

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXXII

Núm. 2.206

Marzo de 2018



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-15-001-5

Depósito Legal

M.883-1958

PRESENTACIÓN

El **Boletín del Ministerio de Justicia** es una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio. Comenzó en 1852 con el título de *Boletín Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia*, y mediante Orden del Ministro de Justicia de 19 de febrero de 2009 se dispuso la edición electrónica del Boletín del Ministerio de Justicia cesando así su edición en papel. En la actualidad el Boletín del Ministerio de Justicia da un paso más hacia su consolidación como una revista electrónica que, manteniendo su rigor académico e informativo, se ajusta además a los criterios de calidad propios de una publicación de prestigio.

La Orden JUS/218/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan las publicaciones oficiales periódicas del Ministerio de Justicia con contenido científico recoge, en su Disposición adicional primera, que «El Boletín del Ministerio de Justicia es también una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio».

El Boletín del Ministerio de Justicia tiene periodicidad mensual, carácter multidisciplinar y está gestionado por un equipo directivo compuesto por un Director, un Secretario y un consejo de redacción. Publica estudios doctrinales referentes a todos los ámbitos del Derecho, reseñas de libros jurídicos, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, condecoraciones de la Orden de San Raimundo de Peñafort, traducciones de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

El Boletín del Ministerio de Justicia está especialmente dirigido a los principales operadores jurídicos, pero también quiere ofrecer a la ciudadanía toda la información que pudiera ser relevante para facilitar el ejercicio efectivo de sus derechos, en general, y del derecho a la información, en particular.

El Ministerio de Justicia da, con esta iniciativa, un paso más en su política de transparencia hacia los ciudadanos en temas que son de su competencia.

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXXII • MARZO 2018 • NÚM. 2.206

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—*La determinación del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales y el autoblanqueo. Un debate que no cesa*

Recensión

—*Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*

SECCIÓN INFORMATIVA

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

—*Aldeguer Tomas c. España*

—*Arribas Anton c. España*

—*Blesa Rodriguez c. España*

—*Gomez Olmeda c. España*

—*Hernandez Royo c. España*

—*Jimenez Losantos c. España*

—*Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna E.R.N.E. c. España*

—*Menendez Garcia y Alvarez Gonzalez c. España*

—*Menendez Garcia y Alvarez Gonzalez c. España*

—*Porcel Terribas y otros c. España*

La determinación del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales y el autoblanqueo. Un debate que no cesa

OSCAR MARTÍN SAGRADO

Abogado (González Cuéllar Abogados)

Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LA TIPIFICACIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES.
2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA COMO PROPIO DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES.
3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ANTE LA OBSTRUCCIÓN A SU FUNCIONAMIENTO QUE PODRÍA SUPONER LA CONDUCTA TRANSFORMADORA.
4. AFECTACIÓN DEL DELITO A LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO.
5. LA GENÉRICA Y AMBIGUA DETERMINACIÓN DEL ORDEN SOCIOECONÓMICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.
 - 5.1. La estabilidad y solidez del sistema financiero.
 - 5.2. La libre competencia.
6. EL AUTOBLANQUEO.
 - 6.1. Estado doctrinal y jurisprudencial del autoblanqueo antes de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio.
 - 6.1.1. Posturas doctrinales enfrentadas. Entre la punición y la exclusión del autoblanqueo.
 - 6.1.2. Oscilaciones jurisprudenciales en torno al autoblanqueo.
 - 6.2. Reconocimiento legislativo del autoblanqueo. Una controversia que no cesa.
 - 6.3. Hacía una nueva configuración del tipo ajustada al reconocimiento normativo del autoblanqueo.
7. INCIDENCIA PROCESAL DEL ACTUAL RECONOCIMIENTO DEL AUTOBLANQUEO.
8. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen:

La complejidad de la conducta y una tipificación que adolece de graves defectos fomentan el debate sobre el delito de blanqueo de capitales. La ausencia de unanimidad doctrinal sobre diversas cuestiones sustantivas es patente. Se alza en ese contexto la necesidad de determinar cuál es el bien jurídico protegido por el delito. Igualmente, adquiere especial relevancia el tratamiento del reconocimiento del autoblanqueo cuya actual configuración resulta, cuanto menos, controvertida.

Abstract:

The complexity of the conduct and a definition of this criminal offence that suffers from severe defects encourage discussion on the crime of money laundering. It is evident the lack of doctrinal unanimity on essential issues. In this context rises the need to determine which is the legal right protected by this type of criminal offence. Likewise, the treatment given to self-money laundering, whose current configuration is, at least, controversial, acquires special relevance.

Palabras clave:

Blanqueo de capitales, bien jurídico protegido, autoblanqueo, libre competencia, orden socioeconómico, administración de justicia

Keywords:

Money laundering, legal right protected, self-money laundering, free competition, socioeconomic order, justice administration

1. CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LA TIPIFICACIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES

Somos conocedores de la disparidad de criterios que convergen en la doctrina respecto de lo que ha de entenderse por bien jurídico protegido. Según Von Litz¹, que muestra un concepto material de bien jurídico, éste es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad, es decir, el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. De este modo, esos intereses vitales se convertirían en bien jurídico cuando obtienen protección por el Derecho. Roxin² concibe los bienes jurídicos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Se aleja, por tanto, del término intereses de modo general indicando que el concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas sólo creadas por el mismo. Jakobs³, en sentido opuesto, entiende como bien jurídico el objeto de protección de una norma, en contraposición con la propia validez de una norma como bien jurídico-penal. En la doctrina española, Mir Puig, subraya que el Derecho penal de un estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Así, los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan bienes jurídicos⁴.

Para delimitar el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales no debemos detenernos en la descripción típica contenida en el art. 301 del Código Penal (CP), sino en las razones de política criminal que llevaron a criminalizar dicha conducta en el CP. Sabiendo qué hecho se pretende evitar, podremos abordar con mayor precisión a qué bien jurídico se le está dando protección.

La jurisprudencia emanada de la Sala Segunda de Tribunal Supremo nos indica con claridad cuales fueron esas razones. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1080/2010, de 20 de octubre, observa que: “no puede olvidarse que la razón de política criminal de estos tipos delictivos es evitar que los autores de delitos logren la incorporación al tráfico económico legal, de los bienes, dinero, ganancias y beneficios procedentes de sus actividades delictivas. Político criminalmente disminuye el incentivo del comportamiento delictivo que sus autores no puedan disfrutar de lo ilícitamente obtenido logrando la apariencia de licitud que haga jurídicamente

¹ VON LITZ, F., “Tratado de Derecho Penal”. Traducción de la 18ª edición alemana. III tomo, Madrid, 1926, pág. 2.

² ROXIN, C., “Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”. Traducción de la 2ª edición alemana. Tomo I. Madrid, 1997, pág. 56.

³ JAKOBS, G., “Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Traducción por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO CONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., Madrid, 1997, pág. 48.

⁴ MIR PUIG, S., “Derecho penal parte general”. Barcelona, 2006, pág. 128.

incuestionable dicho disfrute”. En el mismo sentido, SSTS 265/2015, de 29 de abril y 408/2015, de 8 de julio.

Es decir, la criminalización del blanqueo de capitales trata de evitar que los bienes obtenidos ilícitamente puedan ser incorporados al tráfico económico legal para darles así apariencia de legalidad. De este modo, se impide el disfrute de esos bienes como si su procedencia fuera lícita.

Esta es la finalidad que buscó el legislador. Ello, con independencia de que la actual configuración del art. 301 del CP resulte más o menos acertada para alcanzar el objetivo perseguido. De hecho, el precepto señalado ha sido interpretado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁵, que ha advertido que constituye la acción típica aquellos actos que tienen como finalidad u objeto ocultar o encubrir la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes en el delito previo, de tal modo que “para colmar el juicio de tipicidad no bastará con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito”.

Y ello, porque se ha considerado que sancionando esta conducta se impide la integración de los activos ilícitos en el sistema económico legal.

Apunta Quintero Olivares⁶ que el motivo fundamental de la arribada del blanqueo de capitales a las leyes penales es la adopción de una línea de lucha contra los delitos relativos al tráfico de drogas y contra otros delitos –patrimoniales, económicos o de cualquier otra clase– que pueden también producir grandes sumas de dinero que, por esa misma razón, tienen dificultades para incorporarse al tráfico ordinario sin que se detecte su procedencia.

Del propio tipo penal del blanqueo de capitales se extrae que la finalidad de criminalizar esa conducta se debe a la necesidad de obstaculizar la entrada de bienes ilícitos en el mercado. Esta cuestión se ha puesto de relieve en el plano doctrinal. Se considera que mediante el blanqueo de capitales los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita⁷. Otros sugieren que el blanqueo de capitales tiende a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de apariencia de legalidad⁸. En el mismo sentido, se ha señalado que, básicamente, consiste en dar apariencia de licitud a los bienes que proceden de una actividad delictiva haciéndolos aparecer como de lícita

⁵ Cfr. SSTS 1080/2010, de 20 de octubre, 884/2012, de 8 de noviembre; 265/2015, de 29 de abril, 747/2015, de 19 de noviembre y 165/2016, de 2 de marzo, entre otras.

⁶ GONZALO QUINTERO, O., “Comentarios al nuevo Código Penal”, AAVV, Pamplona, 2008, pág. 1037.

⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, I., “El delito de blanqueo de capitales”, Madrid, 2015 pág. 107.

⁸ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.A., “El delito de blanqueo de capitales”, Madrid, 1998, pág. 76.

obtención, en otros términos, se trata de incorporar al tráfico económico legal bienes obtenidos mediante la comisión de un delito⁹. Por último, se indica que la finalidad del blanqueo es encubrir el origen ilícito del producto de actividades ilegales, tales como el tráfico de drogas, de armas, terrorismo, etc., tratando de que aparezcan dichos productos como originados por actividades lícitas y puedan incorporarse y circular por el sistema económico legal¹⁰.

En definitiva, las razones y finalidad que llevaron a tipificar el blanqueo de capitales aparecen íntimamente ligados con la búsqueda por evitar que los bienes de origen ilícito sean incorporados al tráfico económico legal desde una doble perspectiva. De una parte, para impedir las repercusiones que el referido hecho pudiera tener en la propia economía y, de otra, para dificultar el aprovechamiento económico por el autor de la conducta delictiva previa o de un tercero de esos bienes ilícitos.

Es, desde esta óptica, desde la que vamos a analizar las distintas propuestas que ha efectuado la doctrina respecto al bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales. Si bien, ya de antemano hemos de rechazar aquellas opiniones que apuntan que el blanqueo de capitales es una actividad absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico penal¹¹. Conforme a lo expuesto, consideramos, en consonancia con el sentir casi general de la doctrina, que criminológicamente nos encontramos con una conducta que cumple con los presupuestos necesarios para que la intervención penal del Estado esté justificada.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA COMO PROPIO DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

Según esta tesis, el blanqueo de capitales no protege un bien jurídico propio, sino que el bien jurídico protegido sería el mismo que el lesionado por la actividad delictiva que generó los bienes. La finalidad del hecho punible sería reforzar, en cierto modo, la defensa del bien jurídico protegido por la infracción penal previa.

Indican Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese¹² que la finalidad del blanqueo de capitales es la misma que en el delito de receptación, esto es, impedir el delito originario que se está ocultando y se lesiona, por lo tanto, el bien jurídico de este delito.

⁹ Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C., "Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)" Revista General de Derecho Penal 18 (2012).

¹⁰ Cfr. LOMBARDO EXPÓSITO, L.M., "El nuevo marco regulatorio del blanqueo de capitales", Barcelona, 2015, pág. 32.

¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SARRESE, S., "Derecho Penal Económico", Madrid, 2010, pág. 678.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., "Derecho penal...op. cit.", pág. 721.

Desde dicho punto de vista debe entenderse que el delito de blanqueo de capitales no hace sino mantener o incrementar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se vio ya afectado por el delito previo del que proceden los bienes¹³.

Esta tesis se tambalea pues supondría confundir el hecho de la consumación del delito con su agotamiento e implicaría una doble punición del mismo hecho, con infracción de la garantía constitucional *non bis in ídem*.

Es indudable que el blanqueo de capitales es un delito autónomo e independiente. Que éste confluya con la fase de agotamiento del ilícito penal previo no implica que el blanqueo de capitales carezca de injusto propio. Es patente que el blanqueo de capitales requiere de una actividad delictiva previa que dote a los bienes del carácter ilícito requerido. Pero, en ese punto, finaliza la relación entre la actividad delictiva antecedente y el blanqueo de capitales. Lo que penaliza el blanqueo de capitales es pretender dar apariencia legal a los bienes ilícitos, con independencia de cuál sea el delito previo. Confundir ambas conductas delictivas y el bien jurídico que protege cada una de ellas, lleva a situaciones extravagantes e inasumibles como afirmar que el blanqueo de capitales protege el bien jurídico vida. Podría sostenerse que la utilización de los bienes por el sicario que ha cobrado una cantidad por cometer un asesinato afecta al bien jurídico vida puesto que ocasiona que el asesinato haya resultado rentable. Sin embargo, dicha tesis resulta equivocada pues la tipificación del asesinato ya castiga ese hecho. El blanqueo de capitales trata de evitar el aprovechamiento de esos bienes y su incorporación al mercado legal. Para la aplicación del delito de blanqueo de capitales, conforme a la finalidad por la que fue incorporada al CP, es indiferente la actividad delictiva concreta de la que proceden los bienes –más allá de que pudiera llevar aparejada la aplicación del tipo agravado–, pues lo trascendente es que tengan carácter ilícito.

Al fin y al cabo, al penar las conductas de blanqueo no se pretende castigar el delito en que se originan los activos que van a ser blanqueados, ya que este delito tiene su propia respuesta por parte del ordenamiento jurídico¹⁴. Por tanto, como afirma Moreno Verdejo¹⁵, con la punición del blanqueo no se pretende castigar directamente el delito base o delito de origen (aquél que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito) que tiene una respuesta penal distinta y autónoma.

En conclusión, debe descartarse que el bien jurídico protegido por el delito previo lo sea también del delito de blanqueo de capitales.

13 PALMA HERRERA, J., "Los delitos de blanqueo de capitales", Madrid, 2000, pág. 239.

14 LOMBARDEO EXPÓSITO, L.M., "El nuevo marco regulatorio del blanqueo de capitales", Barcelona, 2015, pág. 147.

15 MORENO VERDEJO, J., "Aspectos concursales del delito de blanqueo" Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 37.

3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ANTE LA OBSTRUCCIÓN A SU FUNCIONAMIENTO QUE PODRÍA SUPONER LA CONDUCTA TRANSFORMADORA

Algunos autores consideran que el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales es la Administración de Justicia puesto que el ocultamiento de los bienes procedentes de actividades ilícitas dificulta u obstruye la acción de aquella. Se indica que su naturaleza encubridora pone de manifiesto que con estos comportamientos se lesiona a la Administración de Justicia¹⁶.

De este modo, el lavado de dinero intentaría obstaculizar la identificación del origen ilícito de los bienes evitando el descubrimiento del delito, con lo cual el bien jurídico protegido sería la Administración de Justicia, puesto que el ilícito conlleva conductas entorpecedoras de la función judicial¹⁷. Por medio de la conversión y transferencia del capital ilícitamente obtenido, se dificulta en gran medida el descubrimiento del delito previamente cometido pues, en realidad, tales comportamientos no son más que modalidades de ocultación¹⁸. En el mismo sentido, se apunta que la ocultación del producto del delito sí dificulta la acción de la justicia, eliminándose una importante fuente de pruebas, respecto al delito subyacente¹⁹.

Coincidimos con Blanco Cordero²⁰ cuando afirma que desde una perspectiva político criminal las acciones de blanqueo de capitales no lesionan la Administración de Justicia. De una parte, porque en caso de concebirse como delito contra la Administración de Justicia se incidiría sobre aspectos parciales del blanqueo de capitales, sin prestar ninguna atención a la fase de integración. De otra, porque muchas conductas de blanqueo se encuentran ya suficientemente abarcadas por los vigentes tipos de encubrimiento. Por tanto, cuando se sanciona penalmente el blanqueo no es porque sea una conducta lesiva de la Administración de Justicia –pese a que normalmente es algo inherente a él–, sino porque afecta a otros intereses merecedores de protección.

Sin embargo, este autor concluye que el blanqueo de capitales es un delito pluriofensivo que menoscaba tanto el orden económico como la Administración de Justicia. Considera que el art. 301 del CP penaliza dos conductas distintas, por un lado, aquellas tendentes a realizar actos indeterminados para ocultar o encubrir los bienes ilícitos y, de otro, aquellos actos reflejados al inicio de la descripción típica del art. 301 del CP que se realizan con conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. Pues

¹⁶ VIVES ANTON, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Comentarios al Código Penal de 1995", volumen II, Valencia, 1996, pág. 1464.

¹⁷ GÓMEZ PAVÓN, P., "El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento" Cuadernos de Política Criminal Libro, núm. 53, 1994.

¹⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, C., "Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995", Valencia, 1997, pág. 92.

¹⁹ LOMBARDEO EXPÓSITO, L.M., "El nuevo marco...op. cit.", pág. 148.

²⁰ BLANCO CORDERO, I., "El delito de...op. cit". pág. 298 y 299.

bien, en lo que aquí importa, el autor estima que ese primer grupo de conductas menoscabaría el bien jurídico Administración de Justicia, pues se estaría obstaculizando el normal funcionamiento de la Administración de Justicia en el ejercicio del poder jurisdiccional, al impedir el acceso a los bienes delictivos, ya sea como medio de prueba o para su decomiso²¹. A su vez, observa que el segundo grupo de conductas menoscaba el orden socioeconómico, por lo que estaríamos ante a un delito pluriofensivo.

Ese carácter multiofensivo del blanqueo de capitales es defendido, desde distintas ópticas, por buena parte de la doctrina española²². Vamos a centrarnos ahora únicamente en el bien jurídico Administración de Justicia pues su rechazo nos lleva a descartar la pluriofensividad del delito en el sentido expresado.

Hemos de retrotraernos a las razones de política criminal ya expuestas para descartar que el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales sea la Administración de Justicia. El blanqueo de capitales no castiga aquellos hechos que consisten simplemente en ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes con la intención de evitar que éstos sean descubiertos por la justicia. En realidad, esa conducta no sería castigada por el art. 301 del CP. Para que el blanqueo de capitales adquiera relevancia penal se exige que los comportamientos imputados sean idóneos para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico, es decir, la mera ocultación, por sí sola, es nimia a los efectos de aplicar el tipo. Como ya hemos señalado, la aplicación del tipo requiere que se acredite la voluntad de integrar los bienes en el mercado para darles apariencia de legalidad.

Las primeras fases del delito de blanqueo de capitales tendentes a ocultar o encubrir los bienes ilícitos no constituyen el hecho punible si no hay la referida intencionalidad posterior. No se castiga con el delito de blanqueo de capitales el ocultamiento de los bienes para dificultar la persecución de la conducta delictiva antecedente, sino para impedir su integración en el sistema económico. El ocultamiento o encubrimiento es un elemento del tipo que por sí solo no representa protección alguna pues la mera ocultación no está tipificada en el art. 301 del CP. Por tanto, a nuestro parecer, carece de sustento afirmar que el bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales es la Administración de Justicia cuando ésta solo se ve afectada por una parte de la acción típica que no tiene relevancia penal si no se desarrolla el resto del hecho punible. Si el delito de blanqueo de capitales pretendiera proteger la Administración de Justicia debería recoger una conducta punible en la que se castigara tan solo el ocultamiento de los bienes ilícitos, conducta, por otra parte, que ya castiga el delito de encubrimiento.

²¹ BLANCO CORDERO, I., "El delito de...op. cit." pág. 310 y ss.

²² Entre otros, GÓMEZ PAVÓN, P., "El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento" Cuadernos de Política Criminal, Libro, núm. 53, 1994; ZARAGOZA AGUADO, J.A., "Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)", AAVV, Granada, 1999, pág. 1418; VIVES ANTON, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Comentarios al Código...op. cit.", pág. 1464; VIDALES RODRÍGUEZ, C., "Los delitos de... op. cit.", pág. 93; ABEL SOUTO, M., "El delito de blanqueo en el Código penal español", Barcelona, 2005, pág. 83; PALMA HERRERA, J.M., "Los delitos de blanqueo...op. cit.", pág. 298.

Es obvio que ocultar bienes ilícitos dificulta a la Administración de Justicia dar con ellos, pero la tipificación del blanqueo de capitales no está enfocada a evitar ese hecho. Por ejemplo, en el delito de estafa el bien jurídico protegido es el patrimonio o la propiedad y uno de los elementos del tipo objetivo el engaño. No por ello se considera que el bien jurídico protegido por el delito es la integridad moral de quien sufre el engaño, pues el tipo no pretende evitar que se engañe a las personas, sino el daño causado al patrimonio dada la configuración del tipo, siendo el engaño un mero elemento objetivo al igual que ocurre con la ocultación o encubrimiento en el blanqueo de capitales.

Como marca del Carpio Delgado²³, entender que lo que se protege es la Administración de Justicia supone que la lucha debe ir dirigida al descubrimiento de la comisión del delito que origina los bienes, labor que ya tiene su fundamento cuando se tipifica el encubrimiento como delito contra la Administración de Justicia.

Todo ello, nos lleva a considerar que la Administración de Justicia no es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales.

4. AFECTACIÓN DEL DELITO A LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO

Esta tesis encuentra su principal sustento en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de Viena de 1988. En él se afirma que los vínculos entre el tráfico y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía del Estado.

Así, el delito de blanqueo de capitales tendería a castigar ciertas formas de criminalidad organizada que afectarían a la seguridad interior del Estado. Los arts. 301 y 302 del CP estarían dirigidos a reprimir formas de criminalidad organizada, que representen un serio riesgo para la seguridad interior del Estado, ya que estas organizaciones, a través del poder económico que adquieren con su actividad delictiva, pueden corromper la sociedad²⁴.

Dicho criterio decae pues aquel bien jurídico solo se vería afectado por aquellos actos de blanqueo ejecutados por grandes organizaciones criminales y, lo que es más importante, lo que afectaría a la seguridad interior del Estado no sería el delito de blanqueo de capitales sino la propia constitución y actividad de esas formas de crimen organizado²⁵.

²³ DEL CARPIO DELGADO, J., "El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal", Valencia, 1997, pág. 65.

²⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., "Receptación y blanqueo de capitales", en Bajo Fernández, M. y otros, Compendio del Derecho penal, Parte especial, volumen II, Madrid, 1998, pág. 565.

²⁵ Cfr. ABEL SOUTO, M., "El delito de blanqueo...op. cit.", págs. 45 y ss.

5. LA GENÉRICA Y AMBIGUA DETERMINACIÓN DEL ORDEN SOCIOECONÓMICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

No hay duda de que el delito de blanqueo de capitales está íntimamente ligado a la delincuencia económica. Tampoco se puede negar que la introducción de bienes ilícitos en la economía repercute en el orden económico en tanto en cuanto este no está diseñado legalmente para soportar la confluencia entre bienes sometidos a las reglas marcadas por el ordenamiento jurídico y aquellos otros que afloran sin sujeción a las más elementales exigencias del régimen económico legal.

Gran parte de la doctrina coincide en señalar que el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales es el orden socioeconómico²⁶. Como pauta interpretativa inicial ha de tenerse en cuenta la ubicación sistemática del delito de blanqueo de capitales en el CP. Éste se encuentra incluido en el Capítulo XIV (dentro de la denominación “De la receptación y otras conductas afines”) del Título XIII, del Libro II. Dicho Título lleva la denominación de “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Conforme a dicha ubicación se puede concluir de forma preliminar que el orden socioeconómico sería el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales. Igual que sucede en el delito de receptación, el blanqueo debe ser castigado no sólo porque favorece el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito y, por tanto, induce a su comisión como forma de obtención de lucro, sino porque afecta directamente al funcionamiento de la economía de mercado y al control del mismo ya desde su origen o fuente del ingreso por parte del Estado a través de su actividad tributaria. De este modo se estima que su consideración como delito socioeconómico está plenamente justificada²⁷. En definitiva, numerosas hipótesis atentan al orden socioeconómico, por cuanto dificultan la transparencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico mercantil²⁸.

Sin embargo, la referencia al orden socioeconómico como tal es excesivamente vaga como para poder definir el bien jurídico protegido²⁹. El orden económico no sirve para designar, en rigor, un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico, ni siquiera en el caso de los delitos económicos en sentido estricto. De ahí que, a los efectos de interpretar la figura del blanqueo, resulten insuficientes las meras

²⁶ Algunos consideran que el orden socioeconómico es el bien jurídico protegido junto con otros, conformando un delito pluriofensivo. Entre otros, GÓMEZ PAVÓN, P., “El bien jurídico protegido... op. cit.”; ZARAGOZA AGUADO, J.A., “Código Penal... op. cit.”, pág. 1418; VIVES ANTON, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Comentarios al Código... op. cit.”, pág. 1464; VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de... op. cit.”, pág. 93; ABEL SOUTO, M., “El delito de blanqueo... op. cit.”, pág. 83; PALMA HERRERA, J.M., “Los delitos de blanqueo... op. cit.”, pág. 298. Otros, estiman que se protege el orden socioeconómico como único bien objeto de protección, con independencia de que posteriormente precisen cuál es, dentro de ese orden, el concreto bien que se protege. Entre otros, GONZALO QUINTERO, O., “Comentarios... op. cit.”, pág. 1038; MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte especial”, Valencia, 2009, pág. 502.

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal... op. cit.” pág. 502.

²⁸ VIVES ANTON, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Comentarios al Código... op. cit.”, pág. 1463.

²⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., “Derecho penal... op. cit.”, pág. 722.

referencias a dicho orden sin mayor especificación³⁰. El orden socioeconómico carece de la concreción necesaria para ser considerado como un bien jurídico, pues más bien es una categoría que se articula en distintos intereses³¹.

Por tanto, como apunta Díaz Maroto y Villarejo³² habría que diferenciar entre un bien jurídico mediato, que sería el constituido por el orden socioeconómico general y un bien jurídico inmediato, que sería el interés directamente tutelado en sentido técnico³³. Así, es necesario determinar, dentro del orden socioeconómico, qué bien jurídico es el protegido por el delito de blanqueo de capitales. Las dos posturas que más apoyo reciben y que vamos a analizar son la estabilidad y solidez del sistema financiero y la libre competencia.

5.1. La estabilidad y solidez del sistema financiero

Presupuesto fundamental del buen funcionamiento de la economía es el mantenimiento de un sistema financiero sano. Sin embargo, consecuencia directa e inmediata de la distorsión de la competencia derivada del blanqueo de capitales es su incidencia en el sistema financiero cuya estabilidad y solidez pueden verse alteradas³⁴. De este modo, el blanqueo de capitales supondría el empañamiento de la transparencia del sistema financiero, el descrédito de las instituciones financieras y del resto de organismos que operan en el circuito económico³⁵.

Lo cierto es que la normativa internacional sobre blanqueo de capitales pone de relieve esa afectación que el uso de bienes ilícitos tiene en los sistemas financieros. Así, en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de Viena de 1988 se expresa que los rendimientos financieros que genera el tráfico ilícito contamina y corrompe las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles. En el mismo sentido, en la introducción de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera se expresa que “el mandato del GAFI es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. En colaboración con otras partes involucradas a nivel

³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial”, Valencia, 2011, pág. 481.

³¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de blanqueo de capitales”, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2000, pág. 84.

³² DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., “El blanqueo de capitales en el Derecho Español”, Madrid, 1999, pág. 14.

³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Derecho Penal económico, parte general”, Valencia, 1998, pág. 98.

³⁴ BLANCO CORDERO, I., “El delito de...op. cit.” pág. 326.

³⁵ VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de...op. cit.”, pág. 93.

internacional, el GAFI también trata de identificar vulnerabilidades a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos indebidos”³⁶.

De este modo, se intentaría evitar la desestabilización del sistema financiero susceptible de ser provocada por la afluencia masiva de dinero fuera del control legal. Pero así concebido, tal bien jurídico resulta más que discutible como objeto de tutela penal, puesto que:

- I. salvo casos extremos de poderosas organizaciones criminales que dispongan de ingentes cantidades de dinero y pequeños países con economías de tamaño muy reducido y endebles estructuras económicas tal desestabilización constituye una quimera; y
- II. afluencia de dinero opaco al sistema financiero legal en lugar de resultar negativa para la economía y el orden financiero constituye un objetivo deseado por los Estados, perseguido a través de frecuentes regularizaciones y amnistías fiscales e incluso con la institución del decomiso.

No alcanza a vislumbrarse con claridad la repercusión negativa que puede tener para la solidez del sistema financiero la introducción de dinero ilegal o cómo afecta ese hecho a la confianza pública. No se niega que deba evitarse dicha introducción, pero no por el supuesto impacto pernicioso que podría tener en el sistema financiero, que en ocasiones puede incluso resultar beneficioso, sino ante la necesidad de que se concurra en el mercado en situación de igualdad ante las exigencias legales. Esto es, de forma acorde a nuestra economía social de mercado que la Constitución y las Leyes garantizan y que se basa en la libre competencia entre agentes iguales ante el ordenamiento jurídico. De esta forma, los efectos que produce el blanqueo de capitales sobre el sistema financiero tendrían un carácter secundario respecto a su incidencia sobre la competencia³⁷.

5.2. La libre competencia

El principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado consagrada en el art. 38 de la CE encuentra su principal manifestación en el principio de libre competencia³⁸. En una economía de mercado fundamentada en la competencia de las empresas y en el libre juego de la oferta y la demanda, el Derecho –también el orden jurídico penal– debe proporcionar la debida protección social de los participantes en el mercado. Y, precisamente, la economía de mercado presupone la libre competencia y

³⁶ Documento relativo a las recomendaciones del GAFI de Febrero de 2012 sobre estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012_Spanish.pdf.

³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente. Anuario de derecho penal y ciencias penales”, Tomo 40, Fasc/Mes 2, 1987, pág. 392.

³⁸ Cfr. entre otras, SSTC 135/1992, de 5 de octubre; 10/2005, de 20 de enero y 112/2006, de 5 de abril.

el respeto de las reglas de concurrencia³⁹. Como indica la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, “la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución”.

Debemos preguntarnos si el blanqueo de capitales, como conducta encaminada a la introducción de bienes de procedencia ilícita en el mercado legal, es capaz de desestabilizar las condiciones de competencia en que se basa el sistema económico. Para responder a esta pregunta ha de tenerse en cuenta que la libre competencia consiste en la concurrencia en el mercado en situación de igualdad ante las exigencias legales, que implican costes fiscales, de Seguridad Social y derivados del cumplimiento del ordenamiento administrativo y privado en el desarrollo del negocio. Tal situación de igualdad en el cumplimiento de la ley es condición inexcusable para que la libre competencia tenga lugar, sin que se generen ventajas competitivas injustificadas, que lesionarían los derechos de los competidores, de los consumidores y provocarían la ineficacia del mercado como valor autónomo. Pues bien, como señala Quintero Olivares, el blanqueo de capitales ocasiona el ingreso de capitales generados sin los normales costos personales o financieros o industriales, ni carga tributaria, dando lugar a la desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y el mercado⁴⁰. Y es ahí, ante la situación de desigualdad entre quien compite en el mercado con bienes lícitos y quien lo hace empleando bienes ilícitos donde se produce la quiebra del principio de libre competencia.

El equilibrio económico se sustenta en el principio de libre competencia, de tal modo, que este queda corrompido cuando un competidor accede o se mantiene en el mercado mediante la utilización de bienes de origen delictivo que no han estado sometidos a las exigencias legales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Como hemos advertido, las razones que llevan a tipificar el blanqueo de capitales son, de un parte, impedir la repercusión que pudiera tener en la economía la introducción de bienes ilícitos y, de otra, dificultar el aprovechamiento económico por el autor de la conducta delictiva previa o por un tercero de esos bienes.

Pues bien, consideramos que la repercusión que tiene la introducción de capitales ilegales en el mercado es la incidencia de este hecho sobre la libre competencia. Asimismo, esa introducción en el circuito legal permite a los delincuentes el aprovechamiento económico de esos bienes. Al fin y al cabo, los blanqueadores, cuando invierten sus ganancias ilícitas, no se comportan conforme a criterios de

³⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Protección penal del sistema financiero”, Diario La Ley, 7 de octubre de 2003.

⁴⁰ GONZALO QUINTERO, O., “Comentarios...op. cit.”, pág. 1038.

racionalidad económica, no buscan el máximo rendimiento, sino el lugar o la inversión que les permita lavar de forma más fácil su dinero, incluso si ello supone que recibirán un rendimiento bajo⁴¹.

La libre competencia se ve afectada directamente por los actos de blanqueo de tal forma que es evidente que los agentes que concurren en el mercado de forma legal se ven perjudicados directamente por la utilización de las ganancias ilícitas.

No obstante, concurren en la doctrina voces críticas con el reconocimiento de la libre competencia como el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales. Se afirma, que si bien el reciclaje puede vulnerar el principio de libre competencia, ello no sucede en todos los casos⁴². En efecto, a la vista de la descripción típica contenida en el art. 301 del CP podría afirmarse que ciertas conductas encuadrables en el tipo podrían resultar ajenas a la incorporación de los bienes al mercado, de tal modo que el principio de libre competencia no se viera afectado. Una interpretación excesivamente laxa del precepto nos llevaría, efectivamente, a apreciar supuestos que no tienen como finalidad la introducción de los bienes ilícitos en el mercado y que no afectarían, en consecuencia, a la libre competencia. Por ejemplo, la mera posesión de un bien robado que se oculta durante un tiempo para evitar el descubrimiento del aquel bien derivado de la conducta delictiva y que posteriormente es utilizado en el ámbito privado. Sin embargo, la incipiente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha rechazado aquellas interpretaciones del precepto que llevan aparejadas el castigo de conductas que se alejan en exceso de las razones de política criminal que llevaron a penalizar el blanqueo de capitales. Por todas, la STS, 265/2015, de 29 de abril, señala que para cometer delito de blanqueo es necesario atender: “1º) a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y 2º) a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas”.

De este modo, entendemos que los meros actos de ocultación que no están destinados a la incorporación posterior de los bienes al tráfico económico legal no constituyen delito de blanqueo de capitales. Por tanto, para la comisión del delito de blanqueo de capitales debe, al menos, pretenderse la incorporación de los bienes ilícitos al mercado legal para su rentabilización. Como apunta Aránguez Sánchez⁴³, el interés fundamental al que está llamado a tutelar el blanqueo de capitales es la leal competencia en nuestro orden socioeconómico.

El principio de libre competencia se verá afectado ante la comisión de delitos de blanqueo de capitales, siendo aquel el bien jurídico protegido. Al fin y al cabo, el fin último de quien blanquea capitales no es ocultar los bienes ilícitamente obtenidos,

⁴¹ BLANCO CORDERO, I., “El delito de...op. cit.” pág. 326.

⁴² Cfr. ABEL SOUTO, M., “El delito de blanqueo...op. cit.”, pág. 69.

⁴³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de blanqueo...op. cit.”, pág. 101.

sino disfrutarlos o sacar provecho de ellos, aspectos estos que solo se consiguen mediante su introducción en el sistema económico.

6. EL AUTOBLANQUEO

Una de las singularidades del delito de blanqueo de capitales que mayor controversia ha generado en el ámbito doctrinal y jurisprudencial se encuentra en quién puede ser sujeto activo de aquella conducta y, por ende, quién puede ser acusado por su comisión. La discusión sobre esta cuestión proviene de la configuración del tipo, al exigir la ejecución de una conducta delictiva previa que genere los bienes posteriormente blanqueados. Ello deriva en la necesidad de determinar si quien participa en la conducta primaria puede ser acusado también por cometer algún acto de blanqueo sobre los bienes de procedencia ilícita. Es decir, si debe pensarse el denominado autoblanqueo.

En la actualidad la respuesta acerca de si “puede” ser acusado por blanqueo de capitales quien ha participado en la actividad delictiva previa no admite gran discusión tras la modificación del art. 301 del CP efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP que introdujo en la redacción del tipo el inciso “cometida por él o por cualquiera tercera persona”. Por ello, mayor detenimiento debe prestarse en si “debe” ampararse tal posibilidad y en si la actual redacción del precepto se adapta en todos sus elementos a su comisión por ambos tipos de sujetos activos. Para ello debemos detenernos en las opiniones doctrinales emitidas antes y después de la reforma indicada, así como en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales que han oscilado entre su reconocimiento y su exclusión.

De manera previa conviene recalcar que la normativa internacional deja margen de decisión a los Estados en cuanto a la punición del autoblanqueo. Ya el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, celebrado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990⁴⁴, señalaba en su art. 6.2 b) respecto al blanqueo de capitales que “a los efectos de la ejecución o aplicación del párrafo 1 del presente artículo: (...) puede establecerse que los delitos previstos en dicho apartado no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal”. Similares términos se recogen en el art. 9.2 b) del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005⁴⁵. Por su parte, en el mismo sentido, el art. 6.2 e) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴⁶, expresa que “si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas

⁴⁴ BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1998, páginas 34713 a 34726.

⁴⁵ BOE núm. 294, de 9 de diciembre de 2015, páginas 116198 a 116198.

⁴⁶ BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003, páginas 35280 a 35297.

que hayan cometido el delito determinante". Misma cláusula que la recogida en el art. 23.2 e) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción⁴⁷.

Por tanto, dicha normativa parte de que se puede castigar a la misma persona tanto por el delito previo como por blanqueo de capitales, si bien, otorga la posibilidad a cada Estado de no criminalizar el autoblanqueo. De este modo, el legislador español se encuentra legitimado tanto para introducir expresamente el autoblanqueo en la regulación del delito de blanqueo de capitales –como hizo mediante la LO 5/2010, de 22 de julio–, como para excluirlo si considera que entra en conflicto con alguno de los principios fundamentales del derecho interno.

6.1. Estado doctrinal y jurisprudencial del autoblanqueo antes de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio

6.1.1. Posturas doctrinales enfrentadas. Entre la punición y la exclusión del autoblanqueo

La redacción original del art. 301 del CP ni incluía ni excluía como sujeto activo del delito de blanqueo de capitales a quien interviene en el delito previo generador de los bienes posteriormente blanqueados. Ello parece indicar que el legislador no quiso excluir del círculo de posibles sujetos activos a los que hayan intervenido tanto a título de autor como de partícipe en el delito previo⁴⁸. Ahora bien, esto no impidió que en el ámbito doctrinal se generaran posturas divergentes.

Un sector⁴⁹ consideró que aquel que comete el delito previo debe quedar excluido como sujeto activo del blanqueo de capitales. Indica Quintero Olivares⁵⁰ que es evidente que el sujeto que se elige para sobre él realizar la prevención general, es una persona diferente de la que haya conseguido dinero cometiendo un delito. Los partidarios de su exclusión sostienen, como recoge Martínez Buján⁵¹, dos clases de razones: de un lado, se ha argumentado que el delito de blanqueo de bienes constituye un acto posterior copenado con relación al delito previo, de tal manera que el desvalor de éste consume el desvalor de la posterior conducta de blanqueo; de otro lado, en

⁴⁷ BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, páginas 27132 a 27153.

⁴⁸ DEL CARPIO DELGADO, J., "El delito de blanqueo...op. cit.", págs. 232 y 233.

⁴⁹ RUIZ VADILLO, E., "Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal" Diario La Ley, 1987, pág.115; MORENO CÁNOVES, A. y RUIZ MARCO, F., "Delitos socioeconómicos", Zaragoza, 1996, pág. 386; VIDALES RODRÍGUEZ, C., "Los delitos de...op. cit.", págs. 110 a 113; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., "Comentarios al Código Penal" (Dir. RODRÍGUEZ MOURULLO G.) Madrid, 1997, pág. 863; PALMA HERRERA, J.M., "Los delitos...op. cit.", pág. 391; CALDERÓN CERREZO, A., "Prevención y represión del blanqueo de capitales", AAVV, Madrid, 2000, págs. 274 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SARRESE "Derecho...op. cit.", pág. 689; GONZÁLEZ RUS, J.J., "Derecho Penal Español (Parte Especial)" (Dir. COBO DEL ROSAL, M.) Madrid, 2004, pág. 605; QUINTERO OLIVARES, G., "Comentarios al...op. cit.", pág. 1041.

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, G., "Comentarios...op. cit." pág. 1041.

⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal Económico", Valencia, 2002, pág. 332.

consonancia con la posición que concibe el blanqueo como un delito contra la Administración de Justicia, se arguye que los intervinientes en el delito previo deben gozar de impunidad en la posterior comisión del blanqueo de bienes sobre la base del privilegio de impunidad del autoencubrimiento. Apunta Palma Herrera que en delitos de blanqueo de capitales nos encontramos ante una situación en la que el contenido de injusto del delito previo, ya se opte por integrarlo con el desvalor de resultado, el de acción, o ambos, es capaz de abarcar el contenido de injusto de los actos que coincidan con la descripción típica del blanqueo de capitales⁵². Por su parte, Faraldo Cabana⁵³ expresa que dicha exclusión se asienta sobre la base de que no se le puede exigir al delincente que se descubra, esto es, no se puede castigar al delincente por encubrir el origen ilícito de los bienes derivados de su actividad delictiva, pues ello equivaldría a exigirle que declarase contra sí mismo.

En el sentido opuesto se encuentran aquellos autores⁵⁴ que estiman que en aquella configuración del delito de blanqueo de capitales podía ser sujeto activo cualquier persona que, conociendo la procedencia ilícita de los bienes, realizara cualquiera de los comportamientos típicos recogidos en el art. 301 del CP. El apoyo a esta postura puede concretarse en las siguientes razones⁵⁵: a) porque el texto del art. 301 no los excluye como en el caso del art. 298 y se trata de delitos autónomos; b) porque ahora no estamos ante un delito que afecte, siquiera indirectamente, a la administración de justicia y, por tanto, no cabe entender que el autor del delito que blanquea sus propios bienes actúa en autoencubrimiento, y c) porque admitir que el blanqueo de bienes procedentes de un delito propio es autoencubrimiento impune o acto copenado, dificultaría la aplicación del art. 302 CP, dedicado a quienes pertenezcan a una organización. A ello debe añadirse que no era lógico afirmar que el delito previo absorbía el desvalor del blanqueo cuando éste, a diferencia del encubrimiento y de la receptación, puede castigarse con pena superior a la que le corresponde al delito previo, lo que demuestra no solo su independencia respecto a éste, sino también que

⁵² PALMA HERRERA, J.M., "Los delitos...op. cit.", Madrid, 2000, pág. 391.

⁵³ FARALDO CABANA, P., "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales" Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV (2014).

⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", Actualidad Penal, nº 32, 1994; PALOMO DEL ARCO, A., "Receptación y figuras afines" en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial), Madrid, 1996, págs. 448 y 449; DEL CARPIO DELGADO, J., "El delito de blanqueo...op. cit.", pág. 142; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., "El delito de...op. cit.", pág. 369; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., "El delito de...op. cit.", pág. 174 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal...op. cit.", pág. 332; MUÑOZ CONDE, F., "Derecho Penal...op. cit.", págs. 503 y 504; CAMPOS NAVAS, D., "Aspectos sustantivos del blanqueo de capitales. El autoblanqueo. La participación en el delito de blanqueo de capitales" Estudios jurídicos, Madrid, 2013; BLANCO CORDERO, I., "El delito de...op. cit.", págs. 627 y ss.

⁵⁵ GARCÍA ARÁN, M., "Comentarios al Código Penal. Parte especial" (tomo I), AAVV, Madrid, 2004, pág. 1154.

afecta a otros bienes jurídicos además del lesionado o puesto en peligro por el delito previo⁵⁶.

El desacuerdo doctrinal expuesto, si bien enriquecedor, es consecuencia de la ausencia de concisión en el precepto desde su redacción original en lo relativo a los posibles sujetos activos del delito. La amplitud de la cláusula utilizada al respecto permitió que la interpretación sostenida por las distintas corrientes doctrinales tuviera la consistencia suficiente para ser defendida con argumentos jurídicos contundentes. Ahora bien, no podemos más que identificarnos con aquellas tesis que abogan por reconocer que puede condenarse por blanqueo de capitales a quien también ha cometido el delito subyacente. Ello, en consonancia con la defensa del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales que hemos hecho en este trabajo, que reconoce plena autonomía al referido tipo. El blanqueo de capitales tiene su propia esfera de injusto independiente de aquel delito del que proceden los bienes, originando que pueda estimarse la comisión de ambos delitos por la misma persona. Algunos matices devienen de esa afirmación pues, tal y como se analizará más adelante, habrá ocasiones en las que, como consecuencia de una interpretación excesivamente laxa del tipo, mediante la condena por determinados actos de blanqueo ejecutados por el autor del delito precedente podría incurrirse en la vulneración del principio *non bis in ídem*, lo que motiva la necesidad de concretar ante qué actos concretos debe considerarse que es posible apreciar el autoblanqueo.

6.1.2. Oscilaciones jurisprudenciales en torno al autoblanqueo

No es aventurado calificar como vacilante el criterio jurisprudencial que mantuvo la Sala Segunda del Tribunal Supremo acerca del autoblanqueo hasta la modificación del art. 301 operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. Hasta ese momento, cabe diferenciar dos etapas divididas por el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006⁵⁷. Una primera, que comprendería hasta el año 2006, en la que predominó el criterio de la absolucón en los casos de autoblanqueo; y una segunda fase, desde el año 2006 en adelante, en que la regla se invirtió y ya resultó claramente mayoritaria la opción incriminatoria⁵⁸. Si bien, incluso dentro de esas fases hubo resoluciones que apuntaban en dirección opuesta al criterio que en ese momento predominaba.

La STS 279/2013, de 6 de mayo, hace referencia a esa falta de uniformidad:

“En la primera etapa (hasta el año 2006) se acogió más bien la tesis de que el ‘autoblanqueo’ no debía ser castigado, fundamentándolo en que se trataba de actos copenados que tenían que quedar absorbidos (principio de consunción)

⁵⁶ Así los recoge FARALDO CABANA, P., en “Antes y después de...op cit”.

⁵⁷ El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda adoptado en su reunión de 18 de julio de 2006 señala que: “el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

⁵⁸ MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I., “El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales”. Valencia, 2014, pág. 36.

en el delito previo de tráfico de drogas. En otras ocasiones se alegaba directamente la vulneración del principio *ne bis in ídem*, y en algún caso se atendió también al criterio de interpretación gramatical restrictiva del art. 301 en favor del reo. Dentro de esta primera etapa pueden citarse las siguientes sentencias: 1584/2001, de 18 de septiembre; 575/2003, de 14 de abril; 1071/2005, de 30 de septiembre; 1597/2005, de 21 de diciembre; 550/2006, de 24 de mayo; 986/2006, de 19 de junio; 115/2007, de 22 de enero. Y también siguiendo esta línea absoluta está la sentencia 637/2010, de 28 de junio. La segunda etapa, favorable al criterio de tipicidad y punición del ‘autoblanqueo’ puede considerarse que se inicia, dejando al margen algún precedente anterior, en el año 2005 y se acentúa a partir del año 2006 con motivo del Pleno no jurisdiccional celebrado el 18 de Julio de 2006, en el que se acordó lo siguiente: ‘El Art. 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente’. Aunque el acuerdo adoptado en ese Pleno no jurisdiccional mostraba un grado importante de ambigüedad, lo que propició que se prosiguiera dictando alguna resolución en la línea de no castigar los supuestos de autoblanqueo, lo cierto es que ya a partir del año 2005 comenzó a predominar de forma clara el criterio de la punición. Los argumentos no siempre fueron claros ni explícitos. Se habla de la tutela de un bien jurídico autónomo al tratarse de un delito contra el orden socioeconómico, aunque sin mucha concreción, y también se acude a la normativa comunitaria para estrechar la punición de cualquier aprovechamiento del hecho delictivo por parte de los traficantes de drogas. Asimismo, se hace referencia en otras ocasiones a la pretensión del legislador de reforzar la punición de todo el ciclo económico de los delitos graves, especialmente de aquellos que se cometen por organizaciones. En esa nueva etapa de punición clara del ‘autoblanqueo’ pueden citarse, remontándonos ya a las primeras sobre la materia, las siguientes sentencias: 1293/2001, de 28 de julio; 1070/2003, de 22 de julio; 1359/2004, de 15 de noviembre; 1597/2005, de 21 de diciembre; 449/2006, de 17 de abril; 1260/2006, de 1 de diciembre; 483/2007, de 4 de junio; 57/2008, de 25 de enero; 145/2008, de 8 de abril; 960/2008, de 26 de diciembre; 737/2009, de 6 de julio; 313/2010, de 8 de abril; 796/2010, de 17 de septiembre; 811/2012, de 30 de octubre; 884/2012, de 8 de noviembre; 997/2012, de 5 de diciembre; y 974/2012, de 5 de diciembre”.

En el mismo sentido, con ánimo recopilatorio la STS 228/2013, de 22 de marzo, recuerda que:

“Se dijo en la Sentencia de 8 de abril de 2008 - Recurso: 772/2007, en la que se afirmó que: ‘... por lo que se refiere a la posibilidad de condena por el delito de «blanqueo» y la del cometido contra la salud pública, sin que pueda sostenerse la infracción del principio *non bis in idem*, ha de citarse el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 18 de Julio de 2006, que decía: ‘El Art. 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente’. Máxime cuando, según la propia narración fáctica de la

recurrída, las cantidades objeto de «blanqueo» procedían de actividades delictivas distintas de las aquí enjuiciadas, respecto de las que la intervención policial impidió la obtención del lucro ilícito. Y se reiteró en la Sentencia de este mismo Tribunal de 26 de diciembre del 2008– Recurso: 10906/2008 donde se expuso más detalladamente que el criterio de aquel acuerdo plenario: ‘... ha sido mantenido en Sentencias de esta Sala como es exponente la número 1260/2006, de 1 de diciembre, en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos –tráfico de drogas y blanqueo de capitales– en concurso real. Y en ese sentido ya se había pronunciado sentencias de esta Sala anteriores a dicho acuerdo como sucedió con la Sentencia 1293/2001, de 28 de julio, en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva «o» entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, «o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...’. Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico– penal. No siendo antecedente considerable como derogatorio de tan constante doctrina lo afirmado en la Sentencia de 28 de junio del 2010 – Recurso: 165/2010 que se circunscribe a las circunstancias de tal concreto caso (...). En consecuencia, no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad (STS 1597/2005, 21 de diciembre)”.

Así, sin ánimo de exhaustividad por ser pronunciamientos que han perdido su vigencia debido a la reforma ya apuntada, destacamos los siguientes como muestra de los distintos criterios amparados jurisprudencialmente:

La STS 1071/2005, de 30 de septiembre, con base en la descripción del tipo excluye que aquel que comete el delito precedente pueda ser autor también de un delito de blanqueo de los bienes:

“Este precepto prevé como autor de las acciones –de adquirir, convertir, transmitir, etc.– a un sujeto denotado específicamente como conocedor de la procedencia ilícita de los bienes objeto de esas acciones. Y ‘conocer’ es averiguar o llegar a saber algo externo o ajeno, de lo que el sujeto cognoscente adquiere noticia mediante el ejercicio de sus facultades intelectivas. Es decir, cosa bien distinta de tener constancia cierta de determinados actos y sus

efectos, por razón de la directa intervención en los mismos con algún grado de protagonismo. Tanto es así, que, en la práctica social, del que sabe por este preciso motivo nunca se diría que es 'sabedor', es decir, conocedor desde afuera, sino, más precisamente, implicado o partícipe.

Así resulta que el precepto considerado contempla dos órdenes de acciones. Uno, el de las constitutivas de un tipo de delito mediante el que alguien obtiene ilegítimamente determinados bienes. Y otro, el de las propias de quien, guardando con las primeras y su producto una relación de conocimiento, actúa sobre él con objeto de favorecer su puesta en valor o su aprovechamiento. Por tanto y consecuentemente, a esos dos órdenes de acciones corresponden dos órdenes de sujetos: el o los responsables del delito básico y el o los autores de los actos de 'receptación' o 'afines', ente los que se encuentran los descritos en el art. 301.1 Cpenal.

Pues bien, de lo expuesto se sigue que para que alguien pueda acceder a la condición de posible autor del delito del art. 301.1 Cpenal en relación con ciertos bienes, deberá darse la circunstancia de que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en la situación de ilegales, opere con ellos de cierta manera a conciencia de ese status de ilegalidad. Tal es el criterio de base con que opera la jurisprudencia de esta sala, que tiene expresión, entre otras, en sentencias como la nº 198/2003, de 10 de febrero y las que en ella se citan."

Las STS 550/2006, de 24 de mayo, niega la posibilidad de condenar por blanqueo al autor del delito base:

"no es posible la penalización autónoma de los efectos del delito (blanqueo) a quien a su vez ha sido castigado como autor del delito base (tráfico), si bien para ello es necesario que exista una completa identidad entre la autoría del delito base y la del blanqueo procedente de ese tráfico. Para que alguien pueda ser reputado autor del delito previsto en el art. 301.1 CP en relación con ciertos bienes es necesario que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en situación de ilegales, opere con ellos de cierta manera –véanse sentencias de 10/2/2003 y 30/9/2005, TS."

También excluye aquella posibilidad la STS 637/2010, de 28 de junio bajo los siguientes argumentos:

"El problema para la tipificación de estas conductas radica en que, de manera clara y concluyente, la sentencia declara que se trata de operaciones de aprovechamiento de los beneficios del tráfico de drogas por ellos mismos cometidos, que se lucran invirtiendo las ganancias ilícitas en bienes e ingresos realizados personalmente, que procedían de su patrimonio ilícito, lo que nos sitúa ante lo que pudiéramos denominar aprovechamiento de las ganancias provenientes de los delitos y faltas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar (artículo 127 del CP).

En la situación actual aplicable a los hechos de los que estamos conociendo en el presente recurso el artículo 301 del Código Penal, que es el objeto del debate, no deja dudas sobre la desconexión del blanqueo con los autores materiales del delito del que proceden las ganancias ilícitas. Es más, el legislador, para despejar cualquier duda acentúa la desconexión del autor con el delito precedente, en los apartados 4 y 5 al referirse a la existencia del delito, aun cuando los actos hubieran sido cometidos en el extranjero y refuerza la autonomía al aislar al culpable haciéndole tributario del decomiso como autor de un hecho punible independiente, cuando, a consecuencia de esta actividad de intermediación, hubiere obtenido ganancias.”

La STS 1293/2001, de 28 de julio, afirma sin ambages a favor de la punición del autoblanqueo que:

“tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen lícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva ‘o’ entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, ‘o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción’. Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal”.

Excluyen la absorción del blanqueo de capitales por el delito previo las SSTs 1597/2005, de 21 de diciembre y 309/2010, de 31 de marzo:

“si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia, no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad”.

6.2. Reconocimiento legislativo del autoblanqueo. Una controversia que no cesa

Como se ha dicho, la reforma del Código Penal del año 2010 incidió notablemente en la regulación del blanqueo de capitales, entre otras cuestiones, por reconocer literalmente la posibilidad de que el sujeto activo de aquel delito fuera la misma

persona que participó en el delito base. De este modo, el legislador adoptó la que se había convertido en los últimos años en postura dominante tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial.

Esa modificación debe ser valorada –no sin importantes matices–, positivamente⁵⁹. Supone, al menos, un intento por poner fin a un aspecto sustantivo que generaba inseguridad jurídica. Sin embargo, no ha estado exenta de polémica, pues ni la forma ni el fondo de la nueva regulación del autoblanqueo ha alcanzado la cuota de precisión que debe exigirse a la redacción de cualquier tipo penal.

La exposición de motivos de la ley a la que nos venimos refiriendo no facilita explicación alguna acerca de esta modificación, cuando hubiera sido conveniente que se aclarara que con la nueva dicción del artículo se pretendía ajustar la descripción típica a la doctrina jurisprudencial sobre la materia⁶⁰. Y es que, se impide conocer las razones y el sentido de dicha reforma que afecta de forma significativa a la configuración del tipo. Para encontrar una justificación de la reforma debemos acudir a las generalidades que se encuentran en el primer apartado del Preámbulo: “por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado– de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir. Y, en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección”.

En todo caso, se trata de argumentos genéricos que constituyen más un efugio para evitar la concreción exigible que una motivación que justifique las modificaciones.

El legislador debería haber precisado mejor los elementos del tipo en el autoblanqueo, cuyo injusto no puede centrarse en el conocimiento del origen delictivo ni en la ayuda al delincuente⁶¹. La crítica se centra, en este caso, en la falta de congruencia entre la configuración del tipo y el reconocimiento del autoblanqueo. En efecto, hay elementos dentro del art. 301.1 del CP que no han de ser requeridos cuando estamos ante supuestos de autoblanqueo pues cuando el sujeto activo sea el mismo que quien obtuvo los bienes, la exigencia de que realice los actos de blanqueo “a sabiendas de

⁵⁹ En consonancia con lo expresado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIÁN CAPARRÓS E.A., en “La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español” Diario La Ley, 27 de diciembre de 2010. Por el contrario, algunos autores como CAMPANER MUÑOZ, J., “El autoblanqueo de capitales tras la reforma penal de 2010 y su necesaria consideración como acto copenado o autoencubrimiento impune” Editorial jurídica Sepín, enero 2011, manifiestan como nefasta la elección del legislador al haber optado por la tesis de la punición del autoblanqueo.

⁶⁰ CAMPOS NAVAS, D., “Aspectos sustantivos...op. cit.”

⁶¹ ABEL SOUTO, M., “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio” La Ley Penal, nº 79, febrero 2011.

que éstos tienen su origen en una actividad delictiva” es inane. Asimismo, hay otras formas comisivas que no puede desarrollar aquel que ejecutó la conducta delictiva previa como “realizar cualquier otro acto para ayudar a otra persona”. En definitiva, la modificación operada desfigura el tipo penal dotándolo de cierta incongruencia que debería haberse evitado mediante la reconfiguración de su contenido.

Intrínsecamente relacionado con lo anterior se encuentra la incoherente coexistencia del autoblanqueo con las nuevas conductas de blanqueo introducidas a través de la LO 5/2010 en el art. 301.1 del CP, esto es, la posesión y la utilización de los bienes objeto de la actividad transformadora. Conductas cuya introducción ha sido muy criticada⁶², pues ello supone una ampliación desmesurada del tipo, ya que las mismas no son propiamente conductas de blanqueo, en la medida en que no suponen ningún cambio de titularidad o de ocultación de los bienes que se poseen, se utilizan y, en todo caso, ya estarían comprendidas en la expresión “realicen cualquier otro acto”, por lo que es muy desafortunada, además de innecesaria la introducción de tales términos⁶³. Así, se ha dicho que la adición de estos verbos, aproxima peligrosamente ciertas conductas demasiado cercanas a la receptación al ámbito del blanqueo de capitales; comportamientos que, por su propia naturaleza, nada tienen que ver con los efectos socio-económicos que caracterizan el blanqueo⁶⁴.

Se plantea la posibilidad de que la atribución de ambos delitos a la misma persona pudiera suponer la vulneración del principio *non bis in ídem*. Y es que, en determinados delitos la obtención de bienes supone uno de los elementos del tipo formando parte de la fase de agotamiento de aquel, por lo que su mera posesión supone la misma conducta que ya se está castigando cuando se sanciona la comisión del delito precedente. Ahora bien, cuando tras haber poseído o usado el bien o los fondos se realiza alguna otra de las conductas típicas de transmisión, conversión o cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, la sanción por blanqueo se hace imprescindible al originarse un nuevo hecho que lesiona un bien jurídico distinto cuya protección no abarca suficientemente el castigo por el delito precedente⁶⁵.

Una interpretación literal del precepto llevaría a absurdos como castigar a aquel que roba un televisor y lo instala en su casa para verlo, por un delito de robo y otro de blanqueo de capitales, circunstancia que supondría la infracción del principio *non bis in ídem*. En definitiva, el problema radica en que el legislador ha introducido el autoblanqueo sin adaptar la descripción del tipo a esta posibilidad.

Ante esta cuestión, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha procedido a interpretar el art. 301.1 del CP de forma restrictiva, lo que ha provocado que la mera posesión de bienes de origen delictivo no suponga un delito, ni cuando el que blanquea es un

⁶² Cfr. ABEL SOUTO, M., “La expansión...op. cit.”

⁶³ Cfr. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Estudios sobre...op. cit.”, pág. 464.

⁶⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y FABIÁN CAPARRÓS E. A., “La emancipación del delito...op. cit.”

⁶⁵ CAMPOS NAVAS, D., “Aspectos sustantivos... op. cit.”

tercero, ni menos aun cuando es el mismo sujeto que ejecutó la conducta delictiva previa.

Lo cierto es que la reciente jurisprudencia ha establecido algunas pautas mediante las que se ha procurado obtener una aplicación de la norma que limite los posibles excesos en la punición del autoblanqueo, evitando que se extraigan interpretaciones descontextualizadas que vulneren el principio *non bis in ídem*⁶⁶.

Se ha precisado que “la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias (...) la esencia del tipo es la expresión ‘con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito’. Finalidad u objetivo de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo”⁶⁷.

Esta interpretación lleva a afirmar que el art. 301.1 del CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Se abandonan interpretaciones doctrinales que abogaban por la presencia en el tipo de dos conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes y las de realización de cualquier otro acto sobre esos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen delictivo⁶⁸.

Aplicando este criterio al autoblanqueo, siguiendo palabras de la STS 265/2015, de 29 de abril, se evitan excesos como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. De este modo, las conductas reflejadas al comienzo del art. 301 del CP constituyen meros actos neutros que no afectan al bien jurídico protegido. Con ello se evita el quebranto del principio *non bis in ídem*. Se desvinculan aquellos actos que pudieran ser parte de la fase de agotamiento del delito previo del blanqueo de capitales cuya configuración exige, según esta interpretación, una finalidad específica que afectaría al bien jurídico protegido y desvincularía el ámbito criminológico protegido por cada uno de los ilícitos penales.

Esta posición ha de ser calificada positivamente al considerarse que la desmesurada amplitud del tipo penal del blanqueo de capitales requiere este tipo de interpretaciones

⁶⁶ Así lo indican, entre otras, las recientes SSTS 747/2015, de 19 de noviembre, 165/2016, de 2 de marzo y 849/2016, de 10 de noviembre.

⁶⁷ Cfr. SSTS 265/2015, de 29 de abril, 506/2015, de 27 de julio, 747/2015, de 19 de noviembre, 165/2016, de 2 de marzo y 849/2016, de 10 de noviembre.

⁶⁸ En ese sentido se pronuncian VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Blanqueo, ¿qué es...op. cit.”y ABEL SOUTO, M., “El delito de blanqueo...op. cit.”, págs.94 y ss.

correctoras, que además evitan problemas constitucionales por vulneración de derechos fundamentales, especialmente por infracción del principio *non bis in ídem*⁶⁹.

6.3. Hacia una nueva configuración del tipo ajustada al reconocimiento normativo del autoblanqueo

Resulta innegable que el contenido del art. 301.1 del CP se muestra deficiente. Si ya la descripción típica primaria resultaba mejorable al carecer de claridad y encontrarse desenfocada de las razones de política criminal que justificaban la punibilidad de la conducta, las reformas que han afectado al precepto, además de suponer una expansión injustificada de su ámbito de intervención, lo han sumido en un espacio de inseguridad jurídica. Como ya hemos dicho, la falta de congruencia se hace patente con su mera lectura, especialmente y en lo que aquí nos afecta, respecto al autoblanqueo.

Coincidimos con la necesidad de delimitar el ámbito típico del delito en el sentido desarrollado por la jurisprudencia a la vista de su actual configuración. Ahora bien, consideramos que lo conveniente sería una remodelación del precepto efectuada por el legislador que lo dote de mayor precisión y se ajuste a las razones que justificaron la punibilidad de la conducta, sin incurrir en la violación de los principios de intervención mínima y de taxatividad.

A nuestro parecer, las pautas a seguir para esa nueva redacción del tipo deben extraerse al contenido del art. 1 de la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, que muestra las acciones que deben considerarse como constitutivas de blanqueo de capitales. En concreto en su apartado tercero constan las siguientes:

- a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;
- b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;
- c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;
- d) la participación en alguna de las acciones a que se refieren las letras a), b) y c), la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de

⁶⁹ BLANCO CORDERO, I., "El delito de...op. cit.", págs. 657 y 658.

perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.”

En primer lugar, debe huirse de la utilización de términos genéricos que actualmente contiene el artículo como “cualquier otro acto”⁷⁰, pues la propia Directiva ya expresa que actos específicos pueden constituir blanqueo de capitales. Se trataría de la conversión, transferencia, adquisición, posesión, utilización, ocultación o encubrimiento de los bienes.

En segundo lugar, en consonancia con lo expuesto, sería deseable que el precepto constara de dos apartados, uno relativo a los supuestos en que el sujeto activo del delito de blanqueo de capitales es el mismo que intervino en la conducta delictiva previa y, otro, referido a aquellos casos en que quien comete la acción transformadora nada tiene que ver con la obtención ilícita primaria de los bienes.

Y, en tercer lugar, consideramos que el elemento nuclear del tipo es precisamente la realización de aquellos actos pues son los que permiten sacar un rendimiento a los bienes ilícitamente obtenidos y, en definitiva, su introducción en el tráfico económico legal. La mera ocultación o encubrimiento de los bienes lo único que consigue es mantenerlos fuera del alcance de las autoridades que pretenden recuperarlos por ser fruto de una conducta delictiva previa. La relevancia penal de esa ocultación emerge cuando se ejecuta algún acto que suponga dar a los bienes apariencia de legalidad, esencialmente, mediante actos que producen un cambio en la titularidad de los mismos.

De este modo, en casos de autoblanqueo, los actos constitutivos de delito deberían reducirse a la conversión o transferencia de bienes, pues son los actos mediante los cuales el delincuente consigue sacar provecho de esos bienes y, lo que es más importante, consigue su integración en el mercado con el consecuente efecto en el orden socioeconómico. La adquisición en casos de autoblanqueo carece de trascendencia penal pues es evidente que los bienes ya han sido adquiridos mediante la ejecución de la conducta delictiva previa por lo que no se va a producir un nuevo acto de adquisición que pudiera suponer delito de blanqueo de capitales. La mera posesión, como ya se ha dicho, formaría parte de la fase de agotamiento del delito previo por lo que en estos casos no debe ser entendida como un acto constitutivo de un nuevo delito. La ocultación o encubrimiento por sí solo no constituyen ningún acto que permita la incorporación de los bienes a la economía legal, pues se trata de conductas más destinadas a evitar la investigación del delito previo o la pérdida de aquello que se ha conseguido mediante su comisión, que a blanquearlos. En cuanto a la utilización, mayor duda presenta. La utilización propia de los bienes a nuestro parecer no representa un acto de autoblanqueo, sin embargo, cuando esa utilización

⁷⁰ Como expresan TERRADILLOS BASOCO, J.M. y HAVA GARCÍA, E., “Lección 6 receptación...op. cit.”, pág. 189, la doctrina critica la fórmula “cualquier otro...”, como expansión violadora del principio de taxatividad. Expansión, por otra parte no requerida, *ab origine*, por los instrumentos de Derecho internacional, pues ya la adquisición, conversión y transmisión de bienes agotan las conductas cuya criminalización venía exigida por la Convención de Viena.

provoca la integración de los bienes en la economía legal si lo constituiría pues, al fin y al cabo, se estarían transfiriendo los bienes con el consecuente cambio en la titularidad de los mismos. Por ejemplo, la utilización de una televisión robada no sería un acto de blanqueo. Sin embargo, la utilización del dinero robado para comprar una televisión si representa tanto el aprovechamiento de los bienes ilícitos como la conversión de estos en lícitos. Ahora bien, en este último caso, esa acción quedaría integrada dentro de la transferencia de los bienes, por lo que consideramos que la utilización debe entenderse como propia y excluirse del ámbito del autoblanqueo.

Asimismo, en ese apartado sería innecesaria la referencia que ahora se contiene a la necesidad de que los actos se ejecuten “a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad” pues resulta obvia la concurrencia de este requisito en casos de autoblanqueo. Sí tendría sentido el mantenimiento de la cláusula “con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes” a lo que debería añadirse lo siguiente: “y así posibilitar su incorporación al tráfico económico legal”.

El otro apartado, referido a aquellos casos en que el sujeto activo del delito es diferente al de la conducta delictiva previa, se sustentaría en los actos no reconocidos como delictivos ante el autoblanqueo. Piénsese que ese tercero ha tenido que obtener los bienes ilícitos de alguien que los obtuvo anteriormente, por tanto, respecto a ese tercero, la adquisición, posesión, utilización, ocultación o encubrimiento suponen actos de blanqueo siempre que actúen a sabiendas de su procedencia ilícita pues ya se ha producido una transmisión previa. Que ellos tengan esos bienes implica que ha habido un cambio en el título posesorio de los mismos, que ha sido aceptado y que supone tanto una ayuda a las personas que obtuvieron esos bienes, como un paso para otorgarles apariencia de licitud. En estos casos ni tan siquiera se requiere que la posesión se mantenga con el fin de ocultar el origen ilícito pues el mero hecho de que un tercero posea esos bienes ilícitos conlleva un pretendido intento de ocultación.

Mediante la configuración típica propuesta se evita el efecto concomitante entre los actos de autoblanqueo y aquellos otros ejecutados por terceros ajenos a la conducta delictiva previa, permitiendo una descripción del tipo más razonable que evite la presencia de elementos superfluos que, en este caso, ninguna lógica tiene en el ámbito del autoblanqueo.

7. INCIDENCIA PROCESAL DEL ACTUAL RECONOCIMIENTO DEL AUTOBLANQUEO

Decíamos *supra* que resulta indiscutible a la vista del actual contenido del art. 301. 1 del CP la posibilidad de acusar por blanqueo de capitales a quien interviene en la conducta delictiva previa. Por ello, era preciso centrar la atención en si dicha posibilidad resulta adecuada. Y es que la amplitud del ámbito punitivo del precepto ha provocado que el blanqueo de capitales se convierta en un delito comodín que es incorporado por las acusaciones y el Ministerio Fiscal ante la comisión de cualquier hecho punible que genere bienes. En efecto, el autoblanqueo conjugado con parte de los actos que figuran en la descripción del delito está dando pie a acusaciones por blanqueo de

capitales con el consiguiente incremento de la pena solicitada, que se distancian de lo que deberían ser acusaciones fundadas en los principios que legitiman la aplicación del Derecho penal.

Estas circunstancias denotan el necesario acotamiento de las conductas incardinables en el delito de blanqueo de capitales que en la actualidad desborda las razones que llevaron a criminalizar la conducta. No debe permitirse que nuestra norma penal contenga delitos que por su extensión puedan ser utilizados en el proceso penal como instrumento para incrementar la pena que se solicita cuando, además, como se analizará, se trata de un ilícito cuya prueba directa es de difícil obtención por lo que la condena se suele apoyar en prueba indiciaria, lo que supone cierto relajamiento probatorio en demasiadas ocasiones.

Por ello, estamos de acuerdo con la necesaria restricción de esa figura delictiva que viene desarrollando el Tribunal Supremo en los últimos años. Sin embargo, parece que la jurisprudencia restrictiva no está siendo obstáculo para el mantenimiento de una estadística desmesurada de acusaciones por blanqueo de capitales. Por ello, consideramos oportuna una modificación del tipo que, como hemos desarrollado, aporte claridad y concisión a su contenido mediante la distinción entre aquellos casos en que el sujeto activo sea la persona que intervino en la conducta delictiva previa y aquellos en que no, enfocada esencialmente a la finalidad que pretende darse a los bienes, esto es, su incorporación al mercado legalmente regulado. De esta forma se impediría que dicha amplitud permitiera mantener acusaciones por blanqueo de capitales por el mero hecho de que se estén investigando delitos que generan bienes, delimitando el amplio ámbito acusatorio que recae sobre el blanqueo de capitales.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M., "El delito de blanqueo en el Código penal español", Barcelona, 2005.
- "La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio" *La Ley Penal*, nº 79, febrero 2011.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., "El delito de blanqueo de capitales", Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2000.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., "Derecho Penal Económico", Madrid, 2010.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIÁN CAPARRÓS E.A., en "La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español" *Diario La Ley*, 27 de diciembre de 2010.
- BLANCO CORDERO, I., "El delito de blanqueo de capitales", Madrid, 2015.
- CALDERÓN CEREZO, A., "Delitos contra el orden socioeconómico", Madrid, 2008.
- CAMPANER MUÑOZ, J., "El autoblanqueo de capitales tras la reforma penal de 2010 y su necesaria consideración como acto copenado o autoencubrimiento impune" *Editorial jurídica Sepín*, enero 2011.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "Protección penal del sistema financiero", *Diario La Ley*, 7 de octubre de 2003.
- DEL CARPIO DELGADO, J., "El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal", Valencia, 1997.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., "El blanqueo de capitales en el Derecho Español", Madrid, 1999.
- "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero", Pamplona, 2011.
- DIEZ RIPOLLES, J.L., "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", *Actualidad Penal*, nº 32, 1994.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A., "El delito de blanqueo de capitales", Madrid, 1998.
- FARALDO CABANA, P., "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales" *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- GARCÍA ARÁN, M., "Comentarios al Código Penal. Parte especial" (tomo I), AAVV, Madrid, 2004.
- GÓMEZ INIESTA, D. J., "El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español", Barcelona, 1996.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N., "Blanqueo de Capitales y Secreto Profesional del Abogado" *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 546547.
- JAKOBS, G., "Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación". Traducción por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO CONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., Madrid, 1997.

- LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M., “Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria”, Barcelona, 2009.
- MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I., “El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales”, Valencia, 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial”, Valencia, 2011.
- “Derecho Penal Económico”, Valencia, 2002.
- MIR PUIG, S., “Derecho penal parte general”, Barcelona, 2006.
- MORENO CÁNOVES, A. y RUIZ MARCO, F., “Delitos socioeconómicos”, Zaragoza, 1996.
- MORENO VERDEJO, J., “Aspectos concursales del delito de blanqueo” Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 37.
- MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte especial”, Valencia, 2009
- PALMA HERRERA, J., “Los delitos de blanqueo de capitales”, Madrid, 2000.
- PALOMO DEL ARCO, A., “Receptación y figuras afines” en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial), Madrid, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Comentarios al nuevo Código Penal”, AAVV, Pamplona, 2008.
- “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8 de marzo de 2010.
- ROXIN, C., “Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”. Traducción de la 2ª edición alemana. Tomo I. Madrid, 1997.
- RUIZ VADILLO, E., “El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura” en Boletín de información del Ministerio de Justicia, nº 1641
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Receptación y blanqueo de capitales”, en Compendio del Derecho penal, Parte especial, volumen II, AAVV, Madrid, 1998.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. y HAVA GARCÍA, E., “Lección 6 receptación y blanqueo de capitales” en Tomo IV Derecho penal parte especial (Derecho penal económico) en Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, AAVV, Madrid, 2011.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)” Revista General de Derecho Penal 18 (2012).
- “Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995”, Valencia, 1997.
- VIVES ANTON, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Comentarios al Código Penal de 1995”, volumen II, Valencia, 1996.

VON LIZT, F., "Tratado de Derecho Penal". Traducción de la 18ª edición alemana. III tomo, Madrid, 1926.

ZARAGOZA AGUADO, J.A., "Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)", AAVV, Granada, 1999.

RECENSIÓN

MORENO TRAPIELLA, P.C

EJECUCIÓN HIPOTECARIA. JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

WOLTERS LUWER. LA LEY. Las Rozas (Madrid) 2.017, 330 pp

I.S.B.N: 978-84-9020-587-7 (papel)

I.S.B.N: 978-84-9020-587-4 (digital)

PATRICIO ARRIBAS Y ATIENZA

Letrado de la Administración de Justicia

I. INTRODUCCIÓN

El camino hacia la unión europea, es arduo, lento y con miles de obstáculos y cortapisas, y no tenemos más que ver la reciente decisión de salida en Reino Unido del marco de la Unión Europea, enmarcada en movimientos localistas de todo índole que no solo resultan contrarios a la cesión de soberanía sino incluso pretenden a estas alturas establecer ámbitos de competencias estrictamente locales, en contra de la senda que siempre se pretendió desde los mismos inicios de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Si eso es así con carácter general, imaginemos la complejidad en el ámbito jurídico, que al tratarse de una ciencia de carácter marcadamente local, hace aún más dificultosa los puentes entre unos y otros sistemas jurídicos dentro de la Unión. Pero para combatir estas dificultades se creó precisamente, un sistema judicial propio dentro de la Unión que resulta así la culminación de los diferentes sistemas de cada uno de los países miembros.

Asimismo todos los países miembros, reconocen la prevalencia del Derecho de europeo sobre el nacional y la necesaria compatibilidad de sus normas emanadas de la Unión.

Por ello se introdujo en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹ la denominada cuestión prejudicial europea, conforme a la cual si en el momento de aplicar una norma nacional hubiese dudas sobre su adaptación a otra norma de la Unión, podrá el Juez nacional plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión.

¹ Artículo 267 TFUE, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

Por otro lado con la finalidad de proteger a los consumidores se dictó la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de Abril de 1993, relativa a cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

Con estos mimbres y a principio de esta década es, que comienzan a plantarse por diversos jueces y tribunales diferentes cuestiones prejudiciales europeas planteando la compatibilidad de la normativa nacional, especialmente en el ámbito del contrato de hipoteca por parte de los consumidores con la mencionada directiva.

Consecuencia de ello se produce toda una renovación de nuestro Derecho, modificación de la jurisprudencia y elaboración de nuevas normas, que constituyen todo un nuevo cuerpo doctrinal, jurisprudencial y legal en la materia que precisa de una adecuada sistematización, para conocer y entender debidamente toda esta transformación, y es aquí precisamente que descubrimos la obra que nos ocupa, que cumple con esta finalidad a la perfección, es más me permito incluso señalarla como de necesaria lectura para todo aquel que quiera comprender, la evolución y desarrollo que ha tenido lugar en la protección del consumidor ante el mercado hipotecario.

II. ESTRUCTURA DE LA OBRA

La obra se compone de siete capítulos, sistematizados de modo lógico conforme a la cronología de los hitos que se han producido en la materia que trata, pero uniendo en su examen los acontecimientos jurisprudenciales con la evolución de la doctrina y las consecuencias legislativas.

El primero de sus capítulos nos sitúa el ámbito normativo europeo en el que se ha desarrollado toda esta cuestión relativa a la ejecución hipotecaria de que trata la obra y especialmente la mencionada Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de Abril de 1993, pues esta es la base de todo lo acontecido.

El segundo capítulo continuidad del anterior, lo utiliza el autor para hacer que el lector comprenda debidamente los fundamentos jurídicos de aplicación de la directiva, profundizando en el objeto y finalidad de la misma y en todo el sistema de protección al consumidor que en ella se desarrolla.

Sentadas en los anteriores capítulos las bases del derecho europeo en la materia, consecuentemente a continuación en el capítulo tercero nos confronta dicha regulación con la normativa española.

Fijadas la bases de la cuestión, se entra de pleno en el fondo de la cuestión, primero en el capítulo cuarto, con un análisis profundo y detallado de toda la jurisprudencia europea sobre la defensa del consumidor y la nulidad de las cláusulas abusivas, recogiendo las principales sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sus efectos y consecuencias.

Continúa en los capítulos quinto y sexto, centrado en el concreto ámbito de la ejecución sobre la vivienda habitual y en la nueva legislación alumbrada a raíz de todas las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE.

Para finalizar con toda una serie de cuestiones de carácter doctrinal pero amplia repercusión práctica, que resultan de gran utilidad para todo jurista que precise actuar con esta materia.

Con la estructura que acabamos de exponer la obra consigue, definir el problema que se plantea y para ello lo primero que hace es trasladarnos a su origen, pues difícilmente podemos explicarnos y conocer algo en profundidad sin conocer la raíz de la cuestión.

La obra es rica en información, nos aporta todos los datos precisos para situar la cuestión en sus debidos términos.

Nos da a conocer hábilmente los argumentos jurídicos empelados por el TJUE, mostrándonos las soluciones adoptadas y las consecuencias que todo ello ha tenido en nuestra propia jurisprudencia y legislación.

Con todo lo que podemos decir, que a esta obra no le falta nada, no nos deja su autor ni un solo resquicio por el que podamos reprocharle, tampoco era la intención, algún tipo de carencia que pudiera completar debo decirlo así, su brillante exposición. De ahí que como ya hemos dicho y reiteramos resulta imprescindible para comprender toda esta cuestión sobre la protección del consumidor en la Unión Europea, la declaración de cláusulas abusivas, la regulación hipotecaria en relación con lo anterior y todas sus consecuencias.

Por último el autor llega a una serie de conclusiones, a modo de final que en realidad no es más que un resumen de todo lo anteriormente expuesto, destacando la prohibición de integración de las cláusulas abusivas, con la importante excepción de integración cuando de no hacerla conllevarse la propia anulación del contrato y ello sea perjudicial para el consumidor.

Se expone también en estas conclusiones la situación acontecida en la práctica tras todo esto, que ha llevado a los ejecutantes principalmente bancos, a utilizar el proceso de ejecución ordinaria o incluso el declarativo correspondiente en lugar de la ejecución hipotecaria y es aquí que se llega por el autor a una verdadera conclusión, que no podemos compartir. Considera que la elección de uno u otro procedimiento por parte del acreedor “no es libre....si con ello se contraviene el principio de efectividad de los derechos consagrados en la Directiva”. Pero lo cierto es que ninguna cortapisa existe en la legislación nacional que lo impida y ni tan siquiera ninguna de las sentencias del TJUE se ha pronunciado en dicho sentido y por tanto no vemos como podría impedirse a nadie utilizar los procesos que la ley prevé para todos sin exclusión alguna, sin duda una posible inadmisión de proceso declarativo en base a este argumento conllevaría una flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

III. CONTENIDO MATERIAL Y DE FONDO DEL TRABAJO

Recoge la obra en primer lugar los principios básicos del Derecho de la Unión Europea, el principio de primacía² conforme al cual las normas de la Unión Europea, siempre que sean válidas de acuerdo con el ordenamiento de la Unión Europea prevalecen, en caso de conflicto, sobre las normas nacionales, incluso frente a la norma suprema, esto es frente la Constitución³. El principio del control difuso de la adecuación de las leyes nacionales al Derecho de la Unión Europea⁴ por el cual el juez ordinario que conoce de un caso al que resulta aplicable el Derecho de la Unión Europea tiene la potestad de no aplicar, por su propia autoridad, cualquier norma nacional que estime contraria a ese Derecho, aunque se trate de una norma con rango de ley. Y los principios de equivalencia y efectividad por los que conforme al primero, la legislación nacional no puede tratar las reclamaciones basadas en el Derecho comunitario de manera menos favorable que las reclamaciones similares de Derecho interno y al segundo que la regulación procesal no puede estar articulada de tal manera que haga imposible

² Lo que se reconoce por primera vez en la Sentencia Flaminio Costa, 15 de julio de 1964 (6/64).

³ Sentencia Internationale Handelsgesellschaft, de 17 de diciembre de 1970 (11/70).

⁴ Sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978 (106/77).

o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento europeo⁵.

Se distingue con nitidez los conceptos de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, el concreto ámbito de la protección de los consumidores y se fija el método para su control con especial consideración de los plazos de que dispone el deudor para oponerse a la reclamación ejecutiva.

Elemento fundamental en la protección del consumidor y núcleo de la obra es la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Sentencia Aziz), pues es a partir de esta que se instaura en nuestro derecho el control de oficio de las posibles cláusulas abusivas, y en base a ello se introdujo en la nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) además del nuevo motivo de oposición consistente en la existencia de cláusulas abusivas el examen de oficio por el tribunal⁶, pero como expone el autor, puede llegarse incluso a que el examen de oficio no se limite al momento procesal previsto en la Ley sino que el mismo pueda tener lugar en cualquier momento.

En la obra se nos expone las consecuencias de la declaración de la existencia de una cláusula abusiva que se deriva de las diferentes resoluciones dictadas por el TJUE, y que conlleva la imposibilidad de integración de la misma e incluso tratándose de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución podrá conllevar incluso el sobreseimiento de la ejecución.

Se estudia en la obra toda la jurisprudencia del TJUE que ha traído importantes limitaciones en el ámbito de la ejecución, especialmente la hipotecaria, cuando se trata de la vivienda habitual y algunos privilegios, que resultaban imprescindibles en un Estado social como es España y cualquiera de los que conforman la Unión Europea, limitación de los intereses moratorios, limitación en las costas, participación en las plusvalías tras la adjudicación de la vivienda, así como medidas de carácter extraordinario para aquellos que se encuentran en una situación económica de debilidad y de las que la más importante resulta ser la suspensión del lanzamiento.

Por último es de agradecer que la obra entre en el “campo de batalla” y proponga soluciones a varias de las cuestiones que en la práctica forense son objeto de continua duda, el efecto de cosa juzgada en materia de cláusulas abusivas, diferentes problemas en el momento de la adjudicación, cuestiones relativas a los límites de la cobertura hipotecaria o el tratamiento del tercer poseedor, entre otras.

⁵ Sentencia Preston y Fletcher y otros, de 16 de mayo de 2000.

⁶ Artículo 552.1 párrafo LEC, “El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª”

CONCLUSIÓN

Estamos ante un estudio completo de la jurisprudencia europea sobre la defensa de los consumidores en el mercado hipotecario especialmente en el caso de la hipoteca de vivienda habitual, que no nos cansamos en reiterar su recomendación a todos aquellos juristas que quieran ponerse al día sobre esta materia.

Pero no obstante nos encontramos en un ámbito en que la evolución jurisprudencial es continua y no para de desarrollarse, de hecho desde la publicación del libro, a pesar del poco espacio de tiempo transcurrido, nuevas sentencias del TJUE y recientes cuestiones planteadas por los tribunales⁷ permite tomarnos la licencia de solicitar de su autor una segunda edición en que se recojan todas estas novedades.

Una de las cuestiones que están replanteándose en la nueva jurisprudencia del TJUE es la importante cuestión de la cesión masiva de créditos que está teniendo lugar de Bancos a determinados fondos de activos o de estos entre sí, es una importante cuestión de la que se ocupa y ocupará el TJUE y que el autor trata ya en esta obra y que seguro aportaría con acierto todas las novedades que se produjeran.

⁷ Entre otras, cuestión planteada por el Tribunal Supremo el 8 de febrero del 2017 aún pendiente, a fin de determinar el alcance que debe darse a la declaración de abusividad en relación al vencimiento anticipado y el sobreseimiento.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés,
en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO ALDEGUER TOMÁS c. ESPAÑA

(Demanda nº 35214/09)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

14 de junio de 2016

*Esta Sentencia será definitiva de acuerdo con lo estipulado en el artículo 44.2 del
Convenio. Puede estar sujeta a revisión editorial.*

En el asunto Aldeguer Tomás c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en Sala compuesta por:

Helena Jäderblom, *Presidenta*,
Helen Keller,
Johannes Silvis,
Branko Lubarda,
Pere Pastor Vilanova,
Alena Poláčková, *jueces*,
Blanca Lozano Cutanda, *jueza ad hoc*

y Stephen Phillips, *Secretario de Sección*,

Tras deliberar en privado el 17 de mayo de 2016

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició mediante demanda (nº 35214/09) contra el Reino de España, interpuesta ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por Antonio Aldeguer Tomás, de nacionalidad española (“el demandante”), el 22 de junio de 2009.
2. El demandante, a quien se le reconoció asistencia letrada, estuvo representado por M. Ródenas Pérez, abogado en ejercicio en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”) estuvo representado por su agente F.A. Sanz Gandasegui, Abogado del Estado.
3. El demandante reclamó con arreglo al artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 8, que fue discriminado en base a su orientación sexual ya que se le denegó una pensión de viudedad tras la muerte de su pareja, con el que había convivido en una relación marital de hecho durante doce años. En cuanto al fondo, el demandante se basó igualmente en el artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.
4. El 18 de octubre de 2013 se le comunicó la demanda al Gobierno.
5. El juez Jose Luis López Guerra, juez electo por España, se abstuvo en el presente caso (artículo 28 del Reglamento). El 11 de febrero de 2015, el Presidente de la Sección nombró en consecuencia a Blanca Lozano Cutanda para actuar como jueza ad hoc (artículo 26.4 del Convenio y artículo 29.1 (a) del Reglamento).

HECHOS

I. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. El demandante nació en 1955 y vive en Pozuelo de Alarcón, Madrid.
7. El demandante convivió con otro hombre en una relación homosexual desde 1990 hasta la muerte de este último el 2 de julio de 2002. Durante todo ese tiempo convivieron en un apartamento perteneciente a la pareja del demandante. Cuando su pareja murió, la hermana y heredera única de la pareja del demandante le donó a

- este, en atención a la relación con su hermano, un apartamento propiedad del fallecido y en el que la pareja pasaba las vacaciones desde 1990.
8. El 19 de septiembre de 2003 el demandante reclamó el subsidio de la seguridad social en calidad de cónyuge superviviente, con arreglo al artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando que había convivido con su compañero fallecido durante varios años.
 9. El 22 de septiembre de 2003, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) rechazó otorgar al demandante una pensión de viudedad sobre la base de que, al no estar casado con el fallecido, no podía ser considerado como cónyuge superviviente a efectos de lo establecido en el artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Dicha resolución se notificó formalmente el 13 de junio de 2005.
 10. El 1 de julio de 2005, se aprobó la Ley 13/2005 que modificaba el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, entrando en vigor dos días después. Esta norma legalizó el matrimonio homosexual en España. En cumplimiento de la disposición adicional primera, las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del género de sus integrantes (ver párrafo 35 más abajo).
 11. El 5 de julio de 2005, el demandante interpuso una reclamación previa contra la resolución de 22 de septiembre de 2003. El INSS denegó dicha reclamación el 11 de agosto de 2005, indicando que no existía ningún precepto en la normativa en vigor, a efectos de los derechos de la seguridad social, que considere viudo/a a la persona que estuviese conviviendo con el causante.
 12. El 26 de septiembre de 2005 el demandante impugnó dicha resolución ante el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid (“Juzgado de lo Social”)
 13. Mediante sentencia de 14 de noviembre de 2005, el Juzgado de lo Social falló a favor del demandante. El Juzgado de lo Social destacó en primer lugar que los hechos del caso debían evaluarse a la luz de la nueva Ley 13/2005, que ya estaba en vigor y era considerada constitucional por el juzgado. Respecto al fondo, el Juzgado de lo Social manifestó que lo que estaba en juego era si el demandante, en calidad de pareja superviviente en una relación homosexual que finalizó (tras la muerte de su pareja) antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, tenía derecho a una pensión de viudedad. El Juzgado de lo Social reiteró que, en aplicación de la jurisprudencia interna sólidamente establecida, el miembro superviviente de parejas solteras no tenía derecho a una pensión de viudedad con arreglo al artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, siendo el matrimonio un elemento constitutivo para acceder a cualquier beneficio de la seguridad social; que al demandante se le impidió casarse con su pareja ya que el matrimonio homosexual no estaba reconocido por el derecho interno cuando falleció su pareja; que la administración de la seguridad social se basó en el hecho de que la pareja no estaba casada para rechazar la pensión de viudedad del demandante; y que era evidente que tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, los cónyuges de matrimonios homosexuales tenían derecho a una pensión de viudedad en pie de igualdad con los supervivientes de matrimonios heterosexuales.
 14. El Juzgado de lo Social opinó que la solución al asunto legal planteado por el demandante dependía de si de la Ley 13/2005 podía deducirse que la intención del legislador era que los cónyuges supervivientes de parejas homosexuales a quienes les hubieran impedido casarse con arreglo a la legislación anterior pudieran acceder a una pensión de viudedad en pie de igualdad con las parejas homosexuales que

podían casarse tras la entrada en vigor de dicha Ley. El Juzgado de lo Social señaló al respecto las disposiciones y la exposición de motivos de la Ley 13/2005 para afirmar que la nueva legislación tenía una voluntad igualitarista, y que desde su entrada en vigor, el 3 de julio de 2005, todas las disposiciones legales referentes al matrimonio debían interpretarse sobre la base de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005 enteramente aplicable al matrimonio homosexual (ver párrafo 35 más abajo). El Juzgado de lo Social manifestó al respecto que:

“Se trata de una disposición amplísima que despliega sus efectos en todas las demás del ordenamiento en las que alguna referencia al matrimonio se realice. Desde este momento cuando el legislador hable en cualquier norma de matrimonio se estará refiriendo también al contraído entre personas del mismo sexo. De este modo quien deba interpretar o aplicar cualquier disposición relativa al matrimonio deberá hacerlo proporcionando un trato igualitario sin considerar el igual o distinto sexo de los cónyuges”.

15. El Juzgado de lo Social recordó además que la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, reconocía el derecho a obtener una pensión de viudedad a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, y que uno de ellos hubiera fallecido con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981.
16. El Juzgado de lo Social destacó que dicha disposición fue incluida con el fin de dar solución a los casos en los que las parejas de hecho heterosexuales no se podían casar con arreglo a la normativa en vigor en aquel momento, y por tanto no tenían derecho a una pensión de viudedad, por encontrarse uno de sus miembros o ambos casado todavía con otra persona de la que no podía divorciarse, al ser legalmente imposible divorciarse en España hasta la aprobación de la Ley 30/1981. El Juzgado de lo Social consideró que la situación del demandante eran “por completo comparable” con las citadas en la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981 ya que:

“- el actor no pudo contraer matrimonio con su pareja por impedirlo la legislación vigente;
- el actor convivió maritalmente con su pareja y hasta su fallecimiento;
- este se produjo antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005”

17. El Juzgado de lo Social reconoció, sin embargo, que mientras que la ley 30/81 velaba por los derechos de quienes constituyendo una pareja de hecho heterosexual, no podían casarse porque el divorcio era ilegal, la ley 13/2005 vela por los derechos de quienes no han podido casarse por razón de su orientación sexual, siendo esta distinción el mayor impedimento para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad por parte del demandante.
18. En cualquier caso, el Juzgado de lo Social consideró que tratar de forma diferente a ambos grupos no responde a la amplia voluntad igualitarista demostrada por el legislador al aprobar la Ley 13/2005 y que, por tanto, la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981 era aplicable al demandante por aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005. El Juzgado de lo Social declaró lo siguiente:

“Por ello la interpretación que estimo más ajustada a la voluntad del legislador es la siguiente:

Sentencia Aldeguer Tomás c. España

- Si la DA 1ª de la ley 13/2005 indica que las disposiciones que contengan referencias al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes.
- Y una de ellas, actualmente vigente para la regulación del acceso a la prestación de viudedad, es la DA 10ª.2º de la ley 30/81.
- La única manera de aplicarla en adecuada correspondencia con la voluntad igualitarista del legislador, es hacerlo con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja de hecho.
- Y para en definitiva conseguir que la orientación sexual no constituya un elemento de discriminación al momento de aplicar la DA 10ª.2 de la ley 30/81, el derecho que allí se reconoce hoy debe traducirse para resolver supuestos de hecho como el enjuiciado en el que el obstáculo para acceder a la prestación de viudedad no es otro que dicha orientación sexual [del demandante]”.

19. Respecto a la declaración de la administración de que en el área de los beneficios de la seguridad social el principio rector es el de la falta de retroactividad de las leyes y que en cumplimiento de la normativa en vigor en el momento del fallecimiento de la pareja del demandante no podía beneficiarse de una pensión de viudedad, el Juzgado de lo Social opinó que el principio general no era absoluto y que no se llevaba a la práctica cuando una norma específica otorga reciprocidad a las leyes más favorables a los ciudadanos, como ocurre en el caso actual. Por tanto, la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981 debería leerse a la luz de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005.
20. Respecto al grado de retroactividad que debe otorgarse a la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981 en el caso del demandante, el Juzgado de lo Social se apoyó en los efectos constitutivos de la Ley 13/2005 que creaba nuevos derechos y era efectiva únicamente desde la fecha de entrada en vigor. En consecuencia, el Juzgado de lo Social reconoció el derecho del demandante a percibir una pensión de viudedad con efectos 3 de julio de 2005.
21. El INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social interpusieron un recurso de suplicación contra dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia.
22. El 18 de septiembre de 2006, el Tribunal Superior de Justicia estimó la suplicación y revocó la sentencia en primera instancia, manifestando que la intención del legislador no era que la Ley 13/2005 amparase las uniones homosexuales que finalizasen a causa del fallecimiento de uno de sus miembros antes de que la citada ley entrase en vigor ni que la falta de protección de dichas uniones fuesen consideradas discriminatorias a la luz del artículo 14 de la Constitución Española.
23. Para el Tribunal Superior de Justicia, únicamente desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005 que reconoció el matrimonio homosexual y que esta norma afectaba otros derechos para aquellas personas que deseaban casarse a partir de entonces. Por tanto, el Tribunal manifestó que la Ley 13/2005 no tenía efectos retroactivos, salvo disposición expresa en contrario, que no se produce en el presente caso.
24. El Tribunal Superior de Justicia también declaró que incluso cuando la Ley 13/2005 estaba inspirada por el principio constitucional de igualdad, la legislación previa que impedía el matrimonio homosexual no podía considerarse inconstitucional por ser contrario a cualquier principio constitucional o al derecho a no ser discriminado. Este Tribunal se refirió a la jurisprudencia constitucional desde 1994 de conformidad con el requisito de heterosexualidad a efectos del matrimonio era plenamente constitucional y que entraba en los márgenes de ponderación de las autoridades para considerar el matrimonio heterosexual de forma más favorable que las uniones homosexuales. En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia mantuvo que a pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 (ver

- párrafo 35 más abajo) se hace referencia al trato discriminatorio que por orientación sexual ha existido históricamente, el objetivo del legislador al aprobar esta ley es, simplemente, dar respuesta a esta realidad social y otorgar a los homosexuales el derecho a casarse, pero no proteger las uniones homosexuales que ya se habían extinguido antes de su promulgación.
25. El Tribunal Superior de Justicia se refiere a la jurisprudencia constitucional respecto a la que la diferencia en el trato jurídico entre particulares a causa de los sucesivos cambios legislativos no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación, incluso si puede considerarse que dichos sujetos pueden encontrarse en situaciones similares. Dada la complejidad que puede presentar un cambio de regulación, es el legislador quien debe establecer las características de la transición normativa, bien estableciendo diversos grados de retroactividad, bien limitando la aplicación de la nueva norma a las situaciones que nazcan tras su entrada en vigor.
 26. El Tribunal Superior de Justicia indicó al respecto que la Ley 13/2005 no contempla previsión alguna que afecte a situaciones entre parejas homosexuales ya extinguidas en el momento de su entrada en vigor y que la ley se refiere exclusivamente a parejas homosexuales existentes en ese momento y con intención de contraer matrimonio en el futuro. Dicho Tribunal consideró que la diferencia entre la situación anterior y la posterior a la aprobación de la Ley 13/2005 era esencialmente una expresión del principio de sucesión normativa no afectada por el derecho constitucional respecto al derecho a no ser discriminado.
 27. Respecto a la aplicación al presente caso de la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid manifestó que dicha disposición no era aplicable al caso del demandante por dos razones básicas. Primero, esta disposición no podía tenerse en cuenta entre las disposiciones a las que se refería la disposición adicional primera de la Ley 13/2005. La disposición adicional 10.2 era, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, de naturaleza provisional o transitoria y estaba prevista para aquellos casos específicos en los que uno de los miembros había fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981. No estaba pensada para regular situaciones futuras. En segundo lugar, dicha disposición estaba prevista para una situación completamente diferente a la del demandante. La disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 pretendía garantizar una pensión de viudedad a aquellos heterosexuales a quienes se les hubiera impedido casarse con una tercera persona porque el divorcio no era legal en el momento del fallecimiento de esta última. La imposibilidad de volver a casarse por parte de los afectados por la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 se basaba en el hecho de que el divorcio era ilegal en aquel momento. En su condición de heterosexuales tenían acceso al matrimonio. Por el contrario, las parejas homosexuales tenían absolutamente prohibido casarse antes de la Ley 13/2005 ya que el matrimonio se restringía a las parejas heterosexuales.
 28. Además, el Tribunal Superior de Justicia afirmó que el demandante nunca podría haber cumplido el requisito de haber convivido como matrimonio *more uxorio* establecido por la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, ya que únicamente quienes en principio podían casarse pero que por cualquier razón no se les permitía podían cumplir los requisitos de las uniones de hecho. El demandante y su pareja no podrían haber convivido “maritalmente” antes de la entrada en vigor de la Ley

13/2005, porque antes de su entrada en vigor el matrimonio entre dos hombres no estaba permitido.

29. El demandante interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina. Mediante auto de 27 de junio de 2007, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) declaró el recurso inadmisiblesobre la base de la falta de relevancia de la sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de noviembre de 2003. Dicho auto se notificó el 26 de julio de 2007.
30. Basándose en los artículos 14 (principio de igualdad y prohibición de discriminación) y 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Mediante resolución de 11 de febrero de 2009, notificada el 17 de febrero, el Tribunal constitucional declaró el recurso inadmisibles toda vez que el demandante no había satisfecho la carga consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso.

II. DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL APLICABLE Y DOCTRINA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA.

A. La Constitución

31. Las disposiciones aplicables de la Constitución española son las siguientes:

Artículo 9

“2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.
(...)”

Artículo 14

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Artículo 32

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Artículo 39

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
(...)”

B. El Código Civil

32. Las disposiciones aplicables del Código Civil son las siguientes:

Artículo 2

“3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”.

C. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

33. Las disposiciones aplicables de la Ley de Divorcio son las siguientes:

Disposición adicional décima

“Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

Primera. A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

Segunda. Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente.

Tercera. El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quién sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio...”

D. El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en vigor en el momento de la muerte de la pareja del demandante (“Ley General de Seguridad Social”).

34. Con arreglo al artículo 174.1 de la “Ley General de Seguridad Social”, las relaciones extramatrimoniales no generan derecho a una pensión de viudedad al superviviente incluso cuando haya existido convivencia entre ambos. En consecuencia, la concesión de una pensión de viudedad está condicionada a la existencia de un matrimonio válido entre el fallecido y el demandante/superviviente. El matrimonio se considera “válido” si se ha celebrado de conformidad con una de las formas establecidas en el artículo 49 del Código Civil.

E. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

35. Las disposiciones aplicables de la Ley 13/2005 son las siguientes:

Preámbulo

“La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta.

Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta. Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja. En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción. Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo. Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.

Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional primera de la presente ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo”.

Artículo único. Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

“El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción:

«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

Disposición adicional primera. Aplicación en el ordenamiento.

“Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”.

F. Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

36. La Ley 40/2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, modificó el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 174.3), reconociendo por primera vez el derecho a una pensión de viudedad de parejas solteras, heterosexuales u homosexuales, que hubieran convivido ininterrumpidamente durante más de cinco años antes de la muerte del causante. Además, la disposición adicional tercera de dicha Ley reconoció retroactivamente este derecho a las parejas de hecho que hubieran enviudado antes de la entrada en vigor de dicha norma y cuando el superviviente se encontrase en una situación de especial necesidad. Al respecto, la disposición adicional tercera estableció, entre otros requisitos, que el causante y el beneficiario “hubieran tenido hijos comunes”. La solicitud debía ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (ver *Muñoz Díaz c. España*, nº 49151/07, § 30, TEDH 2009).

G. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

37. En su auto 222/1994, de 11 de julio de 1994, el Tribunal Constitucional inadmitió un recurso de amparo solicitando que se reconociesen los efectos equivalentes al matrimonio de la convivencia *more uxorio* de dos homosexuales, a efectos de la pensión de viudedad. Declaró que “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ní existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 de la Constitución)”. El Constitucional ratificó la constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial. En consecuencia, se aceptó que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. El Tribunal Constitucional se basó en la jurisprudencia del Tribunal con arreglo al artículo 12 del Convenio (*Rees c. Reino Unido*, 17 de octubre de 1986, § 11, Serie A nº 106, y *Cossey c. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1990, § 22, Serie A nº 184).

38. El Tribunal Constitucional adoptó el mismo enfoque en su auto de 21 de octubre de 1999 en el caso *Mata Estevez c. España* ((dec.), nº 56501/00, TEDH 2001-VI), en el que se decidió inadmitir el recurso de amparo porque estaba mal fundado.
39. El 30 de septiembre de 2005, setenta y dos miembros del Parlamento (en aquel momento representantes de la oposición) interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005 ante el Tribunal Constitucional. Alegaron que la Ley 13/2005 desnaturalizaba el concepto de matrimonio contenido en el artículo 32 de la Constitución Española, que se refiere explícitamente a mujer y hombre.
40. En su sentencia 198/20012 de 6 de noviembre de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad y concluyó que la Ley 13/2005 se ajustaba plenamente al artículo 32 de la Constitución. Respecto a la situación antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, el Constitucional no consideró necesario abordar la cuestión de si las parejas homosexuales hubieran tenido derecho constitucional a casarse en ese momento.
41. En su sentencia 41/2013 de 14 de febrero de 2013, el Tribunal Constitucional consideró que el requisito de haber tenido hijos para acceder a una pensión de viudedad en el caso de uniones de hecho establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (ver párrafo 36 anterior) incumplía el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional estimó que la diferencia de trato establecido por la ley, basada en el requisito de haber tenido hijos en común, conducía a un resultado desproporcionado denegando a determinados supervivientes de parejas solteras (homosexuales y heterosexuales que no habían tenido hijos propios o adoptados en común, por razones legales o biológicas) el acceso a la protección provista por la prestación. Por tanto, concluyó que la diferencia de trato carecía de una justificación objetiva y razonable. El Constitucional consideró que no era necesario examinar si la disposición impugnada era también discriminatoria sobre la base de la orientación sexual. A los efectos de este fallo, el Tribunal Constitucional indicó que el hecho de declarar inconstitucional el requisito de haber tenido hijos en común, de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, no suponía que quienes no hubieran solicitado una pensión de viudedad dentro del plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley podían hacerlo en ese momento. Tampoco esta sentencia cuestiona la autoridad del *res judicata* de sentencias definitivas en las que los juzgados han llevado a la práctica el requisito impugnado.
42. En su sentencia 92/2014 de 10 de junio de 2014 el Tribunal Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, tal y como se reconocía antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 sobre medidas de seguridad social. El Tribunal Constitucional examinó este asunto en el contexto de un recurso de amparo interpuesto por un demandante que demandó, con arreglo al artículo 14 de la Constitución, respecto a la denegación de una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja homosexual en 2002 (antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007). El Constitucional se refirió al margen de discrecionalidad del legislador en el ámbito de los derechos de la seguridad social y al auto en el caso *Mata Estevez c. España* (citado anteriormente), en el que el Constitucional aceptó que la exclusión de las parejas homosexuales del esquema de seguridad social de pensiones de viudedad no incumplía el artículo 8, puesto en relación con el artículo 14 del Convenio. En opinión del Tribunal Constitucional,

únicamente le corresponde al legislador decidir cuando ampliar el derecho a la pensión de viudedad a otras situaciones, y en qué medida hacerlo. Es lo que el Parlamento español hizo introduciendo el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2005 (permitiendo casarse a los homosexuales y beneficiarse de las pensiones de viudedad) y ampliando en 2007 el derecho a una pensión de viudedad a uniones de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales, bajo ciertas condiciones. De conformidad con el Constitucional, esta era la elección del legislador y la situación existente con anterioridad no podía, por sí misma, considerarse incompatible con el principio de igualdad, amparado por el artículo 14 de la Constitución.

43. El Tribunal Constitucional puso en práctica los principios planteados en su sentencia 92/2014 y por tanto rechazó en cuanto al fondo varios recursos de amparo, incluyendo aquellos en los que el demandante contó con la demanda por analogía de la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 (ver, por ejemplo, las sentencias 124/2014 de 21 de julio de 2014, 157/2014 de 6 de octubre de 2014, en las que el Ministerio Fiscal confirmó el otorgamiento del amparo a los interesados).

H. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

44. En su sentencia de 29 de abril de 2009, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) resolvió en amparo sobre el fondo para la unificación de doctrina respecto a asuntos concretos de pensiones de viudedad para parejas homosexuales en las que uno de sus miembros hubo fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. El Tribunal Supremo indicó que la Ley 13/2005 no contenía disposición transitoria alguna otorgando efectos retroactivos a situaciones vis-à-vis anteriores a la entrada en vigor de la ley. Tampoco fue posible aplicar por analogía la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, que únicamente se refería a parejas de hecho heterosexuales a quienes se les impidió casarse ya que el divorcio era ilegal antes de 1981. La situación de las parejas homosexuales antes de 2005 era totalmente diferente, cuando el matrimonio homosexual no estaba regulado y no existía el derecho constitucional al matrimonio homosexual antes de esta fecha. En opinión del Tribunal Supremo, la Ley 13/2005 no se promulgó para eliminar una discriminación preexistente contraria a la Constitución. Su objetivo fue el de crear un nuevo marco de derechos y obligaciones para las parejas homosexuales, únicamente con efectos *ex nunc* para el futuro.
45. La sentencia del Tribunal Supremo contiene un voto particular del Magistrado F. Salinas Molina, formulado conjuntamente con otros cuatro magistrados de la Sala de lo Social. Los magistrados discrepantes consideraron que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 debería aplicarse por analogía a las parejas homosexuales a quienes se les impidió casarse antes de 2005. Esta aplicación por analogía se basaba en la similitud entre ambas situaciones (existencia de un impedimento legal para contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la nueva ley y la imposibilidad de casarse tras esa fecha por el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja), y en el hecho de que en ambos casos el objetivo de la pensión era cubrir las necesidades del superviviente. El hecho de que durante el proceso legislativo respecto a la Ley 13/2005 no se deliberase sobre el ámbito transitorio o retroactivo de la ley no significa que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 no fuese aplicable por analogía. Además, la Ley 13/2005 tenía el

propósito de asegurar la igualdad completa para las parejas homosexuales en el tema del matrimonio, incluyendo los derechos y beneficios sociales. En consecuencia, los magistrados debían interpretar y aplicar la legislación de conformidad con dicho objetivo, para evitar un trato discriminatorio. Los magistrados disconformes hicieron referencia a la jurisprudencia del Tribunal, así como al artículo 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y al artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

I. Documentación pertinente del Consejo de Europa

46. En su Recomendación 924 (1981) sobre discriminación contra los homosexuales, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE, por su acrónimo en inglés) criticó las diferentes formas de discriminación contra los homosexuales en determinados Estados Miembros del Consejo de Europa. En la Recomendación 1474 (2000) sobre la situación de gays y lesbianas en Estados miembros del Consejo de Europa, emplazó a los Estados miembros, entre otras, a adoptar legislación sobre parejas de hecho. En la Recomendación 1470 (2000) sobre una situación más concreta en relación con gays y lesbianas y sus parejas respecto al asilo y la inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa, recomendó al Comité de Ministros que apremiase a los Estados miembros, *inter alia*, “a revisar sus políticas en el campo de los derechos sociales y la protección de migrantes con el fin de asegurar que las parejas homosexuales y sus familias sean tratadas de la misma forma que las parejas heterosexuales y sus familias...”.

47. La Resolución 1728 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de abril de 2010, titulada “Sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género”, emplaza a los Estados miembros a “asegurar el reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales cuando la legislación nacional prevé dicho reconocimiento, como ya recomendó la Asamblea en 2000”, disponiendo *inter alia*:

“16.9.1. iguales derechos y obligaciones pecuniarias que las pertenecientes a parejas heterosexuales;

16.9.2. condición de “familiares”

16.9.3. medidas para asegurar que, cuando un miembro de una relación homosexuales es extranjero, a dicho miembro se le otorgan iguales derechos de residencia que si lo solicitase manteniendo una relación heterosexual;

16.9.4. reconocimiento de disposiciones con efectos similares adoptados por otros Estados miembros;”

48. En la Recomendación CM/Rec (2010)5 sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, el Comité de Ministros recomendaba a los Estados miembros que:

“1. examinen las medidas legislativas y de otra índole existentes, velen por su revisión continua, y recopilen y analicen datos pertinentes, con el fin de vigilar y reparar toda discriminación directa o indirecta por motivos de orientación sexual o identidad de género;

2. velen por la adopción y aplicación efectiva de medidas legislativas y de otra índole para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con miras a garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, y a promover la tolerancia hacia las mismas;

(...)"

49. La Recomendación exponía igualmente lo siguiente:

“23. En los casos en que la legislación nacional confiera derechos e imponga obligaciones a las parejas no casadas, los Estados miembros deberían velar por que dicha legislación se aplique de un modo no discriminatorio a parejas tanto del mismo sexo como de sexo diferente, incluyendo la pensión de supervivientes y a los derechos de arrendamiento.

24. En los casos en que la legislación nacional reconozca el registro de parejas del mismo sexo, los Estados miembros deberían tratar de asegurar que su condición jurídica y sus derechos y obligaciones sean equivalentes a los de las parejas heterosexuales en una situación comparable.

25. En los casos en que la legislación nacional no reconozca ni confiera derechos, ni imponga obligaciones, a las parejas del mismo sexo registradas y a las parejas no casadas, se invita a los Estados miembros a contemplar la posibilidad de proporcionar a las parejas del mismo sexo medios legales o de otro tipo para abordar los problemas prácticos relacionados con la realidad social en la que viven sin discriminación alguna (incluso frente a parejas de sexo diferente)”

J. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

50. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha examinado el asunto de los derechos prestacionales para parejas supervivientes homosexuales en dos casos particulares. En ambos casos, el Comité de Derechos Humanos declaró una vulneración del artículo 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (igualdad ante la ley y prohibición de discriminación). En el primer caso, *Young v. Australia*, Comunicación nº 941/2000 de 6 de agosto de 2003, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente (notas al pie omitidas):

“10.3. El Comité observa que el Estado Parte no hace referencia expresa a los artículos impugnados de la ley (art. 5 E y E 2) y art. 11) sobre cuya base se denegó al autor una pensión porque no se ajustaba a la definición de "miembro de una pareja" al no "vivir con un miembro del sexo opuesto". El Comité observa que el Estado Parte no niega que rechazar la concesión de una pensión por este motivo sea una interpretación correcta de la VEA y se limita a referirse a otros motivos que aparecen en la ley por los que se podría haber rechazado la solicitud del autor. El Comité considera que una simple lectura de la definición de "miembro de una pareja" recogida en la ley sugiere que el autor nunca habría reunido las condiciones necesarias para obtener una pensión, independientemente de si cumplía todos los demás criterios establecidos en la VEA, ya que no vivía con un miembro del sexo opuesto. El Estado Parte no refuta esta afirmación. Por consiguiente, corresponde al Comité decidir si, al negar al autor una pensión con arreglo a la VEA porque era del mismo sexo que el fallecido Sr. C., el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto.

10.4. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda que en comunicaciones anteriores el Comité consideró que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello

se derivaban. De los artículos impugnados de la VEA se deduce que las personas que forman parte de un matrimonio o de una pareja heterosexual que cohabita (que pueden demostrar que tienen una relación "de tipo matrimonial") se ajustan a la definición de "miembro de una pareja" y por tanto de "persona a cargo", a los efectos de recibir prestaciones de pensión. En el caso presente, está claro que el autor, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el Sr. C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. El Estado Parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual”.

51. En el caso *X. v. Colombia*, comunicación nº 1361/2005 del 30 de marzo de 2007, el Comité de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente (notas al pie omitidas):

“ 7.1 El autor afirma que la negativa de los tribunales colombianos a concederle una pensión basándose en su orientación sexual viola sus derechos en virtud del artículo 26 del Pacto. El Comité toma nota del argumento del Estado Parte de que son varios los factores de orden social y jurídico tenidos en cuenta por el legislador y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja y, que éste no está obligado a reconocer un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990 a todas las parejas y grupos sociales diversos existentes, unidos o no por lazos sexuales o afectivos. Toma nota igualmente de la afirmación del Estado Parte que el fin de las normas que regulan este régimen se circunscribieron a proteger las uniones heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno.

7.2 El Comité observa que el autor no fue reconocido como compañero permanente del Sr. Y., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a que las decisiones de los tribunales, basadas en la ley 54 de 1990, consideraron que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía a quienes forman parte de una unión marital de hecho heterosexual. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. 5 Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban. 6 El Comité también nota que, mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que si se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado

Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual”.

K. La protección de los derechos humanos del sistema interamericano

52. En el caso *Atala Riffo e hijas v. Chile* ((fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C n° 239), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la decisión de los tribunales chilenos de retirar la custodia de tres niñas a su madre lesbiana constituyó trato discriminatorio sobre la base de su orientación sexual, vulnerando su derecho a la igualdad (artículo 24 puesto en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y su derecho a la vida privada y familiar (artículo 11.2 y 17.1 de la Convención Americana).
53. Respecto al supuesto derecho de las hijas de la Sra. Atala Riffo de vivir en una familia “normal y tradicional”, argumento utilizado por los tribunales chilenos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente (notas al pie omitidas):

“142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)”.

144. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso *Karner c. Austria*, que:

“El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo”.

145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).

54. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 5/14 de 2 de abril de 2014 (*Asunto 12.841 Angel Alberto Duque v. Colombia*), examinó un caso en el que el demandante reclamaba que se le había denegado una pensión de

viudedad en base a su orientación sexual. La Comisión Interamericana consideró lo siguiente (notas al pie omitidas):

“74. Teniendo en cuenta que la evaluación de si una distinción es “objetiva y razonable” se efectúa caso por caso, tanto la Comisión y la Corte, así como otros tribunales y organismos internacionales, han acudido a la utilización de un juicio escalonado de proporcionalidad que incluye los siguientes elementos de análisis: (i) la existencia de un fin legítimo; (ii) la idoneidad, es decir, la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue; (iii) la necesidad, esto es, la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; y (iv) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro .

75. En función de ello, corresponde entonces analizar si la exclusión de parejas del mismo sexo del derecho a la pensión de sobrevivencia se encontraba justificada por un fin legítimo y, de ser así, si cumplía con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

76. La Comisión ha establecido en el capítulo correspondiente a hechos probados que la denegatoria de la pensión de sobreviviente al señor Duque como compañero permanente de JOJG se basó expresa y exclusivamente en que se trataba de una pareja conformada por personas del mismo sexo, sin que haya existido referencia a otras razones ni en la respuesta proporcionada por COLFONDOS ni en las decisiones respecto al recurso de tutela, ni en el expediente ante la CIDH. En especial, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, al confirmar la sentencia de primera instancia, sostuvo que la exclusión de las parejas del mismo sexo se justificaba en base a que la pensión de sobrevivientes tendía a “proteger la familia”, entendida como “la unión de un hombre y una mujer, únicos potencialmente capaces de conservar la especie”.

77. En tal sentido, la Comisión advierte que las razones esgrimidas por las autoridades administrativas y judiciales para excluir a la presunta víctima del derecho a la pensión de sobrevivencia obedecieron a la necesidad de “proteger la familia”. Como primer acercamiento, la Comisión considera que dicho fin puede, en abstracto, constituir un fin legítimo que el Estado puede perseguir al momento de restringir derechos.

78. Sin embargo, al analizar el requisito de la idoneidad del medio empleado, la Comisión advierte que el razonamiento esgrimido por las autoridades administrativas y judiciales puede operar tan sólo sobre la base de un concepto limitado y estereotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana. En efecto, la Corte Interamericana ha establecido que “en la Convención no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma” . La Comisión entiende que tal razonamiento discriminatorio quiebra el nexo de causalidad entre el fin buscado y el medio empleado, sin que quede satisfecho el requisito de idoneidad. En vistas de ello, resulta innecesario continuar con el análisis de los demás requisitos para la legitimidad de la restricción.

79. A mayor abundamiento, la Comisión considera que el hecho de que la jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional ampliara la protección legal a todos los tipos de familia, refleja que no existían razones para mantener ese concepto restringido de familia.

(...)

81. En virtud de lo anterior, la Comisión considera que el Estado violó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, contempladas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Ángel Alberto Duque”.

55. El 21 de octubre de 2014, la Comisión Interamericana remitió el caso a la Corte Interamericana. En *Duque v. Colombia* ((excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C n° 310), la Corte Interamericana concluyó que Colombia había vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, amparado por el artículo 24 de la Convención Americana, puesto en relación con el artículo 1.1 (§§ 89-138). Consideró que la exclusión de las parejas homosexuales del derecho a una pensión de viudedad con arreglo a la legislación colombiana aplicable en el momento de los hechos (2002) fue discriminatoria por motivos de orientación sexual. El hecho de que el Tribunal Constitucional declarase la exclusión inconstitucional en 2008 no reparó la vulneración, ya que no estaba claro que conforme a la legislación actual al demandante se le hubiera podido otorgar una pensión de viudedad con efectos retroactivos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO Y EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO 1 DEL CONVENIO.

56. El demandante reclamó haber sido discriminado a causa de su orientación sexual ya que, como superviviente de una unión homosexual de hecho, se le había denegado una pensión de viudedad. El demandante reclamó en concreto la diferencia de trato entre las parejas homosexuales de hecho que habían sido incapaces de lograr reconocimiento jurídico antes de la legalización del matrimonio homosexual en 2005, y las parejas solteras heterosexuales a quienes no se les permitió casarse antes de que el divorcio se legalizase en España en 1981. El demandante se basó en el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio.

57. El Tribunal reitera que, teniendo jurisdicción para calificar jurídicamente los hechos del caso, no se considera obligado por la jurisdicción otorgada por un demandante o un gobierno (ver, entre otra jurisprudencia, *Tarakhel v. Suiza* [GC], n° 29217/12, § 55, ECHR 2014; y *Gherghina v. Rumanía* (dec.) [GC], n° 42219/07, § 59, de 9 de julio de 2015). En virtud del principio de *jura novit curia*, por ejemplo, ha examinado de oficio las demandas con arreglo a artículos o párrafos no alegados por las partes. En el caso actual, cuando se le comunicó la demanda al Gobierno, se solicitó a las partes que remitiesen observaciones sobre si el rechazo por parte de las autoridades a garantizar una pensión de viudedad al demandante vulneró el artículo 14 del Convenio y/o el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

Aunque el demandante en sus observaciones no se basa expresamente en el artículo 1 del Protocolo 1, el Tribunal considera apropiado examinar el caso remitido desde el punto de vista del artículo 14 en relación también con el artículo 1 del Protocolo 1.

58. En consecuencia, las disposiciones pertinentes respecto a la demanda del demandante son las siguientes:

Artículo 14

“El disfrute 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 8

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, ...
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia 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 las libertades de los demás”.

Artículo 1 del Protocolo 1

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

A. Admisibilidad

59. El Gobierno alegó que el demandante no invocó el derecho a la propiedad ni en el procedimiento interno ni en su demanda ante el Tribunal. Es más, destacó que tampoco se invocó ante el Tribunal Constitucional debido al hecho de que no está entre los derechos y libertades susceptibles de amparo. Por tanto, el Gobierno solicitó al Tribunal declarar inadmisibles esta parte de la demanda por no haber agotado los recursos internos de conformidad con el artículo 35.1 del Convenio. El Gobierno se refirió a este respecto al razonamiento del Tribunal en el asunto *Schalk y Kopf v. Austria* (nº 30141/04, §§ 112-115, TEDH 2010). El Gobierno resaltó igualmente que en cualquier caso el demandante no se había dirigido al Tribunal en los seis meses siguientes a la última resolución interna a efectos de la citada disposición.
60. El Tribunal reitera que el artículo 35.1 del Convenio requiere que las pretensiones ante Estrasburgo deban ser previamente planteadas ante los tribunales internos, al

- menos en cuanto al fondo (ver, por ejemplo, *Castells v. España*, de 23 de abril de 1992, § 32, Serie A n° 236; *Vučković y otros v. Serbia* [GC], n° 17153/11, § 72, de 25 de marzo de 2014).
61. El Tribunal indica que en el caso actual, aunque el demandante no se basó expresamente en el derecho a la propiedad (tanto con arreglo al artículo 1 del Protocolo 1 como con arreglo al artículo 33 de la Constitución Española) ante el Juzgado de lo Social o del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el objeto de la controversia ante dichos juzgados estaba relacionado con la supuesta vulneración del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1 en lo que respecta a la diferencia de trato entre parejas homosexuales y heterosexuales, en relación con la obtención de una pensión de viudedad. El Tribunal había manifestado con anterioridad que el interés en recibir una pensión de viudedad estatal puede entrar en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1 (ver, por ejemplo, *Şerife Yiğit v. Turquía* [GC], n° 3976/05, § 58, de 2 de noviembre de 2010; *Muñoz Díaz*, anteriormente citado, §§ 42-46). En dichas circunstancias, el Tribunal considera que el demandante interpuso ante los tribunales internos, al menos en cuanto al fondo, la demanda respecto a su derecho a una pensión de viudedad.
62. Respecto a la aplicación de la regla de los seis meses, el Tribunal indica que no existe recurso de amparo respecto al derecho a la propiedad. En consecuencia, la resolución interna definitiva aplicable del artículo 1 del Protocolo 1 fue el auto de 27 de junio de 2007 (notificado el 26 de julio de ese mismo año) por el que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo declaró inadmisibile la demanda en cuanto al fondo interpuesta por el demandante, y no la resolución del Tribunal Constitucional sobre la supuesta vulneración de los derechos y libertades susceptibles de amparo, concretamente los establecidos en los artículos 8 y 14 del Convenio. Por el contrario, un recurso de amparo era por tanto necesario ante las reclamaciones respecto a la vida privada y familiar y de discriminación contrarias al artículo 14 – que están en el núcleo de la demanda ante el Tribunal- que podían trasladarse al Tribunal. Además, la demanda con arreglo al artículo 14 podía realizarse únicamente puesta en relación con otros derechos garantizados por el Convenio. El hecho de solicitar que los demandantes demandasen ante el Tribunal en dos fechas diferentes con el fin de cumplir con la particularidad de la normativa interna, incluso cuando no se basa solamente en el artículo 1 del Protocolo 1, sería interpretar el plazo de seis meses demasiado escrupulosamente. El Tribunal está más de acuerdo en mantener el espíritu y el objetivo del Convenio para tratar conjuntamente las demandas del demandante con la finalidad de determinar cuándo comienza a contar el plazo de seis meses en el caso actual. En este sentido, se reitera que la norma de los seis meses es autónoma, y debe interpretarse y aplicarse de acuerdo con los hechos en cada caso particular con el fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a una demanda particular (*Fernández-Molina González y otros v. Spain* (dec.), n° 64359/01, TEDH 2002-IX; *Sociedad Anónima del Ucieza v. España*, n° 38963/08, § 45, de 4 de noviembre de 2014). En consecuencia, el Tribunal manifiesta que dicha demanda se interpuso en el plazo de los seis meses concedido por el artículo 35.1 del Convenio.
63. El Tribunal, por tanto, rechaza las objeciones del Gobierno al respecto. Es más, declara que la demanda del demandante no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35.3.a) del Convenio. Además, indica que no es inadmisibile por otros motivos. Por tanto debe ser admitida a trámite.

B. Fondo

1. Alegaciones de las partes

64. El demandante alegó que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que básicamente se había rechazado la pensión de viudedad, resultó en el incumplimiento de su derecho a no ser discriminado a causa de su orientación sexual. Declaró que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid debería haber interpretado la normativa interna de igual forma que el Juzgado de lo Social, con el fin de evitar un trato discriminatorio, y debería por ello haber reconocido su derecho a una pensión de viudedad.
65. Basándose en la sentencia del Juzgado de lo Social, el demandante declaró que la intención igualitaria del legislador al respecto parecía clara de acuerdo con la redacción de la Ley 13/2005. Además, sostuvo que este espíritu igualitario también se detectó en el ámbito de las parejas solteras, según puede deducirse de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre medidas en el ámbito de la seguridad social. En concreto, la disposición adicional tercera de esta Ley amplió con efecto retroactivo el derecho a una pensión de viudedad a uniones de hecho estables con arreglo a determinadas circunstancias. Tal y como el Tribunal Constitucional ha establecido en su reciente jurisprudencia, el objetivo de una pensión de viudedad es compensar al miembro superviviente por los gastos económicos sufridos por la muerte de su pareja, indemnizándole con una cantidad que depende de las aportaciones realizadas al sistema de seguridad social pertinente por parte del miembro fallecido.
66. El demandante, además, citó la sentencia del Juzgado de lo Social, en la que se establecía que era una situación absolutamente análoga a la del miembro superviviente soltero de una relación heterosexual con derecho a una pensión de viudedad con arreglo a la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981. Alegó que había sido víctima de una diferencia de trato basada únicamente en su orientación sexual y que dicha discriminación carecía de justificación objetiva.
67. El Gobierno afirmó que no es el Tribunal quien ha de determinar qué normativa interna debe aplicarse a cada caso concreto. Por ello, el aspecto jurídico en el caso actual es evaluar si la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al declarar que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 no se aplica al caso en cuestión, debido al incumplimiento expreso de reconocimiento retroactivo del derecho a una pensión de viudedad en la Ley 13/2005, equivalía a discriminación con arreglo al artículo 14 del Convenio.
68. En este sentido, el Gobierno señaló que la demanda actual no suscita controversia alguna con arreglo al artículo 14 del Convenio porque la situación del demandante no era en absoluto parecida a la situación de aquellos a quienes el legislador intentó beneficiar con la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981. Por ello, afirma que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 no es término de comparación, en tanto que tenía el objetivo muy concreto de aportar una solución provisional y extraordinaria a la situación de parejas heterosexuales a quienes se les impidió casarse debido a la prohibición del divorcio que había estado en vigor hasta la promulgación de la Ley 30/1981.
69. Alternativamente, el Gobierno alegó que si el Tribunal comparase ambas situaciones, no satisfaría los elementos requeridos por su jurisprudencia para alegar discriminación. Sostiene que la diferencia de trato entre la Ley de 1981 y la Ley de 2005 perseguía un “fin legítimo” y tuvo una “justificación objetiva y razonable”.

Mediante la Ley 30/1981 el legislador en aquel momento derogó la prohibición de divorciarse, que era absolutamente injusta y contraria al consenso europeo entonces en vigor, cuya disposición adicional 10.2 estaba dirigida a proteger a los particulares privados de su derecho al matrimonio en aplicación de dicha prohibición y que en consecuencia no tenían derecho a una pensión de viudedad. La Ley 13/2005, por el contrario, estableció una nueva institución sobre la que no se había obtenido consenso en Europa. En consecuencia, no hubo diferencia de trato discriminatorio en la decisión de restringir el derecho a una pensión de viudedad a las parejas homosexuales casadas tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

70. EL Gobierno, además, expuso que, tal y como el Tribunal resolvió en *Schalk y Kopf* (citado anteriormente), si los Estados Contratantes no tenían obligación, con arreglo al artículo 12 del Convenio o con arreglo al artículo 8 puesto en relación con el artículo 14, de reconocer el matrimonio homosexual y el ámbito de reconocimiento de las relaciones homosexuales debía contemplarse todavía como uno de los derechos en evolución en los que los Estados deben disponer de un margen de discrecionalidad en el momento de introducir los cambios legislativos, sería completamente inapropiado por parte del Tribunal solicitar que se aplicase retroactivamente la normativa reconociendo el matrimonio homosexual y, además, que este efecto retroactivo fuese análogo al de la disposición transitoria promulgada veinticuatro años antes con la intención de dar solución a situaciones muy concretas respecto a las parejas heterosexuales a quienes se les había impedido casarse. Imponer dicha obligación eliminaría todo margen de discrecionalidad del Estado ya que supondría en la práctica hacer retroceder los efectos de esa normativa a una fecha veinticuatro años anterior a su aprobación.
71. Por último el Gobierno aceptó que, a diferencia de la Ley 13/2005, la Ley 40/2007 establece una disposición que incluye la retroactividad limitada para reconocer el derecho a una pensión de viudedad antes de la entrada en vigor de dicha ley. Sin embargo, manifestó que dicha disposición era irrelevante en el caso actual y que se dejaba a criterio del legislador interno decidir si se ampliaban o no a las parejas solteras los beneficios inicialmente garantizados únicamente a las parejas casadas.

2. Valoración del Tribunal

a) Aplicación del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1.

72. El Tribunal comienza señalando que el artículo 8 del Convenio no garantiza como tal el derecho a beneficiarse de un régimen de la seguridad social concreto o un derecho de concesión de la pensión de viudedad (ver, *mutatis mutandis*, *P.B. y J.S. v. Austria*, nº 18984/02, § 25, de 22 de julio de 2010; *Youri Romanov v. Rusia*, nº 69341/01, § 45, de 25 de octubre de 2005). El Tribunal reitera que por lo que respecta a la vida familiar del artículo 8 del Convenio, esta noción no incluye únicamente dimensiones de una naturaleza social, moral o cultural, si no que también abarca intereses materiales (*Merger y Cros v. Francia*, nº 68864/01, § 46, de 22 de diciembre de 2004).
73. En el caso actual, el demandante formuló su demanda con arreglo al artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el Gobierno no disputó la aplicabilidad de dichas disposiciones, en referencia a *Schalk y Kopf v. Austria*,

- citado anteriormente, §§ 92-95. El Tribunal declara apropiado seguir este razonamiento (*Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 88).
74. El Tribunal ha señalado repetidamente que el artículo 14 complementa a las restantes disposiciones sustantivas del Convenio y de sus Protocolos. Su existencia no es independiente dado que tiene efecto únicamente en relación con el “disfrute de derechos y libertades” amparado por esas disposiciones. Aunque la aplicación del artículo 14 no presupone una vulneración de esas disposiciones –y en ese sentido es autónomo- no hay cabida para su aplicación a no ser que los hechos en cuestión entren en el ámbito de una o más de estas últimas (ver, entre otra jurisprudencia, *Petrovic v. Austria*, de 27 de marzo de 1998, § 22, *Informes 1998-II*; *E.B. v. Francia* [GC], nº 43546/02, § 47, de 22 de enero de 2008; *Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 89; *X y otros v. Austria* [GC], nº 19010/07, § 94, TEDH 2013; y *Vallianatos y otros v. Grecia* [GC], nº 29381/09 y 32684/09, § 72, TEDH 2013 (extractos)). La prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 se dirige a aquellos derechos adicionales, en el ámbito general de cualquier artículo del Convenio, que el Estado ha decidido voluntariamente sustentar (ver *E.B. v. Francia*, citado anteriormente, § 48; y *Muñoz Díaz*, citado anteriormente, § 42).
75. El Tribunal indica, en base al expediente, que el demandante mantuvo una unión de hecho homosexual estable con su última pareja durante más de once años. No se cuestiona que su relación se encuadre en el ámbito de noción de “vida privada” en el sentido del artículo 8 del Convenio. El Tribunal destaca igualmente que en su sentencia *Schalk y Kopf*, se considera que, en vista de la rápida evolución en un número considerable de Estados miembros respecto a la concesión de reconocimiento jurídico a las parejas homosexuales tras la decisión de *Mata Estevez* (citado anteriormente), “[sería] artificial mantener la opinión de que, a diferencia de las parejas heterosexuales, una pareja homosexual [no podría] disfrutar de “vida familiar” a efectos del artículo 8” (ver *Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 94, respecto a la convivencia de parejas homosexuales en una unión de hecho estable; ver también, para parejas homosexuales sin convivencia, *Vallianatos y otros*, citado anteriormente, § 73). El Tribunal opina que la relación del demandante con su última pareja entran en el ámbito de la “vida privada” y de la “vida familiar”.
76. Además, mientras que el artículo 8 no aborda el asunto de las pensiones de viudedad, la legislación española mantenía el citado derecho a los cónyuges y a los miembros supervivientes de las parejas heterosexuales solteras a quienes no se les permitió casarse antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (ver, *mutatis mutandis*, *Manenc v. Francia* (dec.), nº 66686/09, de 21 de septiembre de 2010). En consecuencia, el Estado, que fue más allá de sus obligaciones con arreglo al artículo 8 al crear el citado derecho –una posibilidad abierta con arreglo al artículo 53 del Convenio- no puede, en aplicación de ese derecho, tomar medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14.
77. Por tanto, las circunstancias del caso actual entran en el ámbito del artículo 8 del Convenio, y es aplicable el artículo 14.
78. No se ha cuestionado que el caso actual entra en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1. El Tribunal ha manifestado previamente que el interés en recibir una pensión de viudedad por parte del Estado puede entrar en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1 (ver, por ejemplo, *Şerife Yiğit v. Turquía* [GC], nº 3976/05, § 58, de 2 de noviembre de 2010; *Muñoz Díaz*, citado anteriormente, §§ 42-46). Por tanto, el artículo 14 se aplica igualmente puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1.

b) Conformidad con el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 y el artículo 1 del Protocolo 1.

i. Principios generales

79. De acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal, para que se suscite una controversia con arreglo al artículo 14, debe haber una diferencia de trato de sujetos en situaciones esencialmente análogas (*Burden v. Reino Unido* [GC], nº 13378/05, § 60, TEDH 2008). Esta diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue una finalidad legítima o si no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad que se intenta conseguir. Los Estados Contratantes disfrutaban de un margen de discrecionalidad en evaluar si las diferencias en situaciones análogas en su defecto justifican un trato diferente y hasta qué punto (ver *Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 96; y *X y otros*, citado anteriormente, § 98). La noción de discriminación en el sentido del artículo 14 incluye aquellos casos en los que a una persona o a un grupo se les trata, sin justificación adecuada, de forma menos favorable que a otros, incluso cuando el trato más favorable no se plantea en el Convenio (ver *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, § 82, Serie A nº 94).
80. El Tribunal ha manifestado igualmente que el artículo 14 no prohíbe a un Estado contratante tratar a los grupos de forma diferente con el fin de corregir las “desigualdades jurídicas” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias el incumplimiento en intentar corregir las desigualdades por medio de un trato diferente puede, sin una justificación objetiva y razonable, vulnerar dicho artículo (ver *Thlimmenos v. Grecia* [GC], nº 34369/97, § 44, TEDH 2000-IV; *Stec y otros v. Reino Unido* [GC], nº 65731/01 y 65900/01, § 51, TEDH 2006-VI; y *Muñoz Díaz*, citado anteriormente, § 48).
81. La orientación sexual es un concepto incluido en el artículo 14. El Tribunal ha manifestado de forma repetida que, igual que las diferencias basadas en el género, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren “razones particularmente convincentes y onerosas” para justificarlas (ver, por ejemplo, *Smith y Grady v. Reino Unido*, nº 33985/96 y 33986/96, § 90, TEDH 1999-VI; *Karner v. Austria*, Nº 40016/98, §§ 37 Y 42, TEDH 2003-IX; Y *Vallianatos y otros*, citado anteriormente, § 77). Cuando la diferencia de trato se basa en el género o en la orientación sexual, el margen de discrecionalidad del Estado es limitado (ver *Karner*, citado anteriormente, § 41, y *Kozak v. Polonia*, nº 13102/02, § 92, de 2 de marzo de 2010). Las diferencias basadas únicamente en consideraciones sobre la orientación sexual son inaceptables con arreglo al Convenio (ver *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, nº 33290/96, § 36, TEDH 1999-IX; *E.B.*, citado anteriormente, §§ 93 y 96; *X y otros*, citado anteriormente, § 99; y *Vallianatos y otros*, citado anteriormente, § 77).
82. Por otro lado, al Estado se le permite normalmente un amplio margen de discrecionalidad con arreglo al Convenio cuando se trata de medidas económicas o sociales, que están estrechamente vinculadas con los recursos financieros del Estado (ver, por ejemplo, *Stec y otros*, citado anteriormente, § 52; y *Şerife Yiğit*, citado anteriormente, § 70). El conocimiento directo por parte de las autoridades de la sociedad y sus necesidades significa que en principio están en mejor posición que

el juez internacional para apreciar cual es el interés público. En este caso, el Tribunal respetaría en general la elección del legislador a no ser que “no tenga manifiestamente una base razonable” (ver *Dickson v. Reino Unido* [GC], nº 44362/04, § 78, TEDH 2007-V, y *Manzanas Martín v. España*, nº 17966/10, § 41, de 3 de abril de 2012). Es más, en el ámbito de derechos desarrollados sin un consenso establecido, el Tribunal ha admitido que los Estados deben disfrutar de un margen de discrecionalidad en el momento de introducir los cambios legislativos (ver *Stec y otros*, citado anteriormente, §§63-65; ver, en concreto, *Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 105, *M.W. v. Reino Unido* (dec.), nº 11313/02, de 23 de junio de 2009, y *Courten v. Reino Unido* (dec.), nº 4479/06, de 4 de noviembre de 2008, en relación con la introducción en Austria y Reino Unido de normativa sobre uniones civiles o inscritas).

ii. *Aplicación de los principios anteriores a los hechos del caso.*

83. El Tribunal observa desde el principio que la finalidad de la Ley 13/2005 era suprimir la distinción existente entre las parejas homosexuales y heterosexuales en relación con el derecho a casarse, desde la fecha de su entrada en vigor. En cuanto a las circunstancias del caso, el Tribunal indica que el rechazo de las autoridades internas en otorgar al demandante una pensión de viudedad se basaba exclusivamente en el hecho de que en aquel momento el demandante no estaba casado con su pareja fallecida, siendo el matrimonio una condición necesaria para recibir una pensión de viudedad y habiendo fallecido su pareja tres años antes del reconocimiento del matrimonio homosexual de conformidad con la Ley 13/2005. La demanda se refiere a la interpretación y aplicación de la normativa interna por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que no se reconoce el efecto retroactivo de la Ley 13/2005 a efectos del derecho a una pensión de viudedad, a diferencia de la solución facilitada por la Ley 30/1981 a las parejas de hecho heterosexuales, quienes, mientras era legalmente imposible casarse antes de la entrada en vigor de dicha ley, cumplían los requisitos para obtener una pensión de viudedad en virtud de la cláusula de retroactividad contenida en la disposición adicional 10.2. Para el demandante, al decidir no aplicar esta cláusula de retroactividad a su situación jurídica, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid provocó un trato discriminatorio basado únicamente en su orientación sexual.
84. El Tribunal reitera que su papel no es dictaminar sobre qué interpretación de la legislación interna es más correcta, si no determinar si la forma en la que la legislación se ha aplicado ha infringido los derechos garantizados al demandante con arreglo al artículo 14 del Convenio (ver, entre otra jurisprudencia, y *mutatis mutandis*, *Pla y Puncernau v. Andorra*, nº 69498/01, § 46, TEDH 2004 VIII; y *Fabris v. Francia* [GC], nº 16574/08, § 63, TEDH 2013 (extractos)).
85. En este caso, el demandante reclamó que su situación era absolutamente parecida o análoga a la del miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual, quien, aunque tenía legalmente prohibido casarse con su pareja antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, tenía derecho a una pensión de viudedad en virtud de la cláusula de retroactividad expresamente incluida en dicha ley. El Gobierno, sin embargo, alegó en base a la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que no había una verdadera similitud ya que las parejas homosexuales no podían casarse en absoluto antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005,

mientras que las parejas heterosexuales podían hacerlo pero no podían ejercer ese derecho ya que el divorcio era ilegal. Por tanto, la cuestión que debe abordar el Tribunal es si la situación del demandante es comparable a la situación suscitada en España un cuarto de siglo antes, respecto a un miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual, en la que una o ambas partes no puede volver a casarse porque están todavía casados con una tercera persona de la que no podían divorciarse con arreglo a la legislación en vigor en ese momento.

86. El Tribunal observa que existen ciertas similitudes entre ambas situaciones en lo abstracto: un obtáculo legal impide a las parejas homosexuales como la del demandante y a las parejas de hecho heterosexuales casarse y beneficiarse de los efectos legales inherentes a dicha institución; las parejas solteras habían convivido como pareja y uno de sus miembros falleció antes de la entrada en vigor de la nueva legislación que eliminó el impedimento legal para casarse.
87. Sin embargo, el Tribunal considera que estos elementos aislados no son suficientes para situar al demandante en 2005 en una posición absolutamente parecida a la de un miembro superviviente de una pareja heterosexual a quien no se le permitía casarse porque el divorcio hasta 1981 era ilegal. Tal y como indica el Gobierno, la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 tenía el fin específico de proporcionar una solución provisional y extraordinaria a aquellas parejas, otorgando al miembro superviviente el acceso a una pensión de viudedad con arreglo a ciertas condiciones (ver el párrafo 27 anterior). Ello, cabe suponer, en el contexto de una situación en la que la obtención del derecho a una pensión por trabajo remunerado no estaba distribuida equitativamente entre ambos sexos, ya que las mujeres estaban laboralmente infrarepresentadas.

Además, aunque en ambos casos existía un impedimento legal para casarse, este impedimento era de diferente naturaleza. En el caso del demandante, no tenía posibilidad de casarse con su pareja debido al hecho de que la legislación en vigor en el momento pertinente (a lo largo de la vida de su pareja) imposibilitó el matrimonio homosexual. Las parejas homosexuales en consecuencia no podían casarse conforme a la legislación, que no se consideraba anticonstitucional por parte de los tribunales internos (ver párrafos 24 y 37-45 anteriores). Por lo que respecta a las parejas heterosexuales que no podían casarse antes de la legalización del divorcio en 1981, el impedimento se basaba en el hecho de que uno o ambos miembros estaban casados todavía en el momento pertinente con una tercera persona de la que no podían divorciarse. La imposibilidad para casarse de una pareja en dicha situación antes de 1981 no se debía al género o a la orientación sexual de sus miembros, si no al hecho de que ambos miembros estaban legalmente casados con una tercera persona y a que el divorcio era ilegal a la muerte de uno de ellos. Lo que estaba en juego era la imposibilidad de volver a casarse que afectaba a uno o a ambos miembros, no una imposibilidad para casarse: la situación concreta legal y jurídica resuelta por la legislación de 1981 no podía realmente compararse con la posición de una pareja homosexual que no podía casarse en términos absolutos, independientemente del estado civil de uno o ambos de sus miembros.

88. Desde el punto de vista del Tribunal, la diferencia de contexto y la diferencia en la naturaleza de la imposibilidad legal de casarse, hace que la situación del demandante en 2005 sea básicamente diferente de aquella de las parejas heterosexuales incluidas en la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981.
89. Este punto de vista no se ve afectado por el hecho de que el legislador interno reconoció el derecho a una pensión de viudedad a parejas homosexuales tras la

muerte de la pareja del demandante, aprobando en 2005 el matrimonio homosexual (permitiendo así a las parejas homosexuales casadas beneficiarse de una pensión de viudedad), y extendiendo en 2007 el derecho a una pensión de viudedad a uniones de hecho estables, heterosexuales y homosexuales, bajo ciertas condiciones (ver párrafo 36 anterior). La aprobación de esta normativa no puede tomarse como el reconocimiento por parte de las autoridades internas de que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual o su exclusión de algunos derechos y beneficios disponibles para parejas casadas, era en el momento pertinente incompatible con el Convenio (ver igualmente los párrafos 37-45 más arriba en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo).

90. A este respecto, el Tribunal recuerda que en 2010 manifestó en el caso *Schalk y Kopf* que los Estados disfrutaban de un margen de discrecionalidad respecto al momento de introducir cambios legislativos en el ámbito del reconocimiento jurídico de parejas homosexuales y la posición concreta otorgada, un ámbito considerado como un derecho en evolución sin consenso establecido (ver *Schalk y Kopf*, anteriormente citado, §§ 105 y 108; ver como ejemplos más recientes, *Oliari y Others v. Italia*, nº 18766/11 y 36030/11, § 163, de 21 de julio de 2015). Asimismo, ha manifestado que el Convenio no obliga a los Estados contratantes a otorgar el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales (ver *Schalk y Kopf*, anteriormente citado, §§ 63 y 101, y *Hämäläinen v. Finlandia* [GC], nº 37359/09, § 71, TEDH 2014), siendo ampliamente aceptado que el matrimonio confiere un derecho y estatus particular a quienes lo contraen (ver *Burden*, anteriormente citado, § 63, y *Şerife Yiğit*, anteriormente citado, § 72). Por tanto, el legislador no puede ser censurado, con arreglo a los términos del Convenio, por no haber aprobado la legislación de 2005 o de 2007 en una fecha anterior que hubiera permitido al demandante obtener el derecho a una pensión de viudedad (ver, *mutatis mutandis*, *M.W. y Courten*, ambas citadas anteriormente).
91. En conclusión, el Tribunal considera que el demandante no se encuentra en una situación absolutamente análoga a aquella del miembro superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver casarse por impedimento legal antes de 1981, y que afectaba a uno o a ambos miembros. En consecuencia no ha habido discriminación y, por tanto, no se ha vulnerado el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1.

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara*, por mayoría, la demanda admisible;
2. *Manifiesta*, de forma unánime, que no se ha vulnerado el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

Hecho en inglés, y notificado por escrito el 14 de junio de 2016, de conformidad con el artículo 77.2 y 77.3 del Reglamento del Tribunal.

Stephen Phillips
Secretario

Helena Jäderblom
Presidenta

De conformidad con el artículo 45.2 del Convenio y el artículo 74.2 del Reglamento, el voto particular del juez Keller se adjunta a esta sentencia.

H.J.
J.S.P

VOTO PARTICULAR DEL JUEZ KELLER

1. Voté en contra de la mayoría en el primer punto de la parte dispositiva en esta sentencia, pero estuve de acuerdo con mis colegas en la segunda parte. En mi opinión, el Tribunal debería haber examinado este caso exclusivamente con arreglo al artículo 14 puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1. La mayoría, sin embargo, escogió un enfoque diferente y examinó el caso a la luz del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 y el artículo 1 del Protocolo 1, respectivamente. Este enfoque no tiene en cuenta que el ámbito de ambos derechos es distinto. En muchos casos, esta diferencia no juega un papel decisivo. Sin embargo, para algunos países –Mónaco y Suiza- que no han ratificado el Protocolo 1, la diferencia es importante.
2. Tal y como he alegado previamente, junto a los jueces Spano y Kjølbro en nuestro voto particular en el caso *Di Trizio v. Suiza* (nº 7189/09, sentencia de 2 de febrero de 2016), una prestación económica en forma de ayuda estatal fundamentalmente entra en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1 (ver, por ejemplo, *Moskal v. Polonia*, nº 10373/05, §§ 93 *et seq.*, 15 de setiembre de 2009, y *Stec y otros v. Reino Unido* [GC], nº 65731/01 y 65900/01, § 53, TEDH 2006-VI). Únicamente cuando se satisfacen algunos elementos adicionales, como un intento legislativo claro de aportar un incentivo para la organización de vida familiar (ver, por ejemplo, *Konstantin Markin v. Rusia* [GC], nº 30078/08, § 130, TEDH 2012), una indemnización puramente económica puede incluirse en el ámbito del artículo 8 y puede por tanto examinarse a la luz del artículo 14. Decidir lo contrario desdibujaría las líneas entre la protección de los derechos de propiedad por un lado y la vida privada y familiar por otro.
3. El demandante en el caso actual invocó exclusivamente el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8. El Tribunal comunicó el caso con arreglo al artículo 8 y al artículo 1 del Protocolo 1 (ambos puestos en relación con el artículo 14) y volvió a calificar jurídicamente el asunto en el párrafo 57 de la sentencia. Aunque esto es posible con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de acuerdo con el principio *jura novit curia* (comparar, *inter alia*, *Tarakhel v. Suiza* [GC], nº 29217/12, § 55, TEDH 2014; *Aksu v. Turquía* [GC], nº 4149/04 y 41029/04, § 43, TEDH 2012; y *Scoppola*

v. *Italia* (nº 2) [GC], nº 10249/03, § 54, de 17 de septiembre de 2009), se debería tener en cuenta que dicho enfoque debería ser la excepción y no la norma, ya que regularmente provoca problemas con respecto al agotamiento de recursos internos (lo cual es también es cierto en el caso actual, ver párrafo 59 sobre la objeción del Gobierno). A la vista del principio de subsidiariedad, siempre resulta lamentable que los tribunales internos no tengan la opción de encargarse de una cuestión jurídica concreta antes de ser examinada por el Tribunal.

4. En el párrafo 75 de la sentencia actual, el Tribunal simplemente manifiesta que la relación de hecho entre el demandante y su última pareja se incluye en el ámbito del artículo 8. Esto es inequívocamente cierto. Sin embargo, no es esta la cuestión en este caso. Más bien, la cuestión tiene que ver con el derecho a un trato retroactivo igualitario en *temas puramente económicos* de parejas de hecho homosexuales que no podían casarse a causa de su orientación sexual, comparada con las parejas heterosexuales que mantenían una relación de hecho porque no podían divorciarse de su cónyuge.
5. En mi opinión, la mayoría no aporta ninguna razón convincente para explicar por qué la pensión en cuestión debería incluirse en el ámbito de la vida privada o familiar amparada con arreglo al artículo 8 así como con arreglo al derecho consagrado en el artículo 1 del Protocolo 1.
6. Una vez que el Tribunal declaró admisible la demanda, no tuve problema alguno en unirme a la mayoría. El elemento decisivo en este caso es la comparación entre dos grupos: por un lado, las parejas heterosexuales que mantenían una relación de hecho con una nueva pareja mientras el divorcio era ilegal, y, por otro lado, las parejas de hecho homosexuales. El análisis jurídico se hace particularmente difícil por el hecho de que el legislador actuó teniendo en cuenta al primer grupo 25 años antes que en el segundo caso. Conceder al Estado un amplio margen de discrecionalidad en una situación tan difícil, que además tiene implicaciones financieras considerables, me parece el enfoque correcto.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro
documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO ARRIBAS ANTÓN c. ESPAÑA

(Demanda nº 16563/11)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

20 de enero de 2015

*Esta sentencia adquirirá carácter de firmeza en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2
del Convenio. Puede sufrir correcciones de estilo.*

En el caso Arribas Antón c. España,

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

Josep Casadevall, *presidente*,
Dragoljub Popović,
Kristina Pardalos,
Johannes Silvis,
Valeriu Grițco,
Iulia Antoanella Motoc, *jueces*,
Alejandro Saiz Arnaiz, *juez ad hoc*,

y de Stephen Phillips, *secretario de sección*,

Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 16 de diciembre de 2014,

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (nº 16563/11) interpuesta ante el TEDH contra el Reino de España por un nacional de este Estado, el Sr. Agustín Arribas Antón (“el demandante”), el día 8 de marzo de 2011, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”).

2. El demandante ha estado representado por el letrado D. A. Cabezuelo Henares, abogado ejerciendo en Bilbao. El Gobierno español (“el Gobierno”) ha estado representado por su agente, Don F. de A. Sanz Gandasegui, Abogado del Estado, y entonces Jefe del Área de Derechos Humanos de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia.

3. Don M. L. López Guerra, juez elegido a título de España, se inhibió del examen de este asunto (artículo 28 del Reglamento del TEDH), siendo designado en su lugar, por el Presidente de la Sala, el día 22 de febrero de 2012, Don M. A. Saiz Arnaiz para intervenir en calidad de juez ad hoc (artículo 29 § 1 b) del Reglamento.

4. El demandante se queja, en particular, de la inadmisión de su recurso de amparo, alegando que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. A este respecto, considera que el motivo de inadmisión aducido es en exceso formal, y que la interpretación del criterio de admisibilidad realizada por el Tribunal Constitucional es contraria al Convenio. Invoca los artículos 6 § 1 y 13 del Convenio.

5. El día 5 de marzo de 2012, la demanda fue trasladada al Gobierno.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. El demandante reside en Bilbao.

7. Mediante decisión nº 25/2002 de 12 de julio de 2002, el Director del Hospital psiquiátrico de Zamudio sancionó al demandante, que ejercía como Auxiliar psiquiátrico, por una falta disciplinaria muy grave según lo dispuesto en el artículo 125 § 9 del Estatuto del Personal Sanitario No Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Consideró que los hechos denunciados – a saber, principalmente, el intento de realizar, mediante intimidaciones y maniobras ejercidas contra pacientes hospitalizados, actos sexuales no consentidos – habían sido probados. La sanción al demandante consistió en una prohibición de trabajar en hospitales psiquiátricos durante un año.

8. El recurso administrativo interpuesto por el demandante fue rechazado mediante decisión dictada el día 10 de octubre de 2002 por el Director General del Servicio Vasco de Salud - Osakidetza.

9. El demandante recurrió entonces a la jurisdicción competente en materia contenciosa administrativa. Mediante sentencia del 15 de mayo de 2003, el Juez de lo Contencioso-Administrativo dio razón al demandante aduciendo que la prueba a cargo en la que se fundamentaba la sanción disciplinaria del demandante no era suficiente para contrarrestar el principio de la presunción de inocencia y que el expediente del procedimiento disciplinario tenía defectos. La sanción que le había sido impuesta al demandante fue anulada.

10. El Servicio Vasco de Salud recurrió. Mediante sentencia de 31 de marzo de 2005, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) desestimó el recurso en cuestión aduciendo que, en el marco del procedimiento administrativo disciplinario, el demandante no había sido informado de los hechos merecedores de sanción de los que se le acusaba, lo que supuestamente le habría puesto ante la imposibilidad de defenderse. Dejó sin efecto la sentencia recurrida y ordenó la retroacción del procedimiento al momento de producirse el vicio del procedimiento.

11. El día 19 de mayo de 2005, el Director del Hospital psiquiátrico de Zamudio nombró a un nuevo Instructor y a un Secretario para que se encargaran del procedimiento disciplinario y ordenó que se prosiguiera con el mismo. Al término de este procedimiento, mediante decisión del 9 de noviembre de 2005, se impuso al demandante una prohibición para trabajar en el seno de los hospitales psiquiátricos por la falta disciplinaria muy grave que había objeto de la sanción pronunciada en 2002.

12. A raíz de la desestimación del recurso administrativo que había interpuesto, el demandante acudió a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao presentando un recurso contencioso-administrativo. Mediante sentencia del 19 de febrero de 2007, el Juez de lo Contencioso-Administrativo desestimó este recurso concluyendo que la sentencia del 31 de marzo no tenía la fuerza de la cosa juzgada invocada por el demandante.

13. En el recurso que interpuso contra esta sentencia, el demandante indicaba que el Juez de lo Contencioso-Administrativo del primer procedimiento había examinado las pruebas practicadas y las había estimado insuficientes para ser sancionado, y que la jurisdicción de apelación había entonces confirmado la conformidad a derecho de la sentencia *a quo*. Estimaba por tanto que existía la fuerza de la cosa material juzgada, porque había, a su parecer, identidad de hechos, de partes y de razonamiento jurídico entre los dos procedimientos.

14. Mediante sentencia del 9 de febrero de 2010, el TSJPV desestimó el recurso del demandante, recordando que la sentencia dictada en apelación el 31 de marzo de 2005 en el marco del primer procedimiento no había confirmado la procedencia de la sentencia pronunciada por el Juez de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao el 15 de mayo de 2003. En su sentencia, el TSJPV analizaba detalladamente las alegaciones del demandante relativas a la fuerza de la cosa juzgada y concluía que la sentencia pronunciada en apelación el 31 de marzo de 2005 no había examinado la alegada violación del principio de la presunción de inocencia, sino únicamente la conformidad del procedimiento administrativo, dejando sin efecto tanto la sentencia del Juez de lo Contencioso-Administrativo, como la sanción impuesta y ordenando que se prosiguiera con el procedimiento administrativo. No se trataba por tanto para el Tribunal, de una decisión previa de absolución, por lo que, consecuentemente, no existía ningún riesgo de contradicción entre los dos procedimientos.

15. El demandante presentó entonces un incidente de nulidad que fue desestimado el 28 de mayo de 2010 por el TSJPV.

16. En fin, el 9 de julio de 2010, el demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, siendo inadmitido el recurso el 13 de septiembre de 2010 mediante decisión del Tribunal Constitucional, aduciendo que el demandante no había cumplido con la exigencia de demostrar la “especial transcendencia constitucional”.

II. EL DERECHO Y LA PRÁCTICA INTERNOS APLICABLES

A. El Derecho interno

17. Las disposiciones de la Constitución Española, en lo que aquí interesa, están redactadas en los siguientes términos¹:

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 53 § 2

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)”

¹ N.T.: Todas las citas referentes a decisiones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o leyes nacionales, son transcripciones de los originales en español de dichas decisiones.

Artículo 117

“1. La justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. (...)”

Artículo 161

“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

(...)

b) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. (...)”

18. Las disposiciones de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), modificada por la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo de 2007, que entró en vigor el 25 de mayo de 2007, en lo que aquí interesa, enuncian lo siguiente:

Artículo 49 § 1

“1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”

Artículo 50

“El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos:

a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49.

b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

(...)

3. Las providencias de inadmisión (...) especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. (...)”

19. Lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio de 1985 del Poder Judicial (LOPJ), en lo que aquí interesa, está así redactado:

Artículo 7

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

(...)"

Artículo 241 § 1, modificado por la primera disposición final de la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo de 2007

"No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario."

B. La jurisprudencia constitucional

20. El Auto del Tribunal Constitucional nº 188/2008 de 21 de julio de 2008 precisa que el recurrente en amparo tiene la obligación de demostrar que su recurso reviste una especial trascendencia constitucional. Comprende, entre otras, las siguientes reflexiones:

"En dicha exposición de motivos [de la Ley Orgánica 6/2007] se llama la atención sobre que, si bien el sistema anterior a la reforma se basaba en la previsión de "causas de inadmisión tasadas", la reforma introduce un sistema en el que "el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución". Esta novedad supone, tal como también incide la exposición de motivos, una inversión del juicio de admisibilidad, ya que "se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado", por lo que el examen de admisión consistirá, materialmente, en "la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso".

(...)

Por tanto, el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple —además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC— la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso (...)

[Esta] exigencia (...) es, además, un requisito insubsanable."

21. El Auto del Tribunal Constitucional nº 289/2008 de 22 de septiembre de 2008 expone, entre otras, las siguientes reflexiones:

"(...) la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por la resolución impugnada". Esta última (...) implicaba y sigue implicando hoy "un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo y a esa exigencia se refiere el inciso inicial del art. 49.1 LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamenten y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado" (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2). Lo que, insistimos, resulta distinto a tener que justificar expresamente la especial trascendencia constitucional del recurso, "sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto."

22. La sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) nº 155/2009 de 25 de junio de 2009 enumera, de manera no exhaustiva, los supuestos en los que incumbe al recurrente demostrar la especial trascendencia constitucional. Incluye, entre otras, las siguientes reflexiones:

“(…) Constituye el elemento más novedoso o la “caracterización más distintiva” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la “especial trascendencia constitucional” que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC.).

Aunque el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 in fine LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (AATC 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre), es a este Tribunal a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”; esto es, cuándo, según el tenor del art. 50.1 b) LOTC, “el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”, atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian: “a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de “especial trascendencia constitucional”, como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo “justifi[ca] una decisión sobre el fondo ... en razón de su especial trascendencia constitucional”. Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto.

(...)

Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de

garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.”

23. En su sentencia nº 140/2013 de 8 de julio de 2013, posterior a los hechos del presente caso, el Tribunal Constitucional se expresó en los siguientes términos:

“3. El art. 50.1 a) LOTC señala que la admisión del recurso de amparo exige el cumplimiento de los requisitos fijados en los arts. 41 a 46 y 49 LOTC, estableciendo este último precepto en su apartado primero in fine, de forma inequívoca —“(e)n todo caso”—, que la demanda ha de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, lo que también se ha venido poniendo de relieve por este Tribunal (AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre, FFJJ 2) y también afirmando, en Sentencia dictada por el Pleno, que el demandante “ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 in fine LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso” (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2)

La apreciación que este Tribunal efectúe sobre la especial trascendencia constitucional de cada recurso, ha de estar siempre precedida de los planteamientos y consideraciones de la parte, plasmadas en su escrito de demanda (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 176/2012, de 15 de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3) y su incumplimiento es insubsanable, toda vez que los plazos para interponer el recurso de amparo son de caducidad, preclusivos, de manera que no pueden reabrirse para dar cumplimiento al mismo, pues afecta directamente a la determinación de la pretensión deducida en el recurso (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3 y SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 2 y 176/2012, de 15 de octubre, FJ 3).

4. Por lo que se refiere al modo en que se ha de dar cumplimiento al requisito objeto de examen, si bien no hay un modelo rígido y preestablecido a tal efecto —lo que, por otra parte, y habida cuenta de las peculiaridades propias de cada recurso de amparo, resultaría sumamente difícil—, han de tenerse presentes las determinaciones que sobre aquel extremo ha realizado este Tribunal en varias resoluciones, y que contribuyen a clarificar la manera en que esta carga procesal puede materializarse.

a) Ya desde el ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2, se ha subrayado que, si bien la argumentación sobre la concurrencia de la infracción de un derecho fundamental por la resolución impugnada es un presupuesto ineludible en cualquier demanda de amparo, la satisfacción de la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso “es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental” (vid., entre otros muchos, los AATC 284/2009, de 17 de diciembre, FJ 2 y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único, así como las SSTC 89/2011, de 6 de junio, FJ 2; 107/2012, de 21 de mayo, FJ 2 y 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3). Por consiguiente, la demanda de amparo, en lo que aquí interesa, ha de contener dos líneas argumentales nítidamente diferenciadas: la relativa a la lesión del derecho fundamental cuyo amparo se pretende, y la atinente a la trascendencia constitucional del recurso tendente a su preservación y restablecimiento. Ambas son indispensables, de tal forma que la exposición acerca de la apariencia de la vulneración del derecho fundamental no puede suplir la carencia de un razonamiento explícito sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1 y SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 178/2012, de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3).

b) La STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, introdujo sistematizadamente, aun sin intención de exhaustividad, relevantes precisiones sobre esta materia, al identificar —tomando como base los tres criterios

enunciados en el art. 50.1 b) LOTC, esto es, “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”— determinados supuestos en que es dable apreciar la “especial trascendencia constitucional”.

c) Así pues, al demandante le es reclamable un razonable esfuerzo argumental que enlace las infracciones constitucionales denunciadas con alguno de los elementos que expresa el art. 50.1 b) LOTC, sin que, obvio es, sea suficiente con la sola mención —desprovista de los imprescindibles fundamentos— de que el recurso posee especial trascendencia constitucional. Por el contrario, es necesario que de lo expuesto se desprenda “por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” que se aleguen en la demanda (por todas, SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; 176/2012, de 15 de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3).

d) Se hace precisa una última matización, relativa al contexto temporal, como pauta orientativa a los efectos que aquí tratamos y que recoge la citada STC 155/2009, de 25 de junio, publicada el 28 de julio de 2009. Así, este Tribunal ha apreciado el momento de interposición de la demanda de amparo en relación con dicha fecha, para atenuar el rigor del análisis del cumplimiento del requisito de justificar la especial trascendencia constitucional —sin, obviamente, eliminarlo o desvirtuarlo— en las demandas interpuestas con anterioridad a la misma (SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2 y 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3). En cambio, el transcurso del tiempo, y la correlativa existencia de una doctrina constitucional consolidada sobre la cuestión, hará decaer la pertinencia de atemperar la valoración del cumplimiento de aquella carga justificativa.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 § 1 DEL CONVENIO RESPECTO DEL DERECHO DE ACCESO AL RECURSO DE AMPARO

24. El demandante se queja de la inadmisión de su recurso de amparo. Estima que la causa de inadmisión aducida - a saber que no habría demostrado la especial trascendencia constitucional de su recurso - es excesivamente formalista, y que la interpretación de este criterio por el Tribunal Supremo es contraria a la Convención y le ha privado de su derecho a la tutela judicial efectiva. Invoca el artículo 6 § 1 del Convenio así redactado:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)”

A. Sobre la admisibilidad

25. El TEDH constata que la presente queja no es manifiestamente infundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio y que no contraviene ninguna otra causa de inadmisión. Procede por lo tanto admitirla.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

a) El Gobierno

26. El Gobierno indica que el Tribunal Constitucional español ha jugado un papel determinante en la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española y que los Tribunales ordinarios, como garantes de los derechos fundamentales, están obligados a respetar su jurisprudencia (párrafo 19 anterior). Precisa que, en paralelo, el legislador español ha juzgado oportuno reforzar el papel que tendría la jurisdicción ordinaria en la protección de los derechos fundamentales (párrafo 17 anterior). Añade, que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ha sido introducido por la Constitución en el sistema de garantías específicas relativas a ciertos derechos constitucionales y que la Constitución remite a la Ley en lo que atañería a las modalidades concretas del recurso de amparo.

27. El Gobierno precisa, además, que el recurso de amparo constitucional no es una vía de recurso judicial, y que ni sustituye ni equivale a los recursos judiciales que procediera ejercer con el fin de garantizar los derechos constitucionales, sino que es un recurso subsidiario que entraría en juego una vez que se agotaran todas las vías de recursos ordinarios.

28. Aún más, el Gobierno declara que desde 1979, la LOTC ha regulado el recurso de amparo. Según él, el Tribunal Constitucional brindaba una interpretación generosa y flexible de las formalidades de acceso a dicho recurso, lo que habría conducido, inevitablemente, a un aumento fulgurante del número de recursos de amparo. Víctima de su éxito, éste se habría transformado progresivamente en un recurso “ordinario”: se habría convertido así en la última vía de recurso utilizada sistemáticamente por los abogados en todo tipo de procesos, lo que ha puesto de esta manera en peligro, en opinión del Gobierno, el propio funcionamiento del Tribunal Constitucional.

29. El Gobierno expone, además, que con la reforma de 2007, el legislador ha redefinido el recurso de amparo teniendo en cuenta que las condiciones de ejercicio de la jurisdicción constitucional habían cambiado desde el final de los años 1980; que existe una abundante y perfectamente clara jurisprudencia constitucional en materia de derechos, que los jueces ordinarios cumplen su función de garantes de los derechos constitucionales; que el Tribunal Constitucional no es un Tribunal de última instancia; que esta reforma ha reforzado desde entonces, a la vez el carácter extraordinario del recurso de amparo respecto de sus causas de admisibilidad y su carácter subsidiario respecto de la jurisdicción ordinaria tratándose de la protección de los derechos fundamentales; que el recurso de amparo esta ahora reservado a los asuntos que, por su transcendencia constitucional (valorándose ésta, habida cuenta de la transcendencia del recurso para la interpretación, la aplicación o la eficacia general de la Constitución y para determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales), requerirían una decisión del Tribunal Constitucional, que a partir de ahora le incumbe al recurrente alegar y demostrar que su recurso exige una decisión de este Tribunal por su especial transcendencia constitucional, en fin que la reforma otorga a los Tribunales ordinarios unas más extensas posibilidades para reparar las vulneraciones de derechos fundamentales gracias a un nuevo régimen del incidente de nulidad de actuaciones que resulta del artículo 241 § 1 LOPJ (párrafo 19 anterior).

30. Dicho esto, el Gobierno indica que el Tribunal Constitucional ha atemperado los efectos del cambio introducido por la Ley al aceptar que la misma se aplicara de forma progresiva. Remite a la sentencia n° 155/2009 de 25 de junio de 2009 (párrafo 22 anterior anterior) del Tribunal Constitucional que enuncia los criterios a tomar en cuenta para el examen de la especial trascendencia constitucional de un recurso. Ahora bien, precisa el Gobierno que el recurso de amparo objeto de la presente demanda se interpuso el día 9 de julio 2010, es decir, después de la publicación de estos criterios, lo que, en su opinión, no podían ignorar los abogados del demandante. Incumbiría al Tribunal Constitucional el valorar, caso a caso la existencia o no de la “especial trascendencia constitucional” tomando en cuenta los tres criterios enunciados en la Ley. El Tribunal Constitucional habría considerado que convenía progresar en la interpretación del requisito al que se refiere el artículo 50 § 1 b) y habría establecido una lista, no exhaustiva, de los supuestos en los que el recurso de amparo revestiría una especial trascendencia constitucional.

31. Por otra parte, el Gobierno estima que la reforma introducida en el sistema español constituye una elección legítima en materia de protección de los derechos fundamentales. En el presente caso, apunta que el demandante ha tenido la posibilidad de recurrir al sistema de protección de los derechos fundamentales previsto en el ordenamiento jurídico español al solicitar la tutela judicial del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Estima que el demandante ha obtenido una respuesta motivada y no arbitraria. Sostiene que, aunque el Tribunal Constitucional no haya resuelto, ya que, a su entender, no había demostrado que el recurso revestía una especial trascendencia constitucional, esto, en nada ha afectado la protección adecuada de los derechos del interesado.

32. Para el Gobierno, el nuevo recurso de amparo no conlleva una merma de las garantías y tampoco impone a los demandantes cumplir con nuevas exigencias que estarían injustificadas. Las condiciones de acceso al Tribunal Constitucional serían proporcionadas a la finalidad institucional perseguida por la reforma (privilegiar la acción del poder judicial y reservar la jurisdicción constitucional a las causas en que las garantías de la Constitución y la autoridad de la jurisprudencia constitucional estén en juego).

33. En cuanto a la obligación para toda persona que ejerza un recurso de amparo, de demostrar la especial trascendencia constitucional de su demanda, aquella no vulneraría el artículo 6 del Convenio. Sería una condición imperativa que conduciría al rechazo *a limine* de la demanda cuando la misma no se cumpliera. Sería necesario, en un recurso de amparo, el desligar claramente los argumentos que pretenden demostrar la especial trascendencia constitucional de los argumentos que pretenden probar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental.

34. Para el Gobierno, en el presente caso, el demandante se limita a justificar la vulneración que denuncia desde una perspectiva subjetiva y no justifica, de manera alguna, la dimensión objetiva de su recurso de amparo, lo cual habría llevado a su inadmisión.

b) El demandante

35. El demandante estima, por su parte, que la evolución legislativa del procedimiento de amparo no debe alterar el objeto principal de este procedimiento, que es, según él, la protección de los derechos y libertades del individuo. Precisa de nuevo, que se le ha impedido el acceso al Tribunal Constitucional, privándole de esta manera, de su derecho a un proceso

equitativo, y esto debido a que su recurso de amparo no habría revestido la especial trascendencia constitucional requerida.

36. El demandante considera que la acreditación de la vulneración de un derecho fundamental debería ser suficiente para proteger y garantizar el derecho en cuestión. Estima que la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 limita el acceso al recurso de amparo a los asuntos que tengan una trascendencia mediática, social o política mientras que otros asuntos que comporten vulneraciones reales y efectivas de derecho quedarían excluidos. Según él, el criterio de admisibilidad debería sustentarse en los efectos reales o materiales, y no puramente formales, de la violación del derecho fundamental para el ciudadano, recayendo sobre este último la carga de la prueba que demuestre el perjuicio sufrido.

37. Según el demandante, el Tribunal Constitucional no ha optado, sin embargo, por esta posibilidad, sino por la de elegir libremente los asuntos a tratar con el fin de elaborar una jurisprudencia de los derechos fundamentales, en vez de proteger y garantizar los derechos de los particulares, tal como presuntamente lo prevé la Constitución.

38. Siempre según el demandante, esta interpretación por parte del Tribunal Constitucional del nuevo artículo 50 LOTC, se fundamenta en consideraciones vinculadas a la organización del Tribunal Constitucional y no en los derechos y libertades fundamentales que estarían protegidos por la Constitución.

39. Volviendo a los hechos de la causa, el demandante estima que su caso revestía una especial trascendencia constitucional cierta. Sostiene que el Tribunal Constitucional habría debido establecer los principios aplicables a lo que él considera ser una falta de coherencia en las decisiones y en la fuerza de la cosa juzgada, así como a sus consecuencias. Según él su recurso de amparo revestía por tanto una trascendencia constitucional tanto subjetiva como objetiva. El demandante sostiene, además, que aunque no haya presentado sus argumentos bajo una rúbrica separada y específica, no ha ahorrado esfuerzos en demostrar la trascendencia constitucional que su recurso hubiera tenido. En efecto, a su parecer, bastaría con que la vulneración formal hubiera tenido efectos prácticos para el individuo para que la trascendencia constitucional se encontrara indudablemente justificada por el relato de los hechos y de los argumentos jurídicos contenidos en el recurso de amparo.

40. Por tanto, el demandante estima que se le ha privado de su derecho de acceso al Tribunal Constitucional a pesar de la trascendencia constitucional indiscutible, a sus ojos, de su recurso de amparo.

2. Valoración del TEDH

41. El TEDH recuerda, de entrada, que el “derecho a un Tribunal”, del cual el derecho de acceso constituye un aspecto, no es absoluto y que se presta a unas limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad de un recurso, ya que requiere, por su misma naturaleza, una normativa por parte del Estado, quien goza, a este respecto, de un cierto margen de apreciación (*García Manibardo c. España*, nº 38695/97, § 36, CEDH 2000-II, y *Mortier c. Francia*, nº 42195/98, § 33, 31 de julio de 2001). Sin embargo, las limitaciones impuestas no deben restringir el acceso abierto al individuo hasta un punto tal que este derecho se vulnerara en su sustancia misma. Además, se compaginan con

el artículo 6 § 1 del Convenio sólo si persiguen un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (*Guérin c. Francia*, 29 de julio de 1998, § 37, *Compendio de sentencias y decisiones 1998-V*, y *Běleš y otros c. República checa*, n° 47273/99, § 61, CEDH 2002-IX).

42. El TEDH recuerda asimismo que el artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear jurisdicciones de apelación o de casación y, aún menos, jurisdicciones competentes en materia de amparo. Sin embargo, un Estado que se dota de jurisdicciones de esta naturaleza, tiene la obligación de velar por que los justiciables gocen, ante ellas, de las garantías fundamentales del artículo 6 (ver, *mutatis mutandis*, *Khalfaoui c. Francia*, n° 34791/97, § 37, CEDH 1999-IX). Además, la compatibilidad de las limitaciones previstas en el derecho interno con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por esta disposición, depende de las particularidades del procedimiento en cuestión. El TEDH ha concluido en varias ocasiones que la aplicación, por parte de las jurisdicciones internas, de formalidades que deben respetarse para interponer un recurso, es susceptible de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Esto es así cuando la interpretación, en demasía formalista de la legalidad ordinaria hecha por una jurisdicción impide, de hecho, el examen sobre el fondo del recurso ejercitado por el interesado (*Běleš y otros*, anteriormente citada, § 69, *Zvolský y Zvolská c. República checa*, n° 46129/99, § 55, CEDH 2002-IX, y *Ferré Gisbert c. España*, n° 39590/05, § 28, 13 de octubre de 2009). Conviene tomar en cuenta el conjunto del proceso llevado a cabo en el orden jurídico interno y el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional, pudiendo ser, sin embargo, los requisitos de admisibilidad para un recurso de amparo más rigurosos que para un recurso ordinario (ver, *mutatis mutandis*, *Brualla Gómez de la Torre c. España*, § 37, 19 de diciembre de 1997, *Compendio 1997-VIII*, y *Běleš y otros*, anteriormente citada, § 62).

43. El TEDH estima que estos principios son aplicables en el presente caso. Observa que la decisión del Tribunal Constitucional estaba fundada en la ausencia de medios de carácter tal que permitieran la admisibilidad del recurso de amparo, en el sentido del artículo 50 § 1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según fue modificado por la Ley Orgánica n° 6/2007 de 24 de mayo de 2007.

44. Señala que el demandante sostiene haber sido privado de su derecho de acceso al Tribunal Constitucional debido a una causa de inadmisibilidad introducida por los artículos 49 § 1 y 50 § 1 b) de la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo de 2007 sobre la obligación que recae, sobre todo recurrente en amparo, de demostrar que éste reviste una especial trascendencia constitucional, causa que el interesado estima excesivamente formal.

45. Apunta que el demandante ha interpuesto su recurso de amparo el día 9 de julio de 2010, a raíz de que el Tribunal Constitucional hubiera pronunciado las decisiones n° 188/2008 del 21 de julio de 2008 y n° 289/2008 del 22 de septiembre de 2008 y con posterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional n° 155/2009 del 25 de junio de 2009 (párrafos 20 y siguientes citados anteriormente). Las decisiones y la sentencia en cuestión no han hecho más que precisar en mayor medida los términos de los nuevos artículos 49 § 1 y 50 § 1 b) de la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo de 2007, de los que la exposición de motivos se hacía ya eco, puesto que en ésta se precisaba que el recurrente en amparo debía “alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución” (párrafo 20 anterior). Desde esta modificación legislativa, para que un recurso de amparo sea admitido, el recurrente debe cumplir los criterios de

admisibilidad según lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC, y especialmente respetar la imperativa obligación enunciada en el artículo 49 § 1 *in fine* LOTC consistente en acreditar que su recurso reviste una especial trascendencia constitucional.

46. A este respecto, el TEDH recuerda que no le incumbe valorar la procedencia de las elecciones de política jurisprudencial operadas por las jurisdicciones internas, y que su papel se limita a comprobar la conformidad al Convenio de los efectos de dichas elecciones. Recuerda asimismo que no tiene como función sustituir a las jurisdicciones internas y que es, en primer lugar, a las Autoridades nacionales, y especialmente a los Jueces y Tribunales a quien incumbe interpretar la legislación interna (*Brualla Gómez de la Torre*, anteriormente citada, § 31, y *Edificaciones March Gallego S.A. c. España*, 19 de febrero de 1998, § 33, *Compendio* 1998-I). Esto es particularmente cierto cuando se trata de la interpretación, por parte de los Tribunales, de las normas de naturaleza procedimental tales como los plazos que se deben respetar – o, como es el caso en el presente asunto, de los requisitos de admisibilidad - para la presentación de documentos o la interposición de recursos (ver, *mutatis mutandis*, *Tejedor García c. España*, 16 de diciembre de 1997, § 31, *Compendio* 1997-VIII). La normativa referente a las formalidades y plazos a respetar para interponer un recurso tiene como objeto asegurar, especialmente, el respeto del principio de seguridad jurídica. Este principio exige, por una parte, que el Tribunal Constitucional defina el contenido y el alcance del criterio de especial trascendencia constitucional, lo que se empeña en hacer desde la modificación de su Ley Orgánica en 2007 (párrafos 20 y siguientes anteriores) y, por otra parte, que explicita su aplicación en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de la justicia. Los interesados deben poder contar con que las decisiones tomadas a este respecto por el Tribunal Constitucional sean aplicadas (*Miragall Escolano y otros c. España*, n^{os} 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 y 41509/98, § 33, CEDH 2000-I). En el presente caso el TEDH observa que el demandante se limita a expresar su desacuerdo con las nuevas modalidades del recurso de amparo y que reprocha al Tribunal Constitucional el haber pecado de un exceso de formalismo.

47. El TEDH recuerda al respecto que no puede ir contra el Convenio, el que una jurisdicción superior rechace un recurso limitándose a citar las disposiciones legales previstas en tal procedimiento, en tanto los problemas planteados por el recurso no revistan una trascendencia especial o si el recurso no tuviera suficientes visos de prosperar (ver, *mutatis mutandis*, las siguientes decisiones relativas a decisiones de inadmisibilidad de recursos constitucionales (*Verfassungsbeschwerden*) del Tribunal Constitucional federal alemán: *Simon c. Alemania* (decisión), n^o 33681/96, 6 de julio de 1999, *Teuschler c. Alemania* (dec.), n^o 47636/99, 4 de octubre de 2001, *Greenpeace E.V. y otros c. Alemania* (dec.), n^o 18215/06, 12 de mayo de 2009, y *John c. Alemania* (dec.), n^o 15073/03, 13 de febrero de 2007).

48. En lo que respecta a un alegado defecto de motivación del Tribunal Constitucional en decisiones de admisibilidad de recursos de amparo, el TEDH recuerda haber juzgado que el rechazo de un recurso motivado por la sola referencia a la disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aplicable al asunto, había cumplido con las exigencias del artículo 6 del Convenio y estaba desprovisto de arbitrariedad (*Almenara Álvarez c. España*, n^o 16096/08, § 27, 25 de octubre de 2011, *Varela Geis c. España* (dec.), n^o 61005/09, § 38, 20 de septiembre de 2011, y *Rupprecht c. España* (dec.), n^o 38471/10, § 17, 19 de febrero de 2013).

49. El TEDH estima que el fin pretendido por el cambio legislativo de 2007 es legítimo: en efecto, tal cómo menciona el Gobierno, este cambio persigue mejorar el funcionamiento del

Tribunal Constitucional y reforzar la protección de los derechos fundamentales, y esto para evitar una saturación excesiva de la función del Tribunal Constitucional para asuntos de menor importancia. Aun así, la inadmisibilidad de un recurso de amparo no debe vulnerar la sustancia misma del derecho del demandante a un “tribunal”, en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio.

50. Habida cuenta de la especificidad del papel que juega el Tribunal Constitucional, cómo jurisdicción suprema de protección de los derechos fundamentales (*Ferré Gisbert*, anteriormente citada, § 39), el TEDH estima que se puede admitir que el procedimiento seguido ante dicho Tribunal lleve aparejado un mayor formalismo. Por otra parte, el TEDH estima que el hecho de subordinar la admisibilidad de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas y a su justificación por parte del recurrente, siendo éstos criterios previstos por la Ley e interpretados por la jurisprudencia constitucional – tales como la trascendencia de la causa para la interpretación, la aplicación o la eficacia general de la Constitución o para determinar el contenido y el alcance de los derechos (párrafo 29 anterior) – no es, cómo tal, desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional. Observa que el Tribunal Constitucional aplica los criterios en cuestión dando muestras de flexibilidad (párrafo 7 anterior): en efecto, tiene en cuenta la fecha de interposición del recurso de amparo respecto del pronunciamiento de su sentencia n°155/2009 (párrafo 22 anterior) que enumeraba, de forma no exhaustiva, situaciones susceptibles de ser consideradas cómo revistiendo una especial trascendencia constitucional. El TEDH subraya que los criterios objetivos, que el Tribunal Constitucional debe precisar y aplicar en su jurisprudencia, estaban sin embargo ya mencionados en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007 que entró en vigor el 25 de mayo de 2007 (párrafo 20 anterior). Por otra parte señala que, en el presente caso, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional era consecutivo al enjuiciamiento de la causa del demandante por parte de dos instancias judiciales ante las cuales ha podido defenderse y que se pronunciaron mediante decisiones motivadas y no arbitrarias, a saber el Juez de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao en primera instancia y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en apelación.

51. El TEDH recuerda, por otra parte, que no tiene en absoluto como función el sustituir a las Autoridades nacionales competentes para definir la política más oportuna en materia de normativa de acceso a los recursos, sino de valorar, desde la perspectiva del Convenio, las decisiones que han dictado en el ejercicio de su facultad de apreciación. Su función no consiste por tanto en controlar de manera alguna *in abstracto* la Ley y la práctica pertinente, sino de averiguar, si la manera en que han sido aplicadas al demandante, ha infringido el Convenio. Por tanto, hace hincapié en subrayar que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibles un recurso de amparo aduciendo que no revestía la especial trascendencia constitucional requerida o, en su caso, que el recurrente no había acreditado la existencia de tal trascendencia, no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda que se le plantea sobre este asunto (ver, entre otras, *Del Río Prada c. España* [GC], n° 42750/09, CEDH 2013, *Varela Geis c. España*, n° 61005/09, 5 de marzo de 2013, *Manzanas Martín c. España*, n° 17966/10, 3 de abril de 2012, y *R.M.S. c. España*, n° 28775/12, 18 de junio de 2013, sentencias dictadas por el TEDH a raíz de decisiones de inadmisibilidad de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional español).

52. A la luz de lo que precede, el TEDH estima que al demandante no se le ha privado de la sustancia de su derecho a la tutela judicial efectiva. Además, las limitaciones aplicadas perseguían un fin legítimo. La aplicación de las limitaciones en cuestión no ha vulnerado el carácter razonable de la relación entre los medios empleados y el fin que se pretende. Por estas

razones, el TEDH estima que el demandante no ha sufrido ningún obstáculo desproporcionado en relación con su derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por artículo 6 § 1 del Convenio. En consecuencia, no ha habido violación de esta disposición.

II. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO (CARÁCTER EFECTIVO DEL RECURSO DE AMPARO)

53. Invocando el artículo 13 del Convenio, el demandante denuncia una violación de su derecho a un recurso efectivo con motivo de la inadmisibilidad de su recurso de amparo.

54. El Gobierno rebate esta tesis.

55. El TEDH señala que esta queja está ligada a la que ha sido examinada anteriormente, y que por tanto debe también ser admitida.

56. El TEDH observa que, por regla general, el artículo 13 del Convenio no es aplicable cuando es un acto judicial el que es causa de la alegada violación (*Pizzetti c. Italia*, n° 12444/86, § 41, informe de la Comisión del 10 de diciembre de 1991, y *Ferré Gisbert*, anteriormente citada, § 39), salvo si las quejas respecto del artículo 13 se refieren a un incumplimiento de la exigencia del “plazo razonable” (*Menecheva c. Rusia*, n° 59261/00, § 105, CEDH 2006-III), lo que no es el caso en este asunto concreto. Apunta que, en cualquier caso, la queja planteada por el demandante en el ámbito del artículo 13 atañe a los mismos hechos que los que ya han sido examinados desde la perspectiva del artículo 6 § 1 del Convenio. Recuerda a este respecto que, en materia de derechos de carácter civil, las exigencias del artículo 13 – que constituye la *lex generalis* – son menos estrictas que las del artículo 6 – que constituye la *lex specialis* – y que, en el presente caso, están subsumidas en estas últimas (*Kamasinski c. Austria*, 19 de diciembre de 1989, § 110, serie A n° 168).

57. Habida cuenta de lo declarado con referencia al artículo 6 § 1 del Convenio (párrafo 52 anterior), el TEDH estima que no ha lugar el examinar si ha habido, en el presente caso, violación del artículo 13 del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *Teuschler*, decisión anteriormente citada).

III. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 § 1 DEL CONVENIO (FONDO DEL ASUNTO)

58. Invocando el artículo 6 § 1 del Convenio, el demandante se queja igualmente de que el TSJPV haya resuelto *extra petita* en su sentencia del 31 de marzo de 2005, en la medida en que se habría pronunciado sobre una cuestión que no habría sido planteada por las partes, a saber, la anulación de la sentencia dictada por el Juez de lo Contencioso-Administrativo y la reanudación del procedimiento en razón a un vicio de procedimiento sobrevenido en el marco del procedimiento disciplinario administrativo.

59. A la luz de los principios que se desprenden de la jurisprudencia de los Órganos del Convenio, el TEDH estima que no hay nada en el expediente que lleve a pensar que haya habido violación por parte de las jurisdicciones españolas del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6 del Convenio.

60. En consecuencia, estima que esta queja es manifiestamente infundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio y que debe ser rechazada en aplicación del artículo 35 § 4 del Convenio.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD

1. *Declara*, la demanda admisible en lo que atañe a las quejas respecto de una falta de acceso al recurso de amparo y de la alegada ineffectividad del mismo (artículos 6 § 1 y 13 del Convenio), e inadmisibles por lo demás;
2. *Falla*, que no ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio;
3. *Falla*, que no procede examinar si ha existido, en el presente caso, violación del artículo 13 del Convenio.

Hecha en francés, y posteriormente comunicada por escrito el día 20 de enero de 2015, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento.

Stephen Phillips
Secretario

Josep Casadevall
Presidente



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés,
en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO BLESÁ RODRÍGUEZ c. ESPAÑA

(Demanda nº 61131/12)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

1 de diciembre de 2015

*Esta Sentencia será definitiva de acuerdo con lo estipulado en el artículo 44.2 del Convenio.
Puede estar sujeta a revisión editorial.*

En el asunto Blesa Rodríguez c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en Sala compuesta por:

George Nicolaou, *Presidente*,

Luis López Guerra,

Helen Keller,

Helena Jäderblom,

Johannes Silvis,

Dmitry Dedov,

Branko Lubarda, *jueces*

y Marialena Tsirli, *Secretaria adjunta de Sección*,

Tras haber deliberado en secreto el 3 de noviembre de 2015

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició con una demanda (nº 61131/12) contra el Reino de España, interpuesta ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por un español, D. Antonio Carlos Blesa Rodríguez (“el demandante”), el 7 de septiembre de 2012.

2. El demandante estuvo representado por D. J. Gómez de Liaño Botella, abogado en ejercicio en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”) estuvo representado por su agente D. F.A. Sanz Gandasegui, Abogado del Estado.

3. El demandante alegó que su caso no había sido oído por un tribunal imparcial vulnerando el artículo 6.1 del Convenio.

4. El 18 de diciembre de 2012, la demanda se notificó al Gobierno.

HECHOS

I. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante nació en 1931 en Huerca-Overa, Almería, y vive en La Laguna, Tenerife.

6. El 27 de mayo de 2003, la Universidad de La Laguna interpuso una querrela contra el demandante, profesor en la facultad de Farmacia de la Universidad, acusándolo de falsedad documental. La Universidad se quejó de que el demandante había presentado un curriculum vitae falso en el marco de un concurso público para la instalación de nuevas oficinas de farmacia.

7. El 7 de febrero de 2004, el Juez de instrucción nº 1 de la Laguna ordenó la suspensión de la instrucción de la causa penal, por considerar que no existían razones objetivas para creer que se había cometido delito alguno.

8. La universidad interpuso un recurso ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. En un auto de 19 de mayo de 2006, la Audiencia Provincial estimó el recurso y anuló el auto del juez de instrucción declarando la suspensión de la instrucción de la causa penal, sosteniendo que era necesaria la práctica de investigaciones adicionales. La Sala de la Audiencia Provincial estaba compuesta por los magistrados A. (presidente), S. y C.

9. El 19 de enero de 2008, el Juzgado de instrucción nº 1 de la Laguna dictó un auto de transformación en procedimiento abreviado confirmando la finalización de la etapa de instrucción y la continuación del procedimiento, y ordenando a las partes remitir sus alegaciones

provisionales. El demandante interpuso un recurso contra el auto. El 21 de junio de 2008 una Sala de la Audiencia Provincial compuesta por los magistrados S. (presidente), Sa., y C desestimó el recurso.

10. El 8 de junio de 2010 la Audiencia Provincial dictó una providencia para señalamiento del juicio. En la providencia se indicó igualmente que el tribunal de la Audiencia Provincial que juzgaría al demandante estaría compuesto por los magistrados A. (presidente), S. y G.

11. El 1 de julio de 2010 la Audiencia Provincial mantuvo una vista preliminar para examinar las pruebas antes del juicio. Contrariamente a lo indicado por providencia de 8 de junio de 2010 de la Audiencia Provincial, el tribunal estuvo compuesto por A. (presidente), G. y Sa., este último actuando como magistrado suplente. La defensa fue informada al inicio de la vista preliminar de la modificación en la composición del tribunal de la Audiencia Provincial. El demandante se quejó de que, sin embargo, no se le había comunicado personalmente la modificación de los magistrados que formaban parte de la Sala.

12. El 15 y el 20 de julio se llevó a cabo el juicio oral ante el tribunal de la Audiencia Provincial. Los magistrados fueron los mismos que en la vista preliminar.

13. El 27 de julio de 2010 el mismo tribunal de la Audiencia Provincial declaró al demandante culpable del delito imputado y fue condenado a tres años y seis meses de prisión, la inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público durante el mismo periodo y una multa de 25 euros (EUR) diarios durante ocho meses.

14. El demandante recurrió las cuestiones de derecho ante el Tribunal Supremo quejándose, *inter alia*, de falta de imparcialidad por parte de dos de los jueces del tribunal de la Audiencia Provincial. El demandante se quejó de que el magistrado A., presidente de la Sala, había formado parte del tribunal que conoció de la apelación adoptada por el acusador contra la suspensión de la instrucción de la causa penal (ver párrafo 8 anterior). El demandante se quejó además de que el juez Sa. participó como magistrado suplente en el proceso interpuesto por la Universidad de la Laguna, mientras al mismo tiempo era profesor asociado y empleado con funciones administrativas en la universidad. De acuerdo con el demandante, su cargo en la universidad era incompatible con su labor como juez en el proceso.

15. El 20 de mayo de 2011 el Tribunal Supremo dictó como sigue. Respecto al juez A., el Tribunal Supremo declaró en concreto que el demandante no recusó al magistrado, incluso mientras tuvo la oportunidad de hacerlo, siendo informado de la composición de la Sala cuando se constituyó el 8 de junio de 2010. El Tribunal Supremo destacó que el artículo 223.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la recusación de un juez debe proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, la demanda no se admitirá a trámite.

El Tribunal Supremo indicó *a fortiori* que el auto de 19 de mayo de 2006 ordenando la práctica de nuevas diligencias no podía interpretarse como una medida para socavar la imparcialidad objetiva del tribunal, en la medida en que la Audiencia Provincial se limitó a mantener que la instrucción no se había completado y que el proceso había concluido mediante un auto irracional y precipitado.

Respecto al magistrado Sa., el Tribunal Supremo indicó que la defensa fue informada por primera vez sobre la nueva composición de la Sala de la Audiencia Provincial al inicio de la sesión del 1 de julio de 2010, sin justificación alguna para dicho retraso en la notificación. Respecto al fondo de la demanda, el Tribunal Supremo sostuvo que las circunstancias alegadas por el demandante no se basaban en ninguna de las causas de recusación en la composición de la Sala establecidas en el artículo 219.9, 219.10 y 219.16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni en las causas de incompatibilidad establecidas en el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto, el Tribunal Supremo declaró que el demandante no había demostrado que la relación del magistrado Sa. con la universidad tuviera conexión o vínculo con el fondo del proceso penal interpuesto contra el demandante.

16. El Tribunal Supremo sin embargo redujo la condena impuesta por la Audiencia Provincial al demandante a un año y seis meses de prisión (con inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público) y una multa de 25 euros (EUR) diarios durante cuatro meses, a la vista del daño sufrido por este como resultado de la excesiva e injustificada duración del proceso penal, que duró más de siete años.

17. El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional quejándose, *inter alia*, de la vulneración de su derecho a un juicio justo por un tribunal independiente e imparcial con arreglo al artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución española. Por providencia de 7 de marzo de 2012, el Tribunal Constitucional acordó no admitir el recurso de amparo. El Tribunal Constitucional declaró en concreto que el demandante no había interpuesto su demanda sobre la falta de imparcialidad en el proceso judicial previo (falta de agotamiento de recursos previos). El auto de inadmisión a trámite se le notificó al demandante el 13 de marzo de 2012.

II. DERECHO NACIONAL APLICABLE

18. Las disposiciones aplicables de la Constitución española son las siguientes¹:

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.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.
La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

19. Las disposiciones aplicables de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial son las siguientes:

Artículo 217

“Los Jueces y Magistrados deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados cuando concurra causa legal”.

Artículo 219

“Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

- 9º. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes
- 10º. Tener interés directo o indirecto con el pleito o causa.
- 11º. Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.
- 16º. Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.
(...)”

¹ Nota: todas las citas referentes a decisiones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o disposiciones nacionales, son transcripciones del original en castellano de dichos documentos.

Artículo 221

“El juez o magistrado en quien concurra alguna de las causas establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse”

Artículo 223

“La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. Si dicho conocimiento fuere anterior al pleito, habrá de proponerse al inicio del mismo, pues en otro caso no se admitirá a trámite”.

EL DERECHO

I. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6.1 DEL CONVENIO.

20. El demandante se quejó de que dos de los tres magistrados de la Sala de la Audiencia Provincial que le condenaron carecían de imparcialidad objetiva y subjetiva. En primer lugar, el demandante indicó que el magistrado A., quien presidió la Sala de la Audiencia Provincial, ya dictó un fallo en el asunto que admitió el recurso interpuesto por su acusador contra la suspensión de la instrucción penal. En segundo lugar, el demandante se quejó de que el magistrado Sa. participó como magistrado suplente en el proceso interpuesto por la Universidad de la Laguna, mientras al mismo tiempo ejercía como profesor asociado y empleado con funciones administrativas en la universidad. El demandante se quejó de que la relación de dependencia profesional y económica del magistrado Sa. respecto a la universidad era incompatible con su labor como magistrado suplente en el proceso interpuesto contra el mismo. El demandante se basó en el artículo 6.1 del Convenio.

21. El párrafo aplicable de dicha disposición reza como sigue:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, ..., por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)”.

22. El Gobierno impugnó este argumento.

A. Admisión a trámite

23. El Gobierno alegó que el demandante no había agotado las vías de recurso internas respecto a sus demandas sobre la imparcialidad en relación con ambos magistrados A. y Sa.

1. Respecto al juez A.

24. El Gobierno afirmó que el demandante fue informado de que el magistrado A. iba a formar parte de la Sala de la Audiencia Provincial el 8 de junio de 2010. En consecuencia, como declaró el Tribunal Supremo, el demandante podría haber recusado la imparcialidad del magistrado A. antes del inicio del juicio, lo que no hizo. El demandante por tanto no había agotado las vías de recurso internas tal y como exige el artículo 35.1 del Convenio y en consecuencia su demanda no debía admitirse a trámite.

25. El Gobierno añadió que esta conclusión no podía verse relegada por el hecho de que el Tribunal Supremo hubiera manifestado *a fortiori* en su sentencia que la participación previa del magistrado A. en el proceso no implicaba que el juez carecía de imparcialidad. Esta observación se hizo por el Tribunal Supremo simplemente “a mayor abundamiento”, sin hacer un análisis más extenso del fondo del asunto.

26. El demandante admitió no haber recusado al magistrado A. en el proceso. No obstante, argumentó que los jueces estaban obligados a abstenerse por las razones indicadas en el artículo

217 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, la obligación de abstenerse le correspondía al juez A. y no debía eludir dicha obligación so pretexto de que el demandante no le había recusado.

27. El Tribunal constata que, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, rechazaron la demanda por no haber utilizado primero los recursos disponibles. Además, el Tribunal comparte la opinión del Gobierno de que la declaración del Tribunal Supremo *a fortiori* respecto a la participación del magistrado A. en la instrucción de la causa penal fue una mera observación.

28. El demandante por tanto no ha agotado las vías internas de recurso en relación con su demanda sobre la imparcialidad por parte del magistrado A. Esta parte de la demanda debe por tanto rechazarse con arreglo al artículo 35.1 y 35.4 del Convenio.

2. Respecto al magistrado Sa.

29. El Gobierno admitió que el Tribunal Supremo había entrado a conocer el fondo de la demanda. No obstante, alegó que, a la luz de la providencia del Tribunal Constitucional de 7 de marzo de 2012 rechazando el recurso de amparo del demandante (ver párrafo 17), se debía tener en cuenta que el demandante no había agotado las vías de recurso internas. A este respecto, el Gobierno añadió que el demandante no había solicitado la recusación del magistrado Sa. tras conocer la nueva composición del tribunal el 1 de julio de 2010.

30. El demandante indicó que no se le podía censurar por no recusar a Sa antes del juicio. Alegó que la composición de la Sala de la Audiencia Provincial se había modificado sin haberle informado de la identidad de los tres magistrados que la componían. De hecho, únicamente conoció sus identidades cuando leyó la sentencia de la Audiencia Provincial.

31. El Tribunal observa que el demandante no había recusado al magistrado Sa. durante el proceso llevado a cabo por la Audiencia Provincial. Primero, interpuso su demanda sobre la falta de imparcialidad después de que el juez en cuestión ya hubiese participado en el proceso. Sin embargo, el Tribunal no comparte la opinión del Gobierno de que el hecho anteriormente mencionado constituya el fundamento para declarar que la demanda no se admita a trámite. Pese a la providencia del Tribunal Constitucional de 7 de marzo de 2012, el Tribunal considera que el demandante interpuso su demanda tan pronto como conoció la identidad y las circunstancias aplicables al juez Sa. Teniendo en cuenta las dificultades halladas al conocer la identidad y circunstancias aplicables al magistrado Sa., al demandante no se le puede reprochar el hecho de no haber solicitado la recusación del magistrado Sa. antes del juicio.

32. El Tribunal ha tenido igualmente en cuenta los siguientes elementos. En primer lugar, tal y como indicó el Tribunal Supremo, la defensa (ni siquiera el demandante) no fue informada de la nueva composición de la Sala de la Audiencia Provincial hasta el inicio de la práctica de la prueba anticipada el 1 de julio de 2010, sin justificación alguna para dicho retraso en la notificación.

33. En segundo lugar, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal en el caso *Pescador Valero c. España*, nº 62435/00, TEDH 2003-VII, cuyo razonamiento puede aplicarse, *mutatis mutandis*, al caso actual, del hecho de que el demandante y el juez Sa. hubieran trabajado en la misma universidad no debe presumirse que el demandante conocía o debía haber conocido al magistrado Sa. en su condición de profesor asociado antes del juicio. Al respecto, el Tribunal declaró que requerir al demandante que probase que no conocía al juez antes del inicio del proceso le hubiera sometido a una carga de la prueba excesiva (*ibid.*, párrafo 26). El Tribunal indicó igualmente que en este asunto la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga al juez en quien concurra alguna de las causas establecidas de abstención o recusación a abstenerse del conocimiento del asunto sin esperar a ser recusado (*ibid.*, § 24).

34. A la vista de las consideraciones anteriores, y contrariamente a lo sugerido por el Gobierno, debe considerarse que el demandante formuló la queja de falta de imparcialidad tan pronto como le fue permitido, concretamente interponiendo su recurso sobre cuestiones de derecho ante el Tribunal Supremo. Esta conclusión se confirma por el modo en que el propio Tribunal Supremo abordó el asunto examinando en su totalidad el fondo de la demanda sobre la falta de imparcialidad por parte del demandante.

35. Se deduce que la objeción del Gobierno respecto al juez Sa. debe desestimarse.

36. El Tribunal indica que esta queja no está manifiestamente mal fundada a los efectos del artículo 35.3.a) del Convenio. Indica además que no se considera inadmisibles por otros motivos. Por tanto debe admitirse a trámite.

B. Fondo

37. El demandante se quejó de que se había conculcado su derecho a un tribunal independiente e imparcial a causa de las relaciones profesionales y económicas entre el magistrado Sa., y la universidad que siguió el proceso penal contra él. Alegó que el magistrado Sa. era profesor asociado en la Facultad de Derecho y la Facultad de Filosofía y que, en dicha condición, dependía funcionalmente del rector de la universidad. Además de su actividad docente como profesor asociado, el juez Sa. dirigió la Cátedra Tomás y Valiente de la Universidad de la Laguna, fue secretario del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas y vocal de la Comisión de Selección de becas Erasmus del Gobierno de Canarias.

38. El Gobierno consideró que carecía de fundamento la declaración del demandante de que la relación profesional que el magistrado Sa. tenía con su acusador era incompatible con su labor como magistrado suplente. La conclusión del Tribunal Supremo fue que las circunstancias mencionadas anteriormente, que ya fueron alegadas por el demandante en el procedimiento interno, no se corresponden con ninguna de las causas de abstención o recusación de un juez señaladas en el artículo 219.9, 219.10 y 219.16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni con las causas de incompatibilidad señaladas en el artículo 389 de dicha Ley. El Gobierno alegó que son las autoridades nacionales quienes interpretan la normativa interna y que debe concederse al Estado cierto margen de apreciación en este sentido.

39. El Gobierno alegó igualmente que el Tribunal Supremo declaró que el hecho de que el magistrado Sa. fuese profesor asociado en la universidad no bastaba para demostrar la existencia de interés alguno por su parte en el resultado del procedimiento.

El magistrado Sa. realizaba labores docentes y académicas en la universidad a tiempo parcial y sin dedicación exclusiva. Estas actividades no estaban en absoluto asociadas a aquellas objeto de litigio entre el demandante y la universidad. Por consiguiente, no puede suponerse que el magistrado tuviera interés en el litigio. De lo contrario, los jueces deberían abstenerse de participar en cualquier litigio relacionado con la universidad en la que realizan su actividad docente, lo que supondría una limitación desproporcionada.

40. El Gobierno sostuvo que las conclusiones del Tribunal en el asunto *Pescador Valero*, mencionado anteriormente, no son aplicables al caso que nos ocupa. En ese asunto, el Tribunal entendió que había una relación de dependencia entre el juez y el demandante, ya que este último era gerente en la universidad, condición que no se produce en este caso. El Gobierno en consecuencia consideró que no hubo vulneración del artículo 6.1 del Convenio.

41. El Tribunal reitera que la imparcialidad debe evaluarse por medio de un análisis subjetivo, que consiste en tratar de determinar la opinión personal de un juez concreto en un asunto determinado; y por medio de un análisis objetivo, que consiste en confirmar si el juez ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima en este sentido (ver, entre otros precedentes *Morice c. Francia* [GC], nº 29369/10, §§ 73-78, 23 de abril de 2015; *Pescador*

Valero c. España, anteriormente citado, § 21; y *Thomann c. Suiza*, 10 de junio de 1996, § 30, *Informes sobre Juicios y Decisiones 1996-III*).

42. Respecto al aspecto subjetivo de la imparcialidad, el Tribunal señala que en el presente asunto nada indica la existencia de prejuicio o parcialidad por parte del magistrado Sa.

43. Resta por tanto el análisis objetivo. En este caso, lo que debe determinarse es si, independientemente del comportamiento del magistrado, existen hechos objetivos que puedan plantear dudas sobre su imparcialidad. En este sentido, incluso las apariencias pueden ser importantes. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en la ciudadanía en una sociedad democrática (ver *Castillo Algar c. España*, sentencia de 28 de octubre de 1998, *Informes 1998-VIII*, pág. 3116, § 45). Esto implica que al decidir si en un caso determinado existe un motivo válido para temer que un juez concreto carece de imparcialidad, la opinión del demandante es importante pero no decisiva. Lo decisivo es si dicho temor puede entenderse como objetivamente justificado (ver *Pescador Valero*, anteriormente citado, § 23; *Ferrantelli y Santangelo c. Italia*, 7 de agosto de 1996, pág. 951-52, § 58; *Informes 1996-III*, y *Wettstein c. Suiza*, nº. 33958/96, § 44, TEDH 2000-XII).

44. El Tribunal debe determinar si los temores del demandante sobre la imparcialidad del magistrado son legítimos, teniendo en cuenta las relaciones profesionales entre el magistrado y la universidad que ha iniciado el procedimiento contra el demandante, y si esas relaciones suscitan dudas sobre su imparcialidad objetiva. El magistrado era profesor asociado y realizaba labores administrativas por las que percibía ingresos por parte de la universidad. Por dichos motivos, se debe considerar que el juez mantuvo relaciones profesionales regulares, estrechas y remuneradas con la universidad mientras llevaba a cabo sus labores como magistrado en la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. En opinión del Tribunal, estas circunstancias sirven objetivamente para justificar el recelo del demandante de que el magistrado Sa. carecía de la imparcialidad necesaria (ver *Pescador Valero*, anteriormente citado, §§ 27-28).

45. Por tanto ha habido una vulneración del artículo 6.1 del Convenio respecto al requisito de un tribunal imparcial.

II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

46. El artículo 41 del Convenio establece:

“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. Daño

47. El demandante instó una indemnización por daño moral en la solicitud sin especificar la cantidad y dejando la cuestión a la discreción del Tribunal. El Gobierno sugirió que debía entenderse que el demandante había renunciado a su derecho a obtener una indemnización de satisfacción equitativa, y solicitó al Tribunal que no se le indemnizara por este concepto.

48. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y basándose en la equidad exigida en el artículo 41, el Tribunal indemniza al demandante con 4.000 euros (EUR) en concepto de daños morales.

B. Costas y gastos

49. El demandante no ha formulado una reclamación específica por las costas y gastos de conformidad con el artículo 60 del Reglamento.

50. En consecuencia, el Tribunal considera que no cabe indemnización por este concepto.

C. Intereses de demora

51. El Tribunal considera oportuno que los intereses de demora se basen en el tipo de interés de la facilidad marginal del Banco Central Europeo incrementado en un tres por ciento

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL,

1. *Declara*, por mayoría, inadmisibile la demanda con arreglo al artículo 6.1 del Convenio en relación con el magistrado A.;
2. *Declara*, por unanimidad, admisible la demanda con arreglo al artículo 6.1 del Convenio en relación con el magistrado Sa.;
3. *Decide*, por unanimidad, que se ha vulnerado el artículo 6.1 del Convenio respecto a la demanda con arreglo al artículo 6.1 del Convenio en relación con el magistrado Sa.;
4. *Decide*, por unanimidad,
 - a. Que el Estado demandado debe abonar al demandante, en los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia definitiva, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, 4.000 euros (cuatro mil euros), más impuestos, en concepto de daños morales;
 - b. Que desde el vencimiento de los tres meses citados hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre la cantidad anterior igual al tipo de interés de la facilidad marginal del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento.

Hecho en inglés, y notificado por escrito el 1 de diciembre de 2015, de conformidad con el artículo 77.2 y 77.3 del Reglamento.

Marialena Tsirli
Secretaria adjunta

George Nicolaou
Presidente

De conformidad con el artículo 45.2 del Convenio y del artículo 74.2 del Reglamento, se adjunta a esta sentencia la opinión separada del Juez Dedov.

G.N.
M.T.

OPINIÓN PARCIALMENTE DISCREPANTE DEL JUEZ DEDOV

Lamento no coincidir con la mayoría en un asunto menor (admisibilidad de la demanda respecto a la imparcialidad del juez A.) que sin embargo puede dar lugar a graves consecuencias respecto a la tutela judicial efectiva a nivel nacional e internacional.

Vías de recurso internas y el carácter absoluto de la imparcialidad

Huelga decir que un tribunal imparcial es un valor fundamental para mantener la democracia y el Estado de Derecho. Una vulneración del derecho a un juicio justo por un tribunal imparcial debería conducir normalmente a la nulidad del fallo por razones de procedimiento y la consiguiente repetición de la vista. Por lo tanto, dicha demanda debería prevalecer durante el procedimiento interno.

En el presente asunto, el demandante recurrió al Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional quejándose de falta de imparcialidad por parte de los magistrados A. y Sa. Ambos tribunales superiores declararon que el demandante no había agotado las vías de recurso internas previas con arreglo al artículo 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que no propuso la recusación de los jueces al inicio del proceso.

Existe demasiada inconsistencia en el comportamiento de la Sala sobre estos hechos. El Tribunal Supremo indicó que la decisión del magistrado A. de solicitar la práctica de investigaciones adicionales y la relación con una universidad del juez Sa., no podía socavar la imparcialidad objetiva de esos jueces durante el juicio. No obstante, la Sala decidió de manera distinta en relación con la admisión a trámite de las quejas del demandante respecto a cada uno de los magistrados.

Creo que el carácter absoluto del derecho a un tribunal imparcial precisa examinar dicha demanda en cualquier ámbito del control jurisdiccional, porque: (a) el incumplimiento de recusar al juez ante el tribunal de primera instancia no debería impedir que el demandante apele respecto a la imparcialidad como una cuestión de derecho ante los tribunales superiores nacionales, y (b) porque las instancias superiores nacionales continúan ofreciendo vías de recurso internas eficaces a los efectos del proceso ante este Tribunal. Por lo tanto, el demandante ha agotado las vías de recurso internas en relación con el juez A.

Coherencia con la jurisprudencia.

Hay algunos ejemplos de cómo la imparcialidad podría evaluarse sobre el fondo sin obstáculo alguno.

En *Marguš c. Croacia* ([GC], nº 4455/10, 27 de mayo de 2014), el Tribunal (Sala y Gran Sala) examinó la demanda sobre el fondo y reiteró que el mero hecho que el juez de instrucción hubiera formulado resoluciones previas respecto a la misma infracción no podía, en sí mismo, justificar los temores de falta de imparcialidad en relación con las resoluciones previas al fallo. Además, en este caso el demandante utilizó las vías de recurso internas únicamente a nivel del Tribunal Supremo (ver párrafos 24 y 84-89 de la sentencia *Marguš*).

El párrafo 85 de la sentencia *Marguš* se refiere, *inter alia*, a la decisión del Tribunal en el caso *Romero Martín c. España* ((dec.), nº 32045/03, 12 de junio de 2006) en el que las circunstancias fueron parecidas a las del presente caso (el demandante no solicitó la recusación de los jueces en las instancias inferiores), pero donde, en cambio, los tribunales superiores nacionales y este Tribunal examinaron el fondo de la demanda basándose en criterios objetivos y subjetivos y la declararon no probada.

Por último, en el asunto *Pinochet* (*In Re Pinochet* [1999] UKHL 52), la imparcialidad de uno de los jueces en la Cámara de los Comunes en el Reino Unido se recusó con éxito a pesar de que la información sobre los vínculos entre un participante y el juez eran públicos desde el inicio.

Principio jurídico

En el presente asunto, considero que la participación en las diligencias previas no deberían evitar el examen sobre el fondo por el mismo juez, y coincido con la conclusión del Tribunal Supremo, por lo que no puedo considerar una “mera observación” tal y como propone la mayoría en el párrafo 27 de la sentencia. No obstante, aplicar el mismo planteamiento de admisibilidad en otro asunto podría entrañar el riesgo de no hallar nunca una vulneración del derecho a un juicio justo, incluso si las circunstancias son evidentes.

Del artículo 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende que la recusación de la participación de un juez únicamente puede utilizarse como herramienta procesal en el procedimiento ante el tribunal. Tras emitir la resolución, la recusación del juez de un tribunal es técnicamente imposible. Sin embargo, en consecuencia, al demandante no se le debería impedir utilizar otra herramienta procesal, a saber, un recurso sobre la imparcialidad como cuestión de derecho.

Tal y como se enfatizó en la resolución de la Cámara de los Comunes, “la demanda [de Pinochet] se basa en la exigencia de que debe hacerse justicia y ver que realmente se está haciendo”. La justicia tiene dos caras, en este contexto: si hay riesgo de que el juez es parcial, la obligación del demandante de recusar al juez se equilibra con la responsabilidad del juez de abstenerse en el asunto antes del inicio del juicio. Pero después de todo no debe olvidarse la protección de la justicia, dentro del proceso de revisión del control judicial.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés,
en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO GÓMEZ OLMEDA c. ESPAÑA

(Demanda nº 61112/12)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

29 de marzo de 2016

*Esta Sentencia será definitiva de acuerdo con lo estipulado en el artículo 44.2 del
Convenio. Puede estar sujeta a revisión editorial.*

En el asunto Gómez Olmeda c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en Sala compuesta por:

Helena Jäderblom, *Presidenta*,

Luis López Guerra,

George Nicolaou,

Johannes Silvis,

Branko Lubarda,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková, *jueces*,

y Stephen Phillips, *Secretario de Sección*,

Tras deliberar en privado el 8 de marzo de 2016

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició con una demanda (nº 61112/12) contra el Reino de España, interpuesta ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por D. Jorge Gómez Olmeda, de nacionalidad española (“el demandante”), el 11 de septiembre de 2012.
2. El demandante estuvo representado por D. J.J. Bravo Iglesias, abogado en ejercicio en Plasencia. El Gobierno español (“el Gobierno”) estuvo representado por sus agentes D. F.A. Sanz Gandasegui y D. R.A León Caverro, Abogados del Estado.
3. El demandante alegó que su condena por un delito de calumnias en recurso de apelación sin poder defenderse en audiencia pública suponía una vulneración de su derecho a un proceso equitativo con arreglo al artículo 6.1 del Convenio.
4. El 19 de marzo de 2013 se comunicó al Gobierno la demanda. El Gobierno y el demandante remitieron sus observaciones.

HECHOS

I. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante nació en 1967 y vive en Plasencia.
6. El 3 de enero de 2011 tras el juicio, el juez de lo penal nº 1 de Plasencia condenó al demandante a seis meses de prisión por desobediencia grave a la autoridad. El demandante fue absuelto de otros cargos, como delitos de calumnias, injurias y encubrimiento.
7. El juez consideró probado que el demandante había sido el administrador de un foro de internet en el que se publicaron mensajes difamatorios contra los querellantes en el proceso, y que ignoró de forma deliberada la solicitud que le hizo la policía en el marco de la instrucción penal respecto a no alterar dichos mensajes. De hecho, el demandante eliminó completamente la página web del foro, a pesar de la solicitud por parte de la policía de dejarla como estaba. En relación con los cargos por un delito de injurias y calumnias, el juez sostuvo que existían dudas

razonables respecto de si el demandante había sido consciente de los mensajes en cuestión antes de su interrogatorio policial y que debía ser por tanto absuelto a este respecto. Se alegó igualmente que había protegido a los particulares que realizaron las declaraciones difamatorias; sin embargo, el juez consideró que no podía ser culpable de encubrimiento ya que no quedó probado en el momento del interrogatorio policial que tuviera conocimiento de la posibilidad de acceder a la dirección IP de los participantes en el foro.

8. Tanto la acusación como la defensa recurrieron la sentencia ante la Audiencia Provincial de Cáceres. El demandante no solicitó vista previa ni la Audiencia Provincial la ordenó. En su lugar, el tribunal visionó un vídeo del juicio oral en primera instancia.
9. El 16 de mayo de 2011 la Audiencia Provincial ratificó la condena del demandante por desobediencia grave a la autoridad y, a diferencia del juzgado de primera instancia, le encontró culpable de un delito continuado de calumnias, siendo condenado a una multa diaria de 15 euros durante dieciocho meses. Se le condenó igualmente al pago de las costas. Al declararlo culpable, el tribunal de apelación declaró que se había basado en los hechos establecidos por el juzgado de primera instancia así como por el testimonio ofrecido por los querellantes, el demandante y los testigos en el juicio anterior. El tribunal señaló:

“Cuarto. Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia son constitutivos de un delito continuado de calumnia e injurias previsto y penado en los artículos 205 y siguientes del Código Penal en relación con el 74 del mismo cuerpo legal, respondiendo del mismo en concepto de autor, artículos 28 y 30 del cuerpo sancionador el acusado Jorge Gómez Olmeda, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, artículo 21 apartado sexto del código punitivo (...).

Es sabido que la prueba documental no necesita de la intermediación judicial para su valoración, precisamente por su condición de estar escrita y poderse leer e interpretar de acuerdo a las circunstancias del caso, expuestas perfectamente en la querrela y acreditadas en la vista oral, tanto en cuanto al contenido de lo que se escribía en el foro del que el acusado era administrador, como en cuanto a las personas a las que esas manifestaciones iban dirigidas. Expresiones que por sí mismas consideradas imputaban delitos a los querellantes (violaciones, esclavitud sexual de una persona) y menoscababan la fama y la estimación de aquellos, siendo algo notorio y evidente que todo lo manifestado en ese foro era grave, tanto en sí mismo leído y considerado como en el concepto público, concepto jurídico indeterminado que hay que llenar en cada caso concreto de acuerdo a las circunstancias del hecho, sin olvidar que hablamos de una localidad pequeña donde todas las personas se conocen, donde todas se cruzan en la calle, donde todas o casi todas coinciden en los mismos sitios, donde el hacer diario es rutinario y deja poco lugar para las novedades, donde todo lo que se salga de la monotonía es algo que llama la atención, donde se saben las genealogías de cada habitante del lugar... Es por ello que viniendo absuelto el acusado de este ilícito le condenamos por un delito continuado de calumnias ... por lo que fue absuelto en primera instancia.

Dice el acusado que era el administrador del foro, que no veía el mismo con asiduidad, que no tenía muchos conocimientos de informática y que había hecho desaparecer del mismo determinadas frases y manifestaciones porque le parecían insultantes en relación con lo que tratamos. Disentimos del imputado en lo relativo a que no conocía lo escrito en el foro, argumento que utiliza la sentencia de instancia para absolver al acusado de las calumnias e injurias. Y no lo compartimos por dos razones. Una, porque su obligación como administrador de ese foro era estar al tanto de lo que en él se escribía, ya que era digamos el censor "del mismo" por el hecho de haberlo creado, y dos, que no es cierto que no estuviera al tanto de lo que allí se escribía, ya que borró varias frases y mensajes que eran insultantes para los vecinos querellantes, algo que corrobora que el acusado leía lo que se escribía en

Sentencia Gómez Olmeda c. España

ese foro, y que al mismo tiempo constata que el acusado apreció y valoró que lo allí escrito era insultante para determinada o determinadas personas, por lo que tomó la decisión de borrar lo que le parecía injurioso e insultante”.

10. El demandado interesó ante la Audiencia Provincial la nulidad de actuaciones del procedimiento anterior. Su demanda fue inadmitida el 29 de septiembre de 2011 en base a que no se había infringido la normativa en vigor ni se le había causado ningún quebranto.
11. El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Citó el artículo 24 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva), reclamando que la Audiencia Provincial le condenó en apelación sin darle la oportunidad de defenderse en audiencia pública.
12. Mediante resolución de 13 de marzo de 2012, el Tribunal Constitucional acordó no admitir el recurso de amparo por no apreciar en el mismo una especial trascendencia constitucional.

II. DERECHO NACIONAL APLICABLE Y PRÁCTICA

13. Las disposiciones aplicables de la Constitución española son las siguientes:

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.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

14. Las disposiciones aplicables del Código Penal son las siguientes:

Artículo 21

Son circunstancias atenuantes:

(...)

6.^a La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpaado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Artículo 28

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Sentencia Gómez Olmeda c. España

Artículo 30

1. En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.
 2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:
 - 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.
 - 2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda.
 - 3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.
 - 4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.
- (...)

Artículo 74

1. (...) el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados (...).
3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva

Artículo 205

Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 208

Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves (...).

Artículo 211

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

15. Se citan a continuación las disposiciones pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en vigor mientras se llevaba a cabo el proceso penal:

Artículo 791

1. Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

16. El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de resolver si, mientras el demandado fue absuelto en primera instancia de cometer un delito pero que a continuación se le condenó en apelación, el visionado por parte del tribunal de apelación del juicio oral en primera instancia cumple las expectativas del artículo

24 de la Constitución. En su sentencia nº 120/2009 de 18 de mayo de 2009 estableció que:

“6. (...) debemos examinar la cuestión que confiere singularidad al presente recurso de amparo, esto es, la referida a si las garantías de inmediación y contradicción han quedado colmadas mediante el visionado por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia.

(...)

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.

(...)

7. (...) La Audiencia Provincial entendió [en el presente caso] que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el dicho juicio, apreciando que el Juez a quo había incurrido en error al valorar tales pruebas, como consecuencia de lo cual procedió a fijar un nuevo relato de hechos probados que condujo a la condena de quienes habían sido inicialmente absueltos.

Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal —desde el prisma de la credibilidad de los declarantes— al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.”

17. El Tribunal Constitucional llegó a conclusiones parecidas en sus sentencias nº 2/2010 de 11 de enero de 2010, nº 30/2010 de 17 de mayo de 2010 y nº 105/2014 de 23 de junio de 2014.

EL DERECHO

I. PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6.1 DEL CONVENIO

18. El demandante reclamó que fue condenado en apelación sin haber sido oído en persona por el tribunal de apelación por un delito del que fue absuelto en primera instancia, lo que en su opinión suponía una vulneración de su derecho a un proceso equitativo según lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio, que dice lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...), por un Tribunal (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella ”.

19. El Gobierno impugnó dichas alegaciones.

A. Admisión a trámite

20. El Tribunal indica que la demanda no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35.3.a) del Convenio. Indica además que no es inadmisibile por otros motivos. Por tanto debe ser admitida a trámite.

B. Fondo

21. El demandante consideró que su condena se debía a que la Audiencia Provincial revisó las pruebas en su contra sin haberle oído en persona. Explicó que no se había solicitado una vista oral porque al haber sido absuelto por el delito de calumnias por un tribunal penal no existía motivo alguno para solicitar una vista oral
22. El demandante alegó que la proyección de un vídeo durante la apelación no equivalía a una vista oral en segunda instancia, dado que la Audiencia Provincial realizó una nueva valoración de los hechos que iba más allá de las cuestiones estrictamente jurídicas.
23. El Gobierno en primer lugar declaró que el presente caso se limitó a determinar si la condena en apelación del demandante por parte de la Audiencia Provincial de Cáceres por un delito de calumnias, único delito del que fue absuelto por un tribunal penal y condenado en apelación, suponía una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. El caso no se refería a su condena por desobediencia grave a la autoridad impuesta por un tribunal penal, que la Audiencia Provincial simplemente ratificó.
24. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal en los casos *Sakhnovskiy c. Rusia* ([GC], nº 21272/03, § 96, 2 de noviembre de 2010) y *Bazo González c. España* (nº 30643/04, § 38, 16 de diciembre de 2008), el Gobierno alegó que incluso cuando un tribunal de apelación tenía jurisdicción plena para revisar el caso sobre cuestiones tanto de hecho como de derecho, el artículo 6 no siempre implica el derecho a estar presente, y que con el fin de determinar si debería haberse llevado a cabo la vista oral en apelación, debería prestarse atención a la naturaleza de los asuntos examinados en apelación por el tribunal y al hecho de si el demandante habría presentado alegaciones por escrito a lo largo de todo el proceso.
25. Volviendo a las circunstancias del presente caso, el Gobierno se remitió al artículo 791.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para subrayar que no parecía lógico que el demandante se quejase por la falta de juicio oral en apelación, ya que podría haberlo requerido con arreglo a dicha disposición (ver el apartado 15 anterior) pero no lo hizo. Destacó al respecto que el demandante fue plenamente consciente de que los querellantes interpusieron un recurso para revocar su absolución y que fuese condenado por un delito de calumnias.
26. El Gobierno sostuvo además que la naturaleza de los asuntos que la Audiencia Provincial había decidido últimamente no habían requerido llevar a cabo un nuevo juicio oral. El tribunal de apelación no modificó los hechos del caso según lo establecido por el tribunal penal en primera instancia sino que se había limitado a redefinirlos desde un punto de vista jurídico. El tribunal de apelación concluyó, a la vista de las pruebas aportadas en primera instancia, que los hechos fueron constitutivos de un delito de calumnias.
27. Posteriormente, el Gobierno alegó que el visionado del vídeo por parte de los jueces de la Audiencia Provincial se equiparó a la celebración de un juicio oral a efectos del artículo 6.1 del Convenio. Admitieron que un juicio oral no es exactamente igual que visionar un vídeo pero subrayó que su visionado había proporcionado a los jueces acceso completo a las pruebas aportadas al tribunal penal. En opinión del Gobierno, el visionado del vídeo situó a los jueces de la Audiencia Provincial en una mejor posición para tomar una decisión acertada sobre el caso que si se hubiese llevado a cabo un nuevo juicio oral, ya que el primero les había permitido contar con acceso completo y personal a todas las pruebas aportadas al tribunal penal. El

- Gobierno en consecuencia mantuvo que no hubo vulneración del artículo 6.1 del Convenio.
28. El Tribunal indica en principio que los hechos que dieron lugar a la actual demanda son parecidos a aquellos en los casos *Valbuena Redondo c. España* (nº 21460/08, de 13 de diciembre de 2011); *Almenara Alvarez c. España* (nº 16096/08, de 25 de octubre de 2011); *García Hernández c. España* (nº 15256/07, de 16 de noviembre de 2010); *Marcos Barrios c. España* (nº 17122/07, de 21 de septiembre de 2010); *Igual Coll c. España* (nº 37496/04, de 10 de marzo de 2009); y *Bazo González* (citado anteriormente), en los que los demandantes, absueltos de cargos penales en primera instancia, fueron condenados por dichos cargos sin haber sido oídos en juicio oral. En el presente caso, sin embargo, el Gobierno sostuvo que el visionado del vídeo por parte de los miembros de la Audiencia supuso llevar a cabo un juicio oral a los efectos del artículo 6.1 del Convenio.
 29. Respecto a los principios generales relevantes aplicables al caso actual, el Tribunal se remite a aquellos enunciados en el caso *Lacadena Calero c. España* (nº 23002/07, §§ 36-38, de 22 de noviembre de 2011).
 30. En el presente caso, es indiscutible que el demandante fue condenado por la Audiencia Provincial por un delito del que fue absuelto en primera instancia sin haber sido oído en persona.
 31. Con el fin de determinar si se ha producido una vulneración del artículo 6 del Convenio, por tanto, es necesario examinar el papel de la Audiencia y la naturaleza de las cuestiones planteadas.
 32. El Tribunal no comparte la exposición del Gobierno de que el demandante no podía recriminar que no se hubiera celebrado un juicio oral teniendo en cuenta que no lo había solicitado. El Tribunal reitera sus conclusiones en el caso *Igual Coll* (citado anteriormente, § 32), en el que señaló que no existió una razón concreta para que el demandante solicitase una vista oral ya que había sido absuelto en primera instancia tras un juicio oral en el que se presentaron pruebas diferentes y en el que fue oído. El Tribunal por tanto considera que el tribunal de apelación tenía el deber de tomar medidas positivas con este fin, a pesar de que el demandante no hubiera solicitado expresamente que se celebrase un juicio oral (see, *mutatis mutandis*, *Dănilă c. Rumanía*, nº 53897/00, § 41, de 8 de marzo de 2007, y *mutatis mutandis*, *Botten c. Noruega*, de 19 de febrero de 1996, § 53, *Informes de sentencias y decisiones* 1996-I).
 33. El Tribunal reitera que es necesario un juicio oral cuando se emplaza al tribunal de apelación a examinar hechos nuevos probados en primera instancia y los ha reconsiderado, yendo más allá de consideraciones estrictamente jurídicas (ver *Igual Coll*, anteriormente citado, § 36).
 34. La Audiencia tuvo en cuenta el elemento objetivo de la denuncia –la existencia de mensajes insultantes a los querellantes– y examinó igualmente el propósito, comportamiento y credibilidad del demandante. Concretamente, la Audiencia, a diferencia del juez de primera instancia, constató que el demandante había sido consciente de que había mensajes insultantes. También le le impuso una condena por primera vez en relación con este delito. No obstante, la Audiencia examinó todo ello sin oír al demandante en persona.
 35. La Audiencia por tanto se separó de las conclusiones del juzgado de primera instancia, realizando una evaluación completa de la cuestión sobre la culpabilidad del demandante tras reconsiderar el caso respecto a los hechos y al derecho (ver, entre otros precedentes, *Ekbatani c. Suecia*, de 26 de mayo de 1988, § 32, Serie A

- nº 134; *Constantinescu c.Rumanía*, nº 28871/95, § 55, TEDH 2000-VIII; *Lacadena Calero*, citado anteriormente, §§ 36 y 38; y *mutatis mutandis*, *Ion Tudor c.Rumanía*, nº 14364/06, § 21, de 17 de diciembre de 2013). Al respecto, el Tribunal declaró que cuando se emplaza a un tribunal de apelación a llevar a cabo una evaluación del elemento subjetivo del delito, como ha ocurrido, habría sido necesario en este caso que el tribunal sustanciase un examen personal y directo del testimonio aportado en persona por el inculpado que reclama no haber cometido el presunto acto constitutivo de delito penal (ver *Lacadena Calero*, citado anteriormente, § 47).
36. La falta de audiencia al acusado es incluso más difícil de conciliar con los requisitos de un proceso equitativo en las circunstancias concretas de este caso, en el que el tribunal de última instancia fue el primer tribunal en condenar al demandante en el proceso incoado para determinar los hechos que se le imputan (ver *Constantinescu*, citado anteriormente, § 59, *Andreescu c.Rumanía*, nº 19452/02, § 70, de 8 de junio de 2010, *Igual Coll*, citado anteriormente, § 35, *Marcos Barrios*, citado anteriormente, § 40; y *Popa and Tănăsescu c.Rumanía*, nº 19946/04, § 52, de 10 de abril de 2012).
37. Además, contrariamente a lo mantenido por el Gobierno, el Tribunal considera que el visionado del vídeo por la Audiencia no compensó la falta de juicio oral ya que en lugar de reaccionar ante el derecho del demandante para dirigirse a la Audiencia, simplemente constituía una parte de la revisión de la Audiencia del procedimiento en primera instancia.
38. El Tribunal indica que el Tribunal Constitucional, al resolver en casos parecidos, ha establecido que el visionado de un vídeo de un juicio en primera instancia no capacita a un tribunal de apelación para evaluar testimonios personales (ver párrafos 16-17 anteriores)
39. En consecuencia, no puede considerarse que el visionado del vídeo situase a la Audiencia Provincial en igual posición que el juzgado de primera instancia a efectos del artículo 6.1 del Convenio.
40. A la vista de cuanto antecede, el Tribunal concluye que en el presente caso, la Audiencia Provincial incumplió los requisitos de un proceso equitativo. Se ha vulnerado por tanto el artículo 6.1 del Convenio.

II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

41. El artículo 41 del Convenio estipula:

“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

42. El demandante reclamó 23.100 euros por daños materiales, que comprenden el abono de la multa y los daños a los que fue condenado por la Audiencia Provincial. Reclamó igualmente 25.000 euros por daños morales.
43. El Gobierno manifestó que los importes reclamados por el demandante eran desproporcionados y que no existía nexo causal entre las presuntas vulneraciones y el daño supuestamente soportado.

44. Respecto al daño material, el Tribunal no aprecia nexo causal entre la vulneración manifestada y el supuesto daño. De hecho, no puede conjeturar sobre el resultado que se hubiera obtenido en el procedimiento de apelación de haberse llevado a cabo un juicio oral (ver *Igual Coll*, § 51, y *Valbuena Redondo*, § 48, ambos citados anteriormente). Rechaza por tanto dicha reclamación. En cambio, concede al demandante 6.400 euros por daños morales.

B. Gastos y costas

45. El demandante reclamó un importe total de 7.777,24 euros por los siguientes gastos y costas en los procesos internos: a) 6.277,24 euros por gastos jurídicos de los querellantes, que la Audiencia Provincial condenó al demandante a abonar; y b) 1.500 euros por sus gastos jurídicos en el proceso ante el Tribunal Constitucional. Por último, sin aportar prueba documental al respecto, el demandante reclamó 3.000 euros por sus gastos y costas ante el Tribunal.
46. El Gobierno no está de acuerdo con el criterio de valoración que utiliza el demandante respecto a los gastos y costas dictaminados por la Audiencia Nacional. Concretamente, el Gobierno alegó que hay que tener en cuenta que los gastos y costas incurridos por el demandante en los procesos internos comprendían igualmente aquellos relativos al delito de desobediencia grave a la autoridad, cuyo fallo en primera instancia la Audiencia se limitó a ratificar. Respecto a los gastos jurídicos en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional, el Gobierno dejó a discreción del Tribunal la cuestión de fijar el importe que se debía otorgar al demandante, declarando que en cualquier caso el importe reclamado era excesivo. Respecto a los gastos y costas por el procedimiento ante el Tribunal, el Gobierno alegó que el demandante no los había justificado y que los importes solicitados eran en cualquier caso excesivos.
47. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante tiene derecho al reembolso de las costas y gastos únicamente si ha quedado demostrado que ha incurrido en ellos necesaria y efectivamente y son proporcionados a la cuantía. Por lo que respecta a los gastos y costas cuyo abono ordenó la Audiencia Provincial, el Tribunal, teniendo en cuenta que la vulneración se refiere únicamente a la condena en apelación respecto a un delito continuado de calumnias, mientras que los gastos y costas se refieren asimismo a otros cargos, le otorga 3.138,62 euros. Respecto al procedimiento ante el Tribunal Constitucional, el demandante no apoya con pruebas documentales adecuadas el importe en el que efectivamente ha incurrido de conformidad con el vínculo contractual con su abogado. En consecuencia no debería realizarse compensación alguna por el procedimiento ante el Tribunal Constitucional. Respecto al procedimiento ante el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos], el demandante no aporta justificante alguno por los costes incurridos. En consecuencia se rechaza esta reclamación.

C. Intereses de demora

48. El Tribunal considera oportuno que los intereses de demora se basen en el tipo de interés de la facilidad marginal del Banco Central Europeo, incrementado en un tres por ciento

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;
2. *Manifiesta* que se ha vulnerado el artículo 6.1 del Convenio.
3. *Manifiesta*:
 - a. Que el Estado demandado debe abonar al demandante, en los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia definitiva, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, los siguientes importes:
 - i. 6.400 euros (seis mil cuatrocientos euros), más impuestos, en concepto de daños morales;
 - ii. 3.138,62 euros (tres mil ciento treinta y ocho euros con sesenta y dos céntimos), más impuestos, en concepto de gastos y costas;
 - b. Que desde el vencimiento de los tres meses citados hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre la cantidad anterior igual al tipo de interés de la facilidad marginal del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento;
4. *Rechaza* el resto de la reclamación de satisfacción equitativa del demandante.

Hecho en inglés, y notificado por escrito el 29 de marzo de 2016, de conformidad con el artículo 77.2 y 77.3 del Reglamento del Tribunal.

Stephen Phillips
Jäderblom
Secretario

Helena
Presidenta



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro
documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO HERNÁNDEZ ROYO c. ESPAÑA

(Demanda nº 16033/12)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

20 de septiembre de 2016

*Esta sentencia adquirirá carácter de firmeza en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2
del Convenio. Puede sufrir correcciones de estilo.*

En el caso Hernández Royo c. España,

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

Helena Jäderblom, *presidenta*,

Luis López Guerra,

Helen Keller,

Branko Lubarda,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides, *jueces*,

y Fatoş Aracı, *secretaria adjunta de sección*,

Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 30 de agosto de 2016,

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso tiene su origen en una demanda (nº 16033/12) interpuesta ante el TEDH contra el Reino de España por dos nacionales de este Estado, los Sres. José Javier Hernández Royo, (“el primer demandante”), y Leonardo David Hernández Royo (“el segundo demandante”) el día 6 de marzo de 2012, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”).

2. Los demandantes han estado representados por el letrado, el Sr. E. Trebolle Lafuente, abogado ejerciendo en Zaragoza. El Gobierno español (“el Gobierno”) ha estado representado por su agente, el Sr. R. A. León Cavero Abogado del Estado-Jefe del Área de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

3. El día 18 de noviembre de 2014, las quejas relativas al artículo 6 §§ 1 y 2 del Convenio fueron trasladadas al Gobierno y la demanda fue declarada inadmisibile por lo demás con arreglo al artículo 54 § 3 del Reglamento de Procedimiento del TEDH (“el Reglamento”).

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

4. Los demandantes nacieron respectivamente en 1981 y 1976, y residen en Cascante.

5. Mediante Sentencia dictada el día 25 de junio de 2008, tras la celebración de una vista pública, el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Zaragoza absolvió a los demandantes de los cargos de estafa y falsedad de los que estaban acusados en el marco de la venta de un vehículo. Mediante la misma Sentencia, el Juzgado absolvió a las sociedades K.S.L. y H.R.M.S.L., propiedad de los demandantes, a las que se había citado a título de responsabilidad civil subsidiaria. Los acusados fueron oídos en la audiencia y el Juez examinó testimonios e informes periciales como otros elementos de prueba.

En su fallo, el Juez concluía que no había habido voluntad de estafar, tras considerar lo siguiente:

“(…) no se estima probado que los acusados hayan tenido una actitud engañosa con intención de obtener un beneficio patrimonial a costa del comprador (…). y firmara [el comprador] el documento de la compraventa conociendo el estado y características del vehículo”.

6. La Fiscalía y la parte perjudicada, que se había constituido en acusación particular, recurrieron.

7. El día 10 noviembre 2008, la Audiencia Provincial de Zaragoza admitió la solicitud de la práctica de las pruebas presentada por la acusación particular tendente a recoger dos nuevos testimonios, e inadmitió la formulada por los demandantes. Señaló además la fecha de celebración de una vista pública para el 15 de diciembre de 2008 y notificó esta decisión al representante de los demandantes, de acuerdo con el artículo 791 § 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otra parte, acordó citar personalmente a cada uno de los demandantes. Aunque sólo constara en el expediente la del primer demandante, se desprende del acta de la audiencia que era el segundo demandante, acompañado de su representante, el que estaba presente. La cuestión de la ausencia del primer demandante fue planteada por la Audiencia Provincial, pero las partes no aportaron ninguna explicación al respecto.

8. En la audiencia del 15 de diciembre de 2008, los dos testigos propuestos por la acusación particular fueron oídos, pero no así el segundo demandante. Al término de esta vista, la Audiencia Provincial modificó parcialmente los hechos considerados acreditados en Primera Instancia y llegó a una conclusión opuesta a la del Juez *a quo* en lo que respecta a la firma del documento de compraventa así como del conocimiento, por parte de los acusados, de las anomalías que presentaba el vehículo.

9. Mediante Sentencia dictada el día 14 enero 2009, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó parcialmente el recurso interpuesto por la Fiscalía y por la acusación particular condenando a los demandantes, como autores de un delito de estafa, a nueve meses de prisión y al pago de una indemnización. Por otra parte, ratificó la absolución de los demandantes en lo que se refería al delito de falsedad en documento privado. Además, declaró a las sociedades K.S.L. y H.R.M.S.L. responsables civiles subsidiarios.

En su decisión, la Audiencia Provincial señalaba especialmente que:

“(…) que obliga a examinar la cuestión desde la perspectiva de la doctrina del Tribunal Constitucional (...), doctrina en base a la cual, como norma general, no puede hacerse un primer pronunciamiento condenatorio en la alzada tomando como fundamento del mismo las declaraciones de los acusados y testigos prestadas en el juicio oral celebrado ante el tribunal de la primera instancia, no pudiendo tenerse en cuenta pues aquellas pruebas que para su valoración son precisos los principios de inmediación, oralidad (...) cuando las mismas no se han practicado ante el Tribunal que haya de pronunciar la condena, siendo posible ésta cuando la cuestión a debatir sea de tipo jurídico, cuando existan otras pruebas de cargo (...) que no precisan del debate público y contradictorio para ser examinadas o cuando se hayan practicado nuevas pruebas en la segunda instancia.

Dicho esto, la doctrina (...) ha sido matizada en algunos aspectos. (...) [Por una parte], (...) que la prueba pericial (...) podría ser valorada (...) sin (...) reproducir íntegramente el debate (...) [cuando la] Audiencia valora la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta. (...) [Por otra parte], no era necesario reproducir en la segunda instancia el debate procesal (...), puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso.

(...)”.

10. En su Sentencia, la Audiencia Provincial se refería a los informes periciales examinados por el Juez de lo Penal y apuntaba que las conclusiones a las que éste había llegado carecían de fundamento y de exhaustividad. Refiriéndose a hechos que habían sido considerados como acreditados en Primera Instancia, observaba que se desprendían ciertos indicios de los documentos aportados, que ponían de relieve el estado defectuoso del vehículo, y mencionaba a este respecto la declaración efectuada ante ella por uno de los testigos.

11. A la vista de estos argumentos, la Audiencia Provincial concluía que:

“la lógica racional lleva a entender, a diferencia de lo que hace la Sentencia impugnada, que estas circunstancias no eran conocidas por el recurrente, ya que la experiencia enseña que un vehículo de segunda mano no se compra solo por su apariencia externa (...) la Sala considera que efectivamente no pertenece a Jesús Manuel la firma del contrato de compraventa y que este se hizo a posteriori.

(...)

(...) que le fue ocultado [el estado del vehículo] por los acusados, respecto de los cuales la sentencia de la primera instancia no dice que ellos no tuvieran noticia del mal estado del turismo vendido, sino que no consta que lo ocultaran al comprador. Ocultación que la sala entiende que sí se dio, lo que integra el delito de estafa ya que mediante un engaño coincidente con la negociación de la compra vehículo, indujeron a error al comprador llevándole a comprar un bien que de haber sabido sus características no hubiese adquirido, lo que supone la figura del delito tipificado en los artículos 248 y 249 del Código Penal.”

12. Por otra parte, en lo que respecta al delito de falsedad, la Audiencia Provincial confirma la absolución porque, para determinar cuál de los dos acusados había cometido los hechos que se reprochan, hubiera sido preciso para ello valorar de nuevo las periciales practicadas por el Juez *a quo*, y por tanto abordar algunas cuestiones que quedaban fuera de su competencia.

13. Uno de los magistrados formuló un voto particular discrepante. Discutía, por una parte, la valoración de las periciales efectuada por la Audiencia Provincial y deploraba, por otra, una ausencia en el Derecho español de medios de recurso contra las sentencias de las Audiencias Provinciales dictadas a raíz de la interposición de un recurso de apelación.

14. Los demandantes solicitaron la nulidad de las actuaciones alegando que el principio de inmediación no había sido respetado.

15. Mediante auto de 31 de marzo de 2009, la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó la solicitud de los demandantes considerando que la Sentencia recurrida había respetado las exigencias constitucionales relativas a la posibilidad de revisión en apelación de las Sentencias absolutorias pronunciadas en Primera Instancia. Indicaba que los medios de prueba que habían sido tomados en cuenta por la Sentencia recurrida sólo atañían a los que habían sido practicados en el respeto del principio de inmediación o incluso a aquellos en los que la valoración no exigía el respeto de este principio en razón a su naturaleza documental intrínseca.

16. Los demandantes recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional. En apoyo de su recurso, invocaban el artículo 24 § 2 de la Constitución (derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia).

17. Mediante Sentencia notificada el día 25 octubre 2011, el Alto Tribunal desestimó el recurso de amparo. Apuntaba en primer lugar que, para llegar a su conclusión, la Audiencia Provincial había tomado en cuenta los elementos de prueba documental, así como los informes periciales y los dos nuevos testimonios recogidos en la audiencia de apelación. Consideraba que el conjunto de estos elementos había permitido a la Audiencia Provincial concluir que el delito de estafa existía.

18. A este respecto, el Alto Tribunal constataba, por una parte, que del expediente no se desprendía que el representante de los demandantes hubiera solicitado el interrogatorio de sus clientes ante la Audiencia Provincial y, por otra, que estos no podían ampararse en los límites del artículo 790 § 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Tribunal Constitucional recordaba así su propia jurisprudencia según la cual había interpretado de manera favorable la práctica, ante la jurisdicción de apelación, de pruebas de carácter personal – como los testimonios – ya practicados ante el tribunal *a quo*, cuando se trataba de impugnar los hechos considerados acreditados (entre otras, STC 120/2009 de 18 de mayo de 2009, F.J. 2 d)).

19. En lo que se refiere a la necesidad de oír personalmente a los acusados, el Tribunal Constitucional subrayaba que la Audiencia Provincial había realizado una nueva valoración de los hechos considerados acreditados por el Juzgado de lo Penal y los había modificado al margen de consideraciones estrictamente jurídicas. Estimaba que correspondía a la Audiencia Provincial el oír a los interesados.

20. El Tribunal Constitucional señalaba que, con el fin de cumplir con esta exigencia constitucional, la Audiencia Provincial no se había limitado a notificar, con arreglo al artículo 791 § 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Auto dictado el 10 de noviembre de 2008 al representante de los demandantes. Apuntaba, en efecto, que esta jurisdicción había acordado de oficio la citación personal de los demandantes, cuando ésta no estaba prevista por la Ley y que sólo el segundo demandante había comparecido en la audiencia. A este respecto, observaba que la Audiencia Provincial había planteado este punto ante las partes en la audiencia pública sin obtener, sin embargo, reacción alguna por su parte.

21. Para el Tribunal Constitucional, se había garantizado suficientemente el derecho de los demandantes a defenderse ante la Audