas investigaciones efectuadas concernientes a la localización de D. Interpol España presentó un informe con fecha de 27 de marzo de 2003, en el cual era preciso que, como continuación a las nuevas informaciones recibidas de la primera de-

mandante, Interpol España se dirigiera a Interpol de Rabat y al delegado policial español en Rabat a fin de verificar si D. había pasado una temporada en un hotel en Agadir con una mujer belga de origen marroquí. Desde que en ese momento apareció una mujer respondiendo a esas características que, en efecto, había pasado una temporada en el hotel con una niña no registrada, se expidió una comisión rogatoria en Bruselas por el juez de instrucción el 31 de marzo de 2003, con el fin de seguir los desplazamientos de la mujer y de la menor que la acompañaba y de verificar su identidad. No se obtuvo ningún resultado respecto a D..

52. Por un auto de 15 de octubre de 2003, el juez de instrucción rechazó expedir una orden de arresto internacional contra T. En una orden motivada de 13 de noviembre de 2003, estimó que el ingreso en prisión de T. no cambiaría nada la situación de la menor. La primera demandante había pedido también que las órdenes de arresto internacional fuesen expedidas contra los padres y uno de los hermanos de A.CH:A. El juez de instrucción, cuya decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial, rechazó sin embargo admitir a trámite esta petición.

53. En 2004, la primera demandante se quejó ante el Consejo superior del poder judicial de la actitud del juez responsable de la instrucción y de la extensión del procedimiento. Por otra parte, se dirigió al fiscal general, haciendo valer que la fiscalía, que tenía la obligación legal de proteger a los menores, no hubiera actuado en ningún momento durante los ocho años de instrucción en interés de D. Pidió que fuera diligenciado un procedimiento disciplinario por este cargo en contra del fiscal responsable.

54. La declaración de T. obtenida en el marco de la comisión rogatoria de 2002 que había sido impugnada por la primera demandante el 13 de diciembre de 2004, el juez de instrucción decidió

interrogar de nuevo a T. en Finlandia, por videoconferencia. Por problemas técnicos y sumariales en Finlandia, la audición no pudo tener lugar en la fecha prevista.

55. Por un auto de 2 de marzo de 2005, confirmado por la Audiencia Provincial de Zaragoza el 8 de junio de 2005, el juez de instrucción decidió reemplazar la videoconferencia por una nueva comisión rogatoria en Finlandia.

56. La primera demandante había pedido estar presente y ser asistida por una intérprete en la comisión rogatoria que debía tener lugar en Finlandia el 30 de septiembre de 2005, el juez exigió las diligencias necesarias para ello. Por un orden de 14 de marzo de 2005, el juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza decidió que las copias de las transcripciones relativas a las escuchas telefónicas efectuadas en 1997 fuesen reenviadas a la primera demandante para la interrogación de T. Las preguntas que se le hicieron a T. fueron comunicadas a las partes.

57. La primera demandante apeló entonces al Tribunal Constitucional con un recurso de amparo contra estas decisiones, basándose en los artículos 18 (derecho a la intimidad familiar) y 24 (derecho a un proceso equitativo en un plazo razonable) de la Constitución. Por un auto de 10 de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional declaró el recurso inadmisibles por manifiesto defecto de fundamento, estimando que la interesada se limitaba a dar a conocer su desacuerdo con las decisiones pronunciadas por las jurisdicciones ordinarias.

58. El 30 de septiembre de 2005, por ejecución de la decisión del juez de instrucción de 2 de marzo de 2005 (párrafo 55 más arriba), T. fue interrogado de nuevo en Helsinki y sus respuestas así como un DVD de la comisión rogatoria fueron recibidas el 26 de enero de 2006. En el curso de su interrogatorio, T. negó los hechos, indicó que él no había

ido a España el 21 de abril de 1997 con su hermano o con la hija de este último, que no había viajado con ellos a Marruecos, que no había ni pedido ni recibido dinero de la primera demandante y que no sabía dónde se encontraban su hermano y su sobrina. A petición de la fiscalía, los documentos relativos a la comisión rogatoria fueron traducidos al español.

59. El 10 de mayo de 2006, una nueva orden de sobreseimiento provisional fue dictada por el juez de instrucción n.º 3, a la vista de las declaraciones de T. y de la inconsistencia de los testimonios e informaciones sobre la base en la que la primera demandante solicitaba su inculpación. El recurso presentado contra esta orden fue rechazado el 21 de junio de 2006, habiendo sido juzgadas las pruebas administrativas no concluyentes y en todo caso ajenas a los hechos posteriores a la introducción en la legislación española por la ley 9/2002 de 10 de diciembre, no aplicable retroactivamente, del delito de sustracción de menor. T. fue entonces objeto de un sobreseimiento definitivo, a falta de elementos que indicaran que hubiera sido cometido un delito de sustracción de menor y que la niña pudiera estar en Finlandia. La apelación concebida por la primera demandante fue rechazada por un auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 31 de octubre de 2006. El sobreseimiento provisional pronunciado respecto a A.CH:A. precisaba que el interesado permaneciese en paradero desconocido, no era posible considerarlo formalmente como acusado, aunque la orden de búsqueda internacional estaba todavía vigente.

60. La primera demandante recurrió entonces en casación contra el auto de 31 de octubre de 2006. Por un auto de 17 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo declaró el recurso inadmisibles.

E. Procedimiento ante la jurisdicción de trabajo

61. Por una sentencia del juez de lo social n.º 4 de Zaragoza pronunciada el 1 de febrero de 2008, la primera demandante se ha visto reconocida en situación de incapacidad permanente absoluta de trabajo, con derecho a una pensión, en razón de su estado mental consecuencia de la desaparición de su hija D., a la que no ha vuelto a ver desde abril de 1997.

II. EL DERECHO Y LA PRÁCTICA INTERNOS E INTERNACIONALES PERTINENTES

A. La Constitución

62. Las disposiciones pertinentes de la Constitución se leen como sigue:

Artículo 10 § 2

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos

y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

Artículo 18

«1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...)»

Artículo 24

«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (...)»

Artículo 39 § 4

«Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

Artículo 96 § 1

«Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. (...)»

B. La ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996 sobre la protección jurídica de los menores, que modifica el código civil y el código de procedimiento civil, publicado en el Diario oficial (BOE) el 17 de enero de 1996

63. Las disposiciones pertinentes de esta ley son así citadas:

Artículo 3

«Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, (...)»

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.»

64. En aplicación de la disposición final n.º 4 de la ley precitada sobre la protección jurídica de los menores, ha sido añadido un segundo párrafo al artículo 216 del código civil que, en adelante, se lee como sigue:

Artículo 216

«Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos..»

65. Las disposiciones del artículo 158 del código civil se leen como sigue:

Artículo 158

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

(...)

2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

C. Las disposiciones del código civil que rigen la representación legal de los menores

66. Estas disposiciones se leen como sigue:

Artículo 154

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres..»

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1.....
Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.....
Representarlos y administrar sus bienes.
(...)

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad. (...)

Artículo 162

«Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados (...)

D. La práctica penal interna en materia de sustracción de menores por uno de los padres

67. Las jurisdicciones españolas rechazan calificar de detención ilegal o de secuestro de persona, delitos castigados por los artículos 163 -165 del código penal, con penas de prisión de cuatro a diez años, la no representación de un menor por una persona que ejerza la patria potestad respecto a su persona. Según la jurisprudencia, un acto parecido no era susceptible de ser perseguido más que por cargos de desobediencia o de resistencia a la autoridad, delitos castigados por el artículo 556 del código penal con una pena de prisión de seis meses a un año.

68. La ley orgánica 9/2002 de 10 de diciembre de 2002, vigente desde el 12 de diciembre de 2002, ha modificado las disposiciones del código penal y del código civil en materia de sustracción de menores.

69. Tratándose del ámbito penal, la exposición de los motivos de la ley subraya que una respuesta penal clara, diferente del delito genérico de desobediencia, se apunta como necesaria para los casos donde el autor de la sustracción o de la no representación del menor es de uno de los padres y donde la custodia del menor ha sido legalmente acordada por el otro progenitor o por otra persona o institución en interés del niño.

70. La ley ha introducido en el código penal un artículo 225 bis, cuya cita es la siguiente:

«1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

i. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia;

ii. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

(...)

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

E. El código de procedimiento penal

71. La disposición pertinente está así citada:

Artículo 826

«Sólo podrá pedirse o proponerse la extradición:

(...)

3.....

De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo.

F. El Convenio de Naciones Unidas relativo a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989

72. Las disposiciones pertinentes del Convenio relativas a los derechos del niño¹ son citadas así:

Artículo 3 § 1

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

Artículo 11

«1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.»

G. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos ci-

¹ España ha ratificado este instrumento el 6 de diciembre de 1990 y Marruecos el 21 de julio de 1993.

viles del secuestro internacional de niños

73. Las disposiciones pertinentes de este convenio² son citadas así:

Artículo 1

«El presente Convenio tiene por objeto:

a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.»

Artículo 2

«Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.»

Artículo 3

«El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no

haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.»

Artículo 6

«Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio. (...)»

Artículo 7

«Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración

entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;

b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;

c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;

d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;

e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;

² España ha ratificado este instrumento el 16 de junio de 1987. Marruecos no es parte de esta Convención.

f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;

g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;

h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;

i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

Artículo 8

«Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor .

(...)»

Artículo 11

«Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá de-

recho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. (...)»

Artículo 12

«Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor .»

Artículo 13

«No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor».

H. El Convenio hispano-marroquí de cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia de custodia, derecho de visita y de devolución de menores de 30 de mayo de 1997

74. Los dispositivos pertinentes de este Convenio disponen lo que sigue:

Artículo 1

«1. El presente convenio tiene por objeto:

a) asegurar el retorno de los niños desplazados o retenidos ilegalmente en uno de los dos países contratantes;

b) hacer reconocer y ejecutar las decisiones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita dictadas en uno de los países contratantes en el territorio del otro país;

c) favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en el territorio de los dos países.

2. hacen tomar a los países contratantes todas las medidas apropiadas para asegurar la realización de los objetivos del Convenio. A tal efecto, recurren a los procedimientos de urgencia previstos por sus legislaciones internas.»

Artículo 2

«El Convenio se aplica a cualquier menor de 16 años no emancipado que tenga la nacionalidad de uno de los dos países.»

Artículo 4

«Las peticiones de retorno de niños sustraídos o retenidos ilegalmente serán dirigidas a la autoridad central del país de residencia habitual del menor en el momento anterior a su sustracción o retención ilegal. Esta autoridad remitirá las peticiones a la autoridad central del otro país.

2. La autoridad central, tratará directamente o a través del ministerio público o del abogado del Estado, y tomará las medidas apropiadas para:

a) localizar al menor sustraído ilegalmente;

b) evitar nuevos peligros para el menor y especialmente su desplazamiento hacia territorio de un tercer país;

c) facilitar una solución amistosa, asegurar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita;

d) proporcionar las informaciones sobre la situación del menor;

e) asegurar la repatriación del menor;

f) proporcionar las informaciones sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de este convenio;

g) introducir, si ha lugar, por la intermediación del ministerio público o del abogado del Estado junto a la jurisdicción competente, la apertura de un procedi-

miento judicial o administrativo con el fin de obtener el retorno del menor;

h) hacer tomar en todos los casos, todas las medidas provisionales, las mismas no contradictorias, con el fin de evitar nuevos peligros para el menor o perjuicios para las partes concernientes.»

Artículo 7

«la sustracción de un menor del territorio del país demandante hacia el territorio del país demandado está considerada como ilegal y por consiguiente, la autoridad judicial ordenará su restitución inmediata cuando:

a) el desplazamiento ha tenido lugar haciendo caso omiso de una decisión judicial dictada contradictoriamente y ejecutada en el territorio del país demandante y en el momento de la presentación de la petición en restitución del menor:

– tenga su residencia habitual en el territorio de este país,

– el menor y sus progenitores tengan, en el momento de la sustracción, sólo la nacionalidad del país demandante;

b) haya habido violación de un derecho de custodia atribuido exclusivamente al padre o a la madre por el derecho del país del cual es residente;

c) la sustracción contravenga un acuerdo habido entre las partes concernientes y homologado por la autoridad judicial de uno de los dos países contratantes.»

Artículo 8

«1. Cuando la petición de retorno después de la sustracción ilegal del menor fuera formulada antes de la expiración de un plazo de seis meses, junto a las autoridades centrales de uno de los países contratantes, la autoridad judicial solicitada debe ordenar su retorno inmediato. (...).»

EN DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 8 DEL CONVENIO

75. La primera demandante, actuando en su nombre y como representante legal de su hija, alega que las autoridades españolas no han actuado de manera diligente en el examen de las quejas presentadas a continuación de la no restitución de la menor en su domicilio el 20 de abril de 1997. En particular, reprocha a la fiscalía, que tenía la obligación legal de proteger a los menores, de no haber actuado en ningún momento del procedimiento a favor de la niña, ni haber pedido la realización de algún acta de instrucción. Este desinterés podría ser extendido a las jurisdicciones que hayan conocido el caso, que se trata del juez de instrucción, la Audiencia Provincial de Zaragoza o del Tribunal Constitucional. Todos habrían contribuido a alargar el procedimiento, que se habría prolongado durante once años. Las autoridades en cuestión habrían violado así los artículos 6 y 8 del Convenio, que se leen como sigue:

Artículo 6

«1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa (...) y dentro un plazo razonable, por un tribunal (...) que decidirá (...) de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...).»

Artículo 8

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho que salvo cuando esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una

medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.»

A. Sobre la admisibilidad

76. El Tribunal constata que esta parte de la demanda no está manifiestamente mal fundada, en sentido del artículo 35 § 3 del Convenio, y que el Tribunal no colisiona con ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene pues declararla admisible.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

a. La primera demandante

77. La primera demandante estima que el Estado demandado ha fallado en sus obligaciones derivadas del Convenio y de otras disposiciones del derecho interno y del derecho internacional. Ella subraya en particular, que las autoridades nacionales han ignorado los artículos 3, 12 § 1 y 17, así como la disposición final n.º 4 de la ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996 relativa a la protección jurídica de los menores, así como el artículo 158 del código civil, que obliga a los poderes públicos y en particular a la fiscalía, a proteger a los menores secuestrados. En cuanto a las disposiciones del derecho internacional, la interesada se refiere al artículo 11 § 1 del Convenio relativo a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, que impone a la Parte contratante la obligación de adoptar las medidas apropiadas para luchar contra la sustracción ilegal de los menores retenidos en el extranjero. Ahora bien, ni la fiscalía ni las jurisdicciones internas esta-

rían conformes con esta disposición, todavía de aplicación directa en la legislación interna. A este respecto, la interesada defiende que, a falta de tomar las medidas que se imponían en aplicación de dichas disposiciones, las autoridades nacionales concernientes han infringido sus obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del Convenio.

78. En cuanto a la fiscalía, no habría tomado ninguna medida de oficio. Todas las medidas judiciales habrían sido adoptadas exclusivamente a continuación de las acciones entabladas en el juicio por la primera demandante, a pesar de la situación de riesgo en la cual podría encontrarse indudablemente la niña, y que la madre habría denunciado reiterativamente junto a las autoridades judiciales. Así, la sentencia que privaba a A.C.H.A. de la patria potestad habría sido dictada después de la sustracción de la niña y a petición de la primera demandante.

79. Además, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno, los poderes públicos españoles no habrían corregido de *motu proprio* «la nefasta acción» de algunos de sus órganos, y la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el marco del procedimiento contencioso-administrativo entablado por la primera demandante por responsabilidad patrimonial de la Administración, no constituiría reparación del daño en la alegada violación del Convenio. Para la interesada, la violación que ella alega nace con la sustracción de su hija y ella no cesará hasta que su hija le sea restituida. En cuanto a las consecuencias, ella continúa sufriendolas hoy.

80. La primera demandante afirma que ella ha intentado todo para incitar a las autoridades judiciales españolas a adoptar las medidas propias para permitirle recuperar a su hija, y que todas sus peticiones se han tropezado con el rechazo de las jurisdicciones requeridas en el caso. Éstas no habrían admitido a trá-

mite sus peticiones y todas sus iniciativas habrían sido en vano. Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional habría indicado en su sentencia, que A.CH.A. salió del territorio español con su hija por el puesto fronterizo de Ceuta, pero la policía española no podría probar que la sustracción de la niña se produjo así. Para la interesada, el informe de la prefectura de Casablanca que hacía referencia al vuelo Toulouse-Marrakech del 21 de abril de 1997, a bordo del cual se encontrarían A.CH.A., su hermano y D., es más que concluyente. Ahora bien el juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza no dirigió la comisión rogatoria a los tribunales de Toulouse para investigar la verdad.

La primera demandante se refiere también a la transcripción de las cintas de grabación de las conversaciones telefónicas entre ella misma y T., en las que este último le pidió una suma de dinero a cambio de la restitución de la niña. Encuentra por lo menos sorprendente, que la fiscalía no hubiera perseguido estos hechos constitutivos, según ella, de delitos de sustracción ilegal y violencia.

Ella afirma que el juez de instrucción guardó las cintas en una mesa durante siete años antes de hacerlas transcribir y traducir en 2005, a petición de ella, así, una parte importante de la instrucción permaneció largo tiempo paralizada sin razón. Estos graves retrasos habrían conllevado también violación del artículo 6 del Convenio.

En cuanto a la queja por delito de detención ilegal, no fue seguida por el juez de instrucción de Zaragoza, la Audiencia Nacional fue declarada incompetente para examinar los delitos de detención ilegal o secuestro «que podían ser atribuidos a los demandados». La primera demandante añade que a pesar de sus peticiones no fue expedida ninguna orden de arresto internacional contra T.

81. Los poderes públicos españoles no habrían pues aplicado las disposi-

ciones nacionales e internacionales relativas a los derechos humanos.

82. En conclusión, las autoridades internas habrían faltado a sus obligaciones positivas que se derivan del artículo 8 del Convenio.

b) El Gobierno

83. El Gobierno recuerda las medidas adoptadas por las jurisdicciones civiles españolas relativas a la custodia de D., atribuida a su madre, y a la búsqueda de la niña tras su secuestro, así como la indemnización otorgada a la primera demandante por las jurisdicciones contencioso-administrativas en razón de la inadecuada ejecución de la orden de cierre de fronteras. El Gobierno señala por otra parte, que la interesada no impugnó la sentencia dictada a este respecto por la Audiencia Nacional el 17 de enero de 2001. Los órganos judiciales españoles, después de haber corregido dicha falta, habrían continuado buscando a la niña para intentar obtener, en vano hasta ahora, su retorno a España junto a su madre. El Gobierno añade que se realizaron numerosos actos de instrucción penal y que las autoridades españolas realizaron los actos de cooperación necesarios para la localización y el retorno de D., en aplicación de los convenios que hay sobre restitución de niños.

84. Por otra parte, en el marco de las diversas quejas penales concebidas por la primera demandante, el juez de instrucción habría admitido a trámite numerosas peticiones de actas de investigación presentadas por la interesada, y las que fueron rechazadas habrían sido objeto de decisiones motivadas del juez, que fueron confirmadas en apelación. Así, el juez de instrucción habría ordenado diversas medidas de instrucción tales como, por ejemplo, el control de fronteras, la orden de arresto internacional contra A.CH.A., un registro en su domicilio y en su lugar de trabajo, escuchas telefónicas de la primera demandante, una comisión roga-

toria a Marruecos con el fin de buscar a la niña en julio de 1997, el repertorio de los diversos testimonios, donde uno de los ex compañeros de uno de los hermanos de A.CH.A., sospechoso de haber ayudado a este último a abandonar España y llegar a Francia y seguidamente a Marruecos, donde la menor habría resido en 1998, y diversas comisiones rogatorias para interrogar a T. en Finlandia.

85. Por otra parte, la orden de arresto internacional expedida contra A.CH.A. estuvo siempre en vigor y las autoridades españolas mantendrían una estrecha colaboración con las autoridades marroquíes, conforme al Convenio hispano-marroquí de cooperación judicial.

86. El Gobierno estima que las autoridades españolas adoptaron todas las medidas razonablemente exigibles con el fin de restituir la niña a su madre. El Gobierno reconoce que se produjo, al inicio del procedimiento, una defectuosa ejecución de la orden judicial de cierre de fronteras, haciendo valer que este error fue reconocido y enderezado por la Audiencia Nacional, la primera demandante recibió una indemnización a este respecto.

87. Para el Gobierno, este caso concreto se diferencia del caso *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, n.º 56673/00, CEDH 2003-V, en que las múltiples y variadas medidas fueron adoptadas por las autoridades judiciales, diplomáticas, policiales y gubernamentales. La obligación positiva de proteger el derecho a la vida privada y familiar, habría sido así plenamente asumida por las autoridades españolas.

2. *Apreciación del Tribunal*

a. **Queja impugnada del artículo 8 del Convenio**

i. Los principios contenidos en la jurisprudencia del Tribunal

88. El Tribunal recuerda que el artículo 8 del Convenio tiende, por lo esencial, a prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos; engendra, por añadidura, las obligaciones positivas inherentes al «respeto» efectivo de la vida familiar. Tanto en un caso como en otro, es necesario considerar un justo equilibrio para cuidar los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; lo mismo, en las dos hipótesis, el Estado juega con cierto margen de apreciación (*Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*, n.º 31679/96, § 94, TEDH 2000-I; *Monory c. Rumanía y Hungría*, n.º 71099/01, § 72, 5 abril 2005).

89. Tratándose de la obligación del Estado de establecer medidas positivas, el Tribunal declaró en numerosas reanudaciones, que el artículo 8 implica el derecho de un progenitor a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de tomarlas por parte de las autoridades nacionales (ver, por ejemplo, las sentencias *Ignaccolo-Zenide*, precitada, § 94; *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, precitada, § 49; *Bianchi c. Suiza*, n.º 7548/04, § 78, 22 de junio de 2006).

90. Sin embargo, la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas a este efecto, no es absoluta. La naturaleza y la extensión de las acciones requeridas, dependen de las circunstancias de cada caso. Por lo que es más precisamente que las obligaciones positivas del artículo 8 del Convenio que pesa sobre los Estados contratantes en materia de reunión de un progenitor con sus hijos, deben interpretarse a la luz del Convenio relativo a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (*Maire c. Portugal*, n.º 48206/99, § 72, TEDH 2003-VII) y del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores (*Ignaccolo-Zenide*, § 95 e *Iglesias Gil y A.U.I.*, § 51 y *Paradis c. Alemania*, (dec.), n.º 4783/03, 15 mayo de 2003).

91. En el preámbulo de este último instrumento, las Partes contratantes expresan su convicción de que «el interés del niño es de una importancia primordial para toda cuestión relativa a su custodia» y subrayan su voluntad de «proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos dañinos de una sustracción ilegal y de establecer los procedimientos con vistas a garantizar el retorno inmediato del niño al Estado de su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita» (ver, arriba, «El derecho y la práctica internos e internacionales pertinentes»). Estas disposiciones, consideradas a la luz del artículo 7 de dicho convenio, que redacta un lista no exhaustiva de las medidas que deben tomar los Estados para asegurar el retorno inmediato de los niños (*Ignaccolo-Zenide*, § 95, y *Monory*, § 73), deben ser percibidas como constituyentes del objeto y el fin en el sentido del artículo 31 § 1 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, del Convenio de La Haya (ver, en este sentido, *Paradis*, ya citada).

92. En este contexto, el Tribunal señaló que la adecuación de una medida se juzga por la rapidez de su aplicación. En efecto, los procedimientos relativos a la atribución de la patria potestad, comprendida la ejecución de las decisiones dictadas para su fin, exigen un tratamiento urgente porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre los menores y sus progenitores que no viven con ellos (*Ignaccolo-Zenide*, § 102; ver también, *mutatis mutandis*, *Maire*, § 74, *Pini* y otros c. Rumanía, nºs 78028/01 y 78030/01, § 175, TEDH 2004-V (extractos), y *Monory*, § 82).

ii. Aplicación concreta de los principios precitados

93. Volviendo a las circunstancias del caso, el Tribunal señala de entrada, que no discute que para la primera de-

mandante y su hija, cuya custodia fue atribuida a la primera demandante, el continuar viviendo juntas representa un elemento fundamental que restablece la vida familiar, en el sentido del primer párrafo del artículo 8 del Convenio, el cual es pues aplicable a este caso en concreto (*Maire*, § 68).

94. El Tribunal establece que la primera demandante se queja primeramente de una falta de diligencia de las autoridades policiales encargadas de ejecutar el juicio de 24 de febrero de 1997, en el cual el juez de primera instancia n.º 6 de Zaragoza confirmaba, por lo esencial, su auto del 15 de junio de 1996 que prohibía a A.CH.A. sacar a la niña del territorio nacional sin autorización judicial, así como su auto de 21 de abril de 1997 que ordenaba otra vez el cierre de la fronteras y que ponía en guardia a los puestos fronterizos con el fin de impedir la salida de la niña del territorio nacional. La interesada se queja a continuación, de una insuficiencia en los procedimientos entablados por las autoridades judiciales españolas a continuación del secuestro de la niña por su padre y de un defecto de motivación en los autos dictados.

95. El Tribunal debe examinar la cuestión de saber si, a la luz de las obligaciones que se derivan tanto del derecho interno como del derecho internacional, las autoridades españolas mostraron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la primera demandante para la restitución de su hija y el derecho de esta última a reunirse con su madre (*Ignaccolo-Zenide*, § 95 e *Iglesias Gil* y *A.U.L.*, § 56). A este respecto, el Tribunal señala que, después del artículo 96 § 1 de la Constitución, los tratados internacionales legítimamente ratificados por España son parte integrante del orden jurídico interno. Además, la ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996 sobre la protección jurídica de los menores, obliga a las autoridades nacionales a tomar todas las medidas adecuadas para garan-

tizar el respeto de los derechos de los menores conforme a los tratados internacionales ratificados por España. Ahora bien, desde el 16 de junio de 1987, España es Parte contratante del Convenio de La Haya, instrumento que en cambio no fue ratificado por Marruecos, país donde la niña fue acreditada por haber sido llevada allí por su padre. Los dos Estados, por el contrario, han ratificado el Convenio de Naciones Unidas relativo a los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989 que preconiza, entre otros, la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales o de adhesión a los acuerdos existentes a fin de luchar contra los desplazamientos y las sustracciones ilegales de menores al extranjero. Conviene mencionar a este respecto el Convenio hispano-marroquí de cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales en materia de custodia, de derecho de visita y de restitución de menores, de 30 de mayo de 1997 (en adelante, «Convenio hispano-marroquí»), aplicado en concreto tanto por España como por Marruecos.

96. El Tribunal examinará sucesivamente las dos ramas de la queja formulada por la primera demandante.

α Sobre la alegación según la cual las autoridades no han hecho prueba de suficiente diligencia para evitar la sustracción de la menor del territorio español

97. El Tribunal observa que en los términos del artículo 3 del Convenio de La Haya, el desplazamiento o el sin retorno de un niño es considerado ilícito «cuando tiene lugar la violación de un derecho de custodia atribuido a una persona (...) por el derecho del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su sustracción». Para el Tribunal, la no restitución de la hija de la primera demandante por A.CH.A. después del ejercicio de su derecho de visita el 20 de abril de 1997, entra seguramente,

en el campo de aplicación tanto del Convenio de La Haya del que Marruecos no es parte, como del Convenio hispano-marroquí decidido a este respecto.

98. El Tribunal señala que en el plano civil se otorgó a la primera demandante, desde el principio, el derecho de custodia sobre D. y la patria potestad compartida, con derecho de visita a favor del padre y la prohibición para este último de sacar a D. del territorio nacional sin autorización judicial.

99. El Tribunal observa que, desde el 15 de junio de 1996, casi un año antes de la pérdida de todo contacto con la niña, el juez de instancia n.º 6 de Zaragoza había ordenado, en el marco de la petición de medidas provisionales civiles presentadas por la primera demandante, hacer lo necesario para impedir que la niña dejara el territorio nacional. El 20 de abril de 1997, mientras ejercía su derecho de visita, A.CH.A. desapareció con la niña. Desde esta fecha, la primera demandante no ha vuelto a ver jamás a su hija.

100. El 22 de abril de 1997, o sea dos días después de la no restitución de la niña a su madre por parte de su padre, el juez de primera instancia ordenó de nuevo a las autoridades no dejar salir a la niña del territorio español y puso en guardia a los puestos fronterizos. Por otra parte, a continuación de la queja penal presentada por la primera demandante el 21 de abril de 1997, el juez de instrucción n.º 8 dictó una orden en cuyos términos A.CH.A. debía ser buscado y la niña entregada a la interesada.

101. El punto decisivo en concreto, consiste en determinar si las autoridades administrativas y policiales españolas tomaron todas las medidas que razonablemente se les podía exigir, para facilitar la ejecución de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas relativas a la atribución del derecho de custodia y de la patria potestad sobre D. (*Hokkanen c.*

Finlandia, 23 de septiembre de 1994, § 58, serie A n.º 299-A). El Tribunal observa a propósito de eso, que la primera demandante presentó a la Administración una reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial. La interesada ganó parcialmente el pleito y la Audiencia Nacional, por una sentencia de 17 de enero de 2001, le otorgó una indemnización en razón de la no ejecución a tiempo de la orden dictada por el juez de instancia n.º 6 de Zaragoza, de tomar todas las medidas necesarias para impedir que D. no abandonara el territorio español. La sentencia precisó que D., acompañada por su padre A.CH.A, se presumía que había abandonado el territorio nacional por la frontera de Tarajal (puesto fronterizo de Ceuta) el 21 de abril de 1997, y que la orden de retención de la menor no había sido registrada a tiempo y no había sido entonces ejecutada de manera efectiva, mientras que la orden de cierre de fronteras estaba en vigor desde el juicio de la fijación de las medidas provisionales dictadas por el juez de primera instancia, el 15 de junio de 1996.

102. El Tribunal subraya la importancia de la obligación positiva del Estado de tomar medidas eficaces y rápidas para evitar una situación irreversible y reconocía que en esta ocasión, la falta de diligencia imputable a la Administración, ha causado dolorosos sufrimientos a la primera demandante. Sin embargo ella constata que esa falta de diligencia, si bien altamente lamentable, ha sido reconocida e indemnizada por las autoridades judiciales españolas, en concreto, por la Audiencia Nacional que por una sentencia de 17 de enero de 2001, otorgó una indemnización de 72.000 euros a la primera demandante. Esta última no ha solicitado al Tribunal Constitucional un recurso de amparo que demostrara cualquier desacuerdo con la decisión dictada o con la suma otorgada.

ß Sobre la alegación según la cual las autoridades judiciales españolas no han

hecho prueba de suficiente diligencia para obtener la restitución de la niña a su madre, titular de la patria potestad

103. El Tribunal señala a este respecto que, en sus artículos 3, 7, 12 y 13, el Convenio de La Haya contiene todo un conjunto de medidas tendentes a asegurar el retorno inmediato de los niños desplazados o sustraídos ilegalmente en todo Estado contratante. Sobre este punto, no se ha discutido que la hija de la primera demandante haya sido llevada a Marruecos y que fuera retenida ilícitamente por su padre pero, como ya ha sido indicado, Marruecos no ratificó este Convenio. Sin embargo, conforme a los artículos 4, 7 y 8 del Convenio hispano-marroquí, las autoridades competentes deben cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar el retorno inmediato de los niños. En particular, ya sea directamente o sea con el concurso de la fiscalía o del abogado del Estado, deben tomar todas las medidas apropiadas para localizar a un niño desplazado o sustraído ilegalmente y asegurar la entrega del niño al progenitor titular del derecho de custodia. Con este fin, en aplicación de los artículos 7 y 8 del Convenio hispano-marroquí, las autoridades judiciales de los Estados contratantes deben ordenar el retorno inmediato de la niña.

104. El Tribunal estima que una vez constatada por los órganos judiciales españoles la sustracción ilícita de la niña, corresponde a las autoridades nacionales competentes aplicar las medidas apropiadas para asegurar la entrega de la niña a su madre.

105. A este respecto, es innegable que las requeridas jurisdicciones del caso, han tomado numerosas medidas conforme a la legislación vigente. Así, el 25 de abril de 1997, el juez de instrucción n.º 8 de Zaragoza pronunció una orden dirigida a INTERPOL Francia, en

los términos en que A.CH.A debía ser buscado y la niña llevada a un centro de menores a disposición de su madre. El 29 de abril de 1997, el juez de instrucción n.º 3 de Zaragoza ordenó un registro en el domicilio de A.CH.A. y en su lugar de trabajo, así como la colocación de escuchas telefónicas a la primera demandante, a petición de ésta. Como consecuencia, fueron ordenadas varias comisiones rogatorias, en Marruecos, en Finlandia y en Bruselas. Por otra parte, en aplicación de las decisiones judiciales españolas y en virtud del Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997, el tribunal de primera instancia de Casablanca – Anfa ordenó, por un juicio de 23 de junio de 1998, que D. fuera entregada a su madre. El Tribunal constata además, que fueron dictadas diversas órdenes de sobreseimiento provisional, la instrucción fue reabierta repetidas veces, especialmente como consecuencia de la modificación legislativa que introdujo el delito de sustracción de menores en el código penal español, que dio lugar a numerosos actos judiciales (párrafos 49 a 60, más arriba). Por lo que respecta a las personas que, según la primera demandante, podrían ser responsables del secuestro de D., el Tribunal observa que las jurisdicciones españolas expidieron una orden de arresto contra de A.CH.A el 12 de enero de 2000, que fue confirmado el 19 de noviembre de 2002 (párrafos 30 y 47 más arriba). En lo concerniente al hermano de A.CH.A., T., que residía en Finlandia, las autoridades judiciales españolas expidieron dos comisiones rotatorias que dieron lugar a los interrogatorios del 4 de marzo de 2002 y del 30 de septiembre de 2005.

106. El Tribunal señala que fueron rechazadas algunas peticiones presentadas por la primera demandante en el marco de sus quejas y tendentes a la realización de diversos actos de investigación concernientes a su ex compañero y a miembros de la familia de éste, en par-

ticular, T., su hermano. Siendo así, contrariamente a lo que sostiene la interesada, las decisiones de rechazo fueron ampliamente motivadas y desprovistas de arbitrio. Sí es verdad que se dictaron numerosas órdenes de sobreseimiento provisional, el Tribunal constata que la instrucción fue reabierta repetidas veces, entre otras como consecuencia del auto dictado por la Audiencia Provincial el 18 de noviembre de 1999 sobre la base de nuevos elementos proporcionados por la primera demandante relativos al sitio en donde A.CH.A. podría encontrarse. Por otra parte, el juez de instrucción dictó, el 10 de mayo de 2006, un sobreseimiento concerniente a T., a la vista de las declaraciones de la interesada y de la inconsistencia de los testimonios y de las informaciones basadas en las que la primera demandante solicitaba su inculpación y la falta de elementos que indicaban que T. hubiera cometido un delito de sustracción del menor y que la niña se encontrara en Finlandia.

107. El Tribunal tiende a subrayar, a la vista de lo que precede, que el hecho de que la instrucción no fuera desarrollada según el deseo de la primera demandante o que la interesada no hubiera obtenido a día de hoy, el resultado deseado, no significa que las autoridades permanecieran inactivas.

108. El Tribunal recuerda que remite en primer lugar a las autoridades nacionales y, particularmente, a las cortes y tribunales, para interpretar y aplicar el derecho interno (ver, por ejemplo, *Winterwerp c. Los Países Bajos*, 24 de octubre de 1979, § 46, serie A n.º 33). En concreto, el Tribunal considera que la interpretación y la aplicación hechas por las jurisdicciones internas de las disposiciones legales vigentes sobre la materia, no eran irreflexivas. El Tribunal constata que el legislador español estimó necesario el refuerzo, especialmente penal, de las medidas tendentes a combatir la sustracción de niños y que la ley orgánica

9/2002 de 10 de diciembre de 2002 modificó las disposiciones del código penal en la materia y agravó las penas incurridas cuando el autor de la sustracción o de la no representación de un menor es uno de los progenitores y que la custodia del menor haya sido legalmente acordada para el otro progenitor (párrafos 67-69 más arriba). Contrariamente a la sentencia *Iglesias Gil y A.U.I.* (§ 46) ya citada, el Tribunal señala que fue expedida una orden internacional de búsqueda y captura contra el padre de la niña y que fueron realizados numerosos actos de investigación. Si la primera demandante no pudo obtener que se efectuaran otras, en particular la expedición de una orden de arresto internacional contra T., o que fueran investigadas otras pistas por el juez de instrucción, esto no bastaría para calificar la instrucción de insuficiente.

109. El Tribunal tiende a subrayar además que, si bien el Convenio de La Haya no fue ratificado por Marruecos, las autoridades marroquíes aplicaron el Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997 y ordenaron que la niña fuera entregada a su madre. Por otra parte las autoridades condenaron al abuelo paterno de la menor así como a dos notarios marroquíes a penas de prisión por falsedad en los documentos relativos a la filiación de la niña.

110. Tenido en consideración lo que precede, y a pesar de la ausencia de resultados concretos tendentes a la restitución de D. a su madre, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no han faltado a su obligación positiva resultante de los hechos litigiosos.

Por tanto no ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

b. Daño librado del artículo 6 del Convenio

111. El Tribunal considera que este daño está estrechamente ligado al que engloba el artículo 8 en su parte procesal. Conviene por consiguiente examinar más

de cerca y a la luz de las circunstancias, la relación entre ambas disposiciones.

112. El Tribunal recuerda primeramente la diferencia de naturaleza entre los intereses protegidos por el artículo 6 § 1 y los protegidos por el artículo 8. Así, el artículo 6 acuerda una garantía sumarial, a saber el «derecho a un tribunal» para divulgar una impugnación relativa a los «derechos y obligaciones de carácter civil» (*Golder*, ya citado, p. 18, § 36), mientras que la exigencia sumarial inherente en el artículo 8, cubre los procedimientos administrativos así como judiciales, pero va también acompañado de un objetivo más amplio consistente en asegurar el respeto justo, entre otros, a la vida familiar (ver, por ejemplo, *B. c. Reino Unido*, 8 de julio de 1987, § § 63-65 y 68, serie A n.º 121-B, y *Bianchi c. Suiza*, 22 de junio de 2006, § 112).

113. En otros términos, la diferencia entre el objetivo perseguido en las garantías del artículo 6 § 1 y el perseguido por las garantías del artículo 8 puede, según las circunstancias, justificar el examen de una misma serie de hechos desde el punto de vista de cada uno de los dos artículos (ver *O. c. Reino Unido*, 8 de julio de 1987, § § 65-67, serie A n.º 120-A.).

114. En este caso concreto, sin embargo, es forzoso constatar que los dos aspectos suscitados desde el punto de vista del artículo 6 § 1 del Convenio –a saber la duración del procedimiento ante las autoridades judiciales y la no ejecución de las decisiones que decretaba el cierre de fronteras con respecto a A. CH.A.–, si no son idénticos en sí, deben ser considerados como constituyentes de la esencia misma del daño librado del artículo 8 (ver, en este sentido, *Karadžić c. Croacia*, n.º 35030/04, § 67 de 15 de diciembre de 2005).

115. El Tribunal, habiendo concluido la no violación del artículo 8, estima por consiguiente que ninguna cuestión dis-

tinta se plantea respecto al daño librado del Artículo 6 del Convenio.

2 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.

II. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO

116. Las demandantes alegan por otro lado, que no se han beneficiado de un recurso efectivo contra las decisiones judiciales dictadas en este caso, insuficientemente motivadas según ellas. Ellas ven una violación del artículo 13 del Convenio citado así:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, (...)»

117. El Gobierno no presenta observaciones a este respecto.

118. El Tribunal estima que este daño es admisible. Sin embargo, respecto a las constantes relativas a los artículos 6 y 8 (párrafos 110 y 115 más arriba), concluye que no se ha planteado ninguna cuestión distinta con respecto al daño librado del artículo 13 del Convenio.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;
2. *Dice* que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio;
3. *Dice* que no se ha planteado ninguna cuestión distinta con respecto a los daños librados de los artículos 6 y 13 del Convenio;

STANLEY NAISMITH JOSEPH CASADEVALL
Secretario adjunto *Presidente*

CASO C.C. c. ESPAÑA (Demanda n.º 1425/06) (15) 6 de octubre de 2009

Esta sentencia será definitiva en las condiciones definidas en el artículo 44 §

En el caso C.C. c. España,

El Tribunal europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en una sala compuesta por:

Joseph Casadevall, presidente,

Elisabet Fura-Sandström,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra, jueces,

y Santiago Quesada, secretario de sección,

Después de haber deliberado en sala de consejo el 15 de septiembre de 2009,

Dicta la siguiente sentencia, aprobada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (n.º 1425/06) dirigida contra el Reino de España y donde el señor C. C. («el demandante») ha acudido al Tribunal el 10 de junio de 2006 en virtud del artículo 34 del Convenio de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales («el Convenio»). El presidente de la sala ha accedido a la demanda de no divulgación de su identidad formulada por el demandante (artículo 47 § 3 del reglamento).

2. El demandante está representado por la Sra. I. Prieto Curto, abogada de Salamanca. El gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, Don I. Blasco Lozano, jefe del servicio

jurídico de los derechos humanos en el Ministerio de Justicia.

3. El demandante alega que el derecho a su vida privada ha sido violado por el hecho de la divulgación de su identidad con respecto a su estado de salud, en el juicio pronunciado en primera instancia respecto a su persona. Invoca al artículo 8 del Convenio.

4. El 27 de noviembre de 2008, el presidente de la sección tercera decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 3 del Convenio, decidió además que la sala se pronunciaría sobre la admisibilidad y el fondo al mismo tiempo..

HECHOS

1. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante nació en 1971 y reside en Salamanca.

6. El demandante estaba infectado por el VIH y sufría otra enfermedad grave. El 27 de enero de 2000, suscribió una póliza de seguro de vida con una compañía de seguros.

7. El 21 de octubre de 2002, fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta y reclamó a su compañía de seguros la indemnización prevista en su póliza a este respecto. En razón del rechazo del pago de la compañía de seguros de los importes reclamados, el demandante presentó una demanda civil en contra de esta última ante el juez de primera instancia n.º 4 de Salamanca.

8. La parte defensora solicitó que el expediente médico completo del demandante fuera reclamado al Hospital Universitario de Salamanca y a la Seguridad Social y fuera incluido en el expediente del procedimiento. El juez ejecutó la pe-

tición y los documentos encausados fueron incluidos.

9. Al estimar que este hecho había atentado contra su derecho a la intimidad personal, el 9 de diciembre de 2003 el demandante pidió al juez que «dijera» que el contenido del expediente médico no era objeto del proceso y que suprimiera su identidad y toda referencia al VIH en los documentos que figuraban en el expediente así como en el juicio que sería señalado. Por otro lado, solicitó que la audiencia se desarrollara a puerta cerrada y que su nombre no fuera citado, con todas las letras, en las decisiones judiciales.

10. Por una decisión del 24 de diciembre de 2003, el juez de primera instancia n.º 4 rechazó las peticiones del demandante, haciendo valer que no se daría ninguna publicidad sobre las informaciones médicas fuera del proceso.

11. El 9 de enero de 2004, el demandante presentó un recurso de *reposición* haciendo valer, entre otras, lo que sigue:

«Impedir que el proceso tenga lugar a puerta cerrada cuando la protección de la vida privada del [demandante] esté en juego, viola el artículo 138 § 2 del código de procedimiento civil y mantener su identificación y [la referencia a] su enfermedad en los documentos del proceso, viola el artículo 18 § 1 de la Constitución, así como el artículo 8 del Convenio de los derechos humanos y el artículo 12 de la declaración universal de los derechos humanos».

(...)

No es necesario, para proteger el derecho violado, interrumpir (...) un proceso (...) sino simplemente borrar el nombre del [demandante] y la enfermedad en los documentos del proceso y hacer de modo que este último tenga lugar a puerta cerrada».

12. En un juicio de 20 de mayo de 2004, el juez de primera instancia n.º 4 rechazó la pertinencia de la demanda del demandante, no habiendo declarado este último que ya estaba enfermo en el momento de la suscripción del contrato de seguro de vida. El juez precisó que «estas enfermedades no podían ser calificadas de no graves, tanto más cuanto que se trate de un linfoma y de una infección por VIH». Tuvo en cuenta, entre otras, lo que sigue:

«6.º que [el demandante (nombre con todas las letras)] fue diagnosticado en 1997 de un linfoma (...) y afectado por el virus VIH (...)

7.º que el demandante (con todas las letras) en ningún momento puso en conocimiento de la compañía de seguros, ni anterior ni posteriormente a la suscripción de la póliza de seguro de vida, la existencia previa de las enfermedades, linfoma (...) e infección por el virus VIH».

13. El demandante apeló. Por una sentencia de 28 de septiembre de 2004, la Audiencia provincial de Salamanca lo rechazó y confirmó la decisión recurrida en cuanto al fondo, sin poner en relación no obstante, la identidad del demandante y su infección por el VIH. En lo referente a las quejas del demandante relativas a su derecho a la vida privada, la Audiencia consideró declarar la nulidad del procedimiento en primera instancia por violación del derecho a la intimidad del demandante, habida cuenta del objeto de litigio y de los datos médicos del demandante para su resolución, que sobrepasaría los límites del procedimiento en cuestión.

14. Invocando al artículo 18 § 1 (el derecho a la intimidad personal) de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se quejaba particularmente, por la inclusión en el expediente

de las informaciones médicas que le concernían, del vínculo establecido en el juicio de primera instancia entre su identidad y su enfermedad y del carácter público del proceso. Por una decisión de 20 de junio de 2005, notificada el 12 de julio de 2005, la alta jurisdicción rechazó el recurso. La Audiencia recordó que los derechos fundamentales no eran absolutos ni ilimitados, aunque las limitaciones legislativas deben fundarse en la proporcionalidad. sin embargo en este caso, como el objeto de litigio se refería a la salud del demandante, el Tribunal Constitucional consideró que el secreto de las informaciones relativas a su estado de salud no podía extenderse a la compañía de seguros. Por otro lado, señaló que la decisión del juez de primera instancia había precisado que la información concerniente a la salud del demandante no había sido utilizada fuera del procedimiento, e hizo constar que la audiencia había tenido lugar a puerta cerrada. Por lo demás, el Tribunal Constitucional precisó que las decisiones de los tribunales *a quo* estaban suficientemente motivadas y no eran motivo de arbitrariedad.

II. EL DERECHO Y LA PRÁCTICA INTERNOS PERTINENTES

B. El derecho y la práctica internos pertinentes

15. La Constitución española

Artículo 120

«1. Los actos jurídicos serán públicos, a excepción de los casos previstos por las leyes sobre el procedimiento.

2. El procedimiento será principalmente oral, sobre todo en materia penal.

3. Los juicios serán siempre motivados y se fallarán en audiencia pública.»

16. Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de 1999, referente a la protección de datos de carácter personal

Artículo 7 § 3

«Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual no pueden ser obtenidos, tratados y transferidos, salvo cuando por razones de interés general, la ley lo establezca así o si el interesado da su consentimiento de manera expresa.»

17. La Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio de 1985, referente al poder judicial (LOPJ)

Artículo 186

«Los jueces y tribunales (...) fallarán los juicios y las sentencias en audiencia pública (...)»

Artículo 205 § 6

«Incumbe al juez instructor (...):

(...)

6. fallar las sentencias en audiencia pública»

Artículo 232

1. El procedimiento judicial es público, salvo excepción prevista por las leyes del procedimiento.

2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales pueden, por decisión motivada, limitar la amplitud de la publicidad y decidir el carácter secreto de todo o de una parte del procedimiento.»

Artículo 235

«Los interesados tienen acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan un carácter reservado, mediante formas de publicación, copia conformada (testimonio) (...) establecidos por la ley.»

Artículo 265

«Los tribunales tendrán, con la responsabilidad del secretario, un libro de sentencias en las que figurarán, firmadas, todas las sentencias definitivas, las decisiones definitivas y las opiniones separadas, clasificadas cronológicamente.»

Artículo 266 § 1 (según redacción L.O. 19/2003 de 23 de diciembre de 2003)

«1. (...) El acceso al texto de los juicios y de las sentencias o a algunas partes de estas últimas, podrá estar limitado cuando corra peligro el derecho a la intimidad, los derechos de personas que necesiten una protección especial o la garantía de anonimato de las víctimas o de las personas que hayan sufrido un perjuicio, cuando esto sea pertinente, así como en general, para evitar que los juicios o sentencias puedan ser utilizadas con fines contrarios a la ley.»

18. La ley de enjuiciamiento civil

Artículo 138

«1. La administración de pruebas, las audiencias y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de pronunciar una decisión, tendrán lugar en audiencia pública.

2. [Ellas] pueden no obstante tener lugar a puerta cerrada cuando esto sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los me-

nores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan y por último, en la medida en que el tribunal lo considere estrictamente necesario (...)».

3. Antes de acordar la sesión a puerta cerrada de toda diligencia judicial, el tribunal oirá a las partes (...)».

Artículo 140

«1. Los secretarios y el personal competente al servicio de las salas y los tribunales faciliten a toda persona que demuestre un interés legítimo, el acceso a la información que solicite sobre el estado del procedimiento judicial, que podrá examinar (...)»

3. Sin embargo, las salas y los tribunales podrán atribuir, por ordenanza, un carácter reservado en la totalidad o en una parte del expediente judicial, cuando tal medida esté justificada en razón de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2 del artículo 138.

Las partes del expediente que tengan un carácter reservado no serán conocidas más que por las partes y sus representantes y defensores (...)».

Artículo 141

«Las personas que justifiquen un interés legítimo pueden acceder a los tomos y archivos judiciales que no tengan carácter reservado y obtener a su costa, copias certificadas de los documentos que indiquen».

Artículo 212 § 1

«Las sentencias y otras decisiones definitivas, después de haber sido firmadas por el Juez o los Jueces que las hayan pronunciado, serán notificadas y clasificadas por el Secretario del Tribunal. Anunciadas las cuales, serán entregadas según la forma prevista u ordenada por la Constitución y las leyes.»

Artículo 213

«Los Tribunales tendrán, con la responsabilidad del secretario, un libro de sentencias en las que figurarán, firmadas, todas las sentencias definitivas, las decisiones definitivas y las opiniones formuladas separadas, clasificadas por fecha.»

19. Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002, sobre la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones relativos a la información y al expediente médico.

Artículo 16 § 3

«El acceso al expediente médico con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de enseñanza está regido por la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de 1999, sobre la protección de los datos con carácter personal y por la ley 14/1986 general de salud pública así como otras normas aplicables. El acceso al expediente médico con estos fines, obliga a proteger la identificación personal del paciente y a ordenarlo por separado de los datos médicos. Así, de una forma general, el anonimato está asegurado salvo en caso de consentimiento del paciente, a no clasificarlo separadamente. Se exceptúan los casos de investigación por la autoridad judicial en los que es indispensable adjuntar los datos de identificación personal y los datos médicos. Los jueces y tribunales decidirán cómo proceder en cada caso. El acceso a los datos y a los documentos del expediente médico es estrictamente limitado a los fines específicos del caso concreto.»

20. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sentencia 114/2006, de 5 de abril de 2006

«La necesidad de ponderar e identificar los intereses específicos a tener en cuenta para justificar la excepción de la publicidad integral de una decisión, es una práctica habitual de este Tribunal, en línea con los criterios seguidos por otros tribunales extranjeros, supranacionales e internacionales y particularmente, por el Tribunal europeo de derechos humanos. Este Tribunal Constitucional, como ya ha sido indicado en su decisión 516/2004, de 20 de diciembre de 2004, considera primero, aunque teniendo cuidado de no incluir en sus decisiones ningún dato personal que no sea estrictamente necesario para su razonamiento y su conclusión, (...) que se omita la identificación de algunas personas mencionadas en sus decisiones, que sea en virtud de la garantía de anonimato de sus víctimas o de las personas que hayan sufrido un perjuicio en algunos casos (...); que sea en razón (...) del deber de protección de menores (...).

Esta práctica (...) responde también a la práctica del Tribunal europeo de derechos humanos, tanto en su reglamento como en su jurisprudencia. Así, el reglamento del Tribunal, en su versión consolidada vigente desde el 1 de diciembre de 2005, prevé en su artículo 47 § 3 que los demandantes que no desean que su identidad sea revelada, deberán solicitar y exponer las razones que justifican la excepción del principio general de la publicidad del procedimiento y que el Presidente de la Sala no autorizará el anonimato más que en los casos excepcionales y debidamente justificados. Igualmente, el Tribunal europeo de derechos humanos, en su sentencia de 25 de febrero de 1995, Z. c. Finlandia (...)»

EN DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

21. El demandante alega que el derecho a su vida privada ha sido violado por el hecho de la divulgación de su identidad, que figura con todas las letras en las decisiones judiciales pronunciadas en este caso y que aparece, especialmente en el juicio señalado en primera instancia, con respecto a su estado de salud. Él invoca al artículo 8 del Convenio, así redactado:

«1. Toda persona tiene derecho a su vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia.

2. No puede haber injerencia alguna de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho que, no obstante, esta injerencia está prevista por la ley y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática, (...) para la protección de los derechos y libertades ajenas.»

22. El Gobierno se opone a esta tesis.

A. Sobre la admisibilidad

23. El Tribunal constata que la demanda no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal apunta, por otra parte que no encuentra ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene pues declararla admisible.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

24. El demandante destaca, que primeramente invocó ante el juez de instancia n.º 4 de Salamanca, el riesgo de violación de su derecho a la vida privada durante el desarrollo del procedimiento y después, ante la Audiencia provincial, la violación que tuvo lugar a pesar de sus advertencias, por el hecho de que el juicio señalado por el juez *a quo* tenía relación entre el demandante y su enfermedad y esto, en varias reincidencias y de forma directa. Señala, por otra parte, que los juicios y sentencias pronunciadas por las jurisdicciones internas están publicados y accesibles a las personas interesadas.

25. El Gobierno señala que la violación alegada tuvo lugar en el marco de un procedimiento comenzado por el demandante contra una compañía de seguros que rehusó a pagarle una indemnización en razón de la ocultación de un estado de salud. Cuando su expediente médico fue adjuntado, contra la voluntad del demandante al expediente del procedimiento, él pidió que toda la información relativa a su infección por el virus VIH fuera eliminada del expediente. El Gobierno observa que la salud del demandante y concretamente el hecho de saber si estaba o no afectado por el virus VIH, era precisamente el objeto del procedimiento diligenciado por este último. Los datos sobre el estado de salud del demandante, no son aportados más que para el conocimiento de los órganos jurisdiccionales, lo que diferencia el presente caso del asunto *Z c. Finlandia* (sentencia de 25 de febrero de 1997, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1997-I), invocado por el demandante. Por consiguiente, en opinión del Gobierno, no hubo ninguna violación del derecho reconocido por el artículo 8 del Convenio.

2. apreciación del Tribunal

26. El Tribunal observa que la medida incriminada constituía, sin duda una «injerencia de la autoridad pública» en el ejercicio del derecho del interesado al respecto de su «vida privada» consagrado por el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio.

27. Semejante injerencia quita importancia al artículo 8 salvo si «previsto por la ley», el Tribunal persigue uno o los objetivos legítimos respecto del párrafo 2 y además, es «necesario en una sociedad democrática» para alcanzarlos (ver, entre muchas otras, *Petra c. Rumania*, sentencia de 23 de septiembre de 1998, § 36, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1998-VII).

28. En cuanto a la primera de las condiciones enumeradas más arriba, el Tribunal no discierne ningún elemento que le permita pensar que la medida en cuestión no era conforme al derecho interno (ver, más arriba en particular, párrafos 15, 17 y 18) donde los efectos de la legislación pertinente no eran suficientemente previsibles para satisfacer la exigencia de calidad que supone la expresión «previsto por la ley» que figura en el párrafo 2 del artículo 8.

29. Para lo que es la finalidad y la necesidad de la injerencia, el Tribunal apunta en primer lugar que el demandante había pedido, entre otras cosas sin ganar el pleito, que el contenido del expediente médico y toda referencia al VIH fuera eliminado del procedimiento. A este respecto y aunque el demandante no sea digno de compasión ante el Tribunal por este rechazo de los jueces internos, el Tribunal observa que se trata, en concreto, de un procedimiento tendente a determinar si la compañía de seguros debía o no pagarle una indemnización en razón de su incapacidad laboral permanente y absoluta. El expediente médico del demandante era pues necesario para la solución del caso. El Tribunal estima

por consiguiente, que la medida impugnada por el demandante apuntaba a permitir el acceso de la parte adversa a las informaciones que le concernían y que constituían el objeto del procedimiento. El juez debía también poder acceder allí en la medida en que debía tener suficiente conocimiento del asunto para pronunciarse sobre su pertinencia. Las medidas en litigio estaban pues destinadas a asegurar el buen desarrollo del procedimiento y aspiraban por consiguiente, a «la protección de derechos y libertades ajenas», en concreto, de la parte adversa.

30. Ante el Tribunal, el demandante se queja del hecho de que los jueces nacionales y en particular el juez de primera instancia n.º 4 divulgara su identidad con todas las letras en la decisión judicial que pronunció y, esto hizo que su seropositividad fuera igualmente hecha pública y esto precisamente, cuando él había pedido expresamente que su identidad permaneciera confidencial.

El Tribunal debe pues determinar, si la injerencia de la que se queja el demandante al saber la divulgación de su identidad en la medida en que se ha puesto en relación con su estado de salud, era «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar estos objetivos, es decir, si los motivos invocados por las jurisdicciones internas para justificarla, fueran pertinentes y suficientes y si fuera proporcionada a los objetivos legítimos perseguidos.

31. A este respecto, el Tribunal debe tener en cuenta el papel fundamental que juega la protección de los datos con carácter personal – las informaciones relativas a la salud no eran mínimas para el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar. El respeto al carácter confidencial de las informaciones sobre la salud, constituye un principio esencial del sistema jurídico de todas las Partes contratantes del Convenio. Es fundamental, no

sólo para proteger la vida privada de los enfermos sino igualmente para preservar su confianza en el cuerpo médico y los servicios de salud en general. Por la falta de tal protección, las personas que necesitarían cuidados médicos podrían ser disuadidas de proporcionar las informaciones de carácter personal e íntimo necesarias para la prescripción del tratamiento apropiado e incluso, consultar a un médico lo que podría poner en peligro su salud incluso, en el caso de enfermedades transmisibles, la de la comunidad (Z. c. *Finlandia*, de 25 de febrero de 1997, § 95, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1997-I)

32. La legislación interna debe pues cuidar de las garantías constitucionales apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos con carácter personal, relativas a la salud, que no sería conforme a las garantías previstas en el artículo 8 del Convenio.

33. Estas consideraciones valen particularmente, cuando se trata de proteger la confidencialidad de las informaciones relativas a la seropositividad. En efecto, la divulgación de tal información puede tener consecuencias devastadoras en la vida privada y familiar de la persona concerniente y en su situación social y profesional, pudiendo exponerle al oprobio y a un riesgo de exclusión (Z. c. *Finlandia*, precitado, -§96). El interés que tiene proteger la confidencialidad de tales informaciones pesa pues demasiado en el balance, cuando se trata de determinar si la injerencia era proporcionada al objeto legítimo perseguido, sabiendo que tal injerencia no puede conciliarse con el artículo 8 del Convenio, si éste pretende defender un aspecto primordial de interés público.

34. Habida cuenta del carácter extremadamente íntimo y sensible de las informaciones en lo referente a la seropositividad, toda medida tomada por un Estado para obligar a comunicar o a divulgar

semejante información sin el consentimiento de la persona concerniente, exige el más riguroso examen por parte del Tribunal, que debe apreciar con igual cuidado las garantías que pretenden asegurar una protección eficaz (Z. c. *Finlandia*, precitado, § 96).

35. En lo que concierne a las cuestiones relativas a la accesibilidad pública de los datos con carácter personal, el Tribunal reconoce que conviene otorgar a las autoridades nacionales competentes una cierta latitud para establecer un justo equilibrio entre la protección de la publicidad de procedimientos judiciales, necesaria para preservar la confianza en las cortes y en los tribunales (*Pretto y otros c. Italia*, de 8 de diciembre de 1983, § 21, serie A n.º 71) de una parte y la de los intereses de una parte o de una tercera persona que vea que tales datos permanezcan confidenciales, por otra parte. La amplitud del margen de apreciación en la materia, es función de factores tales como la naturaleza y la importancia de los intereses en juego y la gravedad de la injerencia (ver, por ejemplo, *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987, § 58, serie A n.º 116).

36. En concreto, el Tribunal debe buscar si había razones suficientes para justificar la divulgación, en el texto del juicio pronunciado por el juez de primera instancia n.º 4 de Salamanca sobre la identidad del demandante, con todas sus letras y de su seropositividad.

37. Según las disposiciones pertinentes de la legislación española (ver, más arriba «Derecho interno pertinente») el juez de instancia que ha dado la identidad del demandante con todas las letras en su juicio, habría podido limitar lo extenso de la publicidad de su identidad, conforme al artículo 232 § 2 LOPJ, para razones de orden público y de protección de los derechos y libertades. Por otra parte, el artículo 266 § 1 LOPJ permite igualmente limitar el acceso al texto de

juicios y sentencias cuando corren peligro de atentar contra el derecho a la intimidad o a la garantía del anonimato. Conforme a esta disposición, corresponde al funcionario encargado del registro, apreciar caso por caso la necesidad de limitar el acceso en función del interés legítimo de la persona que desea tener acceso al expediente (ver, más arriba § 18).

38. El Tribunal señala a este respecto, que el demandante pidió en su recurso de reposición del 9 de enero de 2004, que su nombre fuera borrado en los documentos del procedimiento en la medida en que su enfermedad fuera mencionada. El demandante habría podido obtener satisfacción, reemplazando en los documentos del procedimiento accesibles al público y en el juicio, el nombre con todas las letras por las iniciales. Esta solución habría evitado los problemas pudiendo acreditarse posteriormente, en lo relativo al acceso de las personas interesadas (y la definición de dicho «interés») al expediente del procedimiento y al texto del juicio.

39. El Tribunal observa por lo demás, que la práctica consistente en omitir la identificación de ciertas personas en sus decisiones, es la seguida hasta por el Tribunal Constitucional español (ver, más arriba § 20). Este enfoque es el seguido igualmente por el Tribunal. En efecto, a pesar de que la regla general del procedimiento ante el Tribunal sea la publicidad, el artículo 33 del Reglamento del Tribunal permite al Presidente de la sala apartarse de esta regla cuando, entre otras, «la protección de la vida privada de las partes o de cualquier otra persona concerniente lo exija». Puede por otro lado, autorizar o acordar el anonimato, incluso de oficio (artículo 47 § 3 del Reglamento).

40. Debido a las circunstancias particulares del presente caso y especialmente habida cuenta del principio de

protección especial de la confidencialidad de las informaciones relativas a la seropositividad, el Tribunal estima que la publicación de la identidad del demandante con todas las letras, en lo referente a su estado de salud en el juicio pronunciado por el juez de primera instancia n.º 4 de Salamanca, no se justificaba más que por algún motivo imperioso.

41. Por consiguiente, la publicación de la identidad del demandante en el juicio en cuestión, ha atentado contra su derecho a su vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

42. Los términos del artículo 41 del Convenio.

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte contratante no permite eliminar más que de manera imperfecta las consecuencias de esta violación, el Tribunal acuerda con la parte dañada si ha lugar una satisfacción equitativa.»

A. Daño

43. El demandante reclama 12.000 euros (EUR) a título del perjuicio moral que habría sufrido.

44. El Gobierno estima excesivo el importe reclamado y solicita la desesti

45. El Tribunal estima que el demandante ha sufrido un perjuicio moral. Respecto a las circunstancias del caso y estatuyendo en equidad como requiere el artículo 41 del Convenio, el Tribunal decide conceder al demandante la suma de 5.000 EUR.

B. Costas judiciales

46. Justificantes de prueba, el demandante pide igualmente 2.006,80 EUR por las costas judiciales comprometidas ante las jurisdicciones internas y 1.392 EUR para las comprometidas ante el Tribunal, siendo el total de 3.398,80 EUR. Pide otros 900 EUR por gastos diversos.

47. El Gobierno considera excesiva la suma reclamada.

48. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante no puede obtener el reembolso de sus costas judiciales más que en la medida en que se encuentran establecidas su realidad, su necesidad y el carácter razonable de sus tasas. En concreto y habida cuenta de los documentos en su posesión y de los criterios antes mencionados, el Tribunal estima razonable la suma de 3.398 EUR y se la concede al demandante.

C. Intereses moratorios

49. El Tribunal juzga apropiado calcar las tasas de los intereses moratorios sobre las tasas de interés de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo mejorado en tres puntos de porcentaje.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;
2. *Dice* que ha habido violación del artículo 8 del Convenio;
3. *Dice*
 - a) que el Estado demandado debe pagar al demandante, en los tres meses a contar desde el día en que la sentencia se haga definitiva conforme al artículo 44 § 2 del Convenio:
 - i. 5.000 EUR (cinco mil euros) por el daño moral;

ii. 3.398 EUR (tres mil trescientos noventa y ocho euros) por las costas judiciales, más todo el importe que pueda ser debido a título de impuesto;

b) que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta el pago, estos importes serán mejorados con un interés simple por una tasa igual a la facilidad de préstamo marginal del Banco central eu-

ropeo aplicable durante este periodo, aumentado en tres puntos del porcentaje;

4. *Rechaza la demanda de satisfacción equitativa por lo demás.*

SANTIAGO QUESADA JOSEP CASADEVALL

Secretario

Presidente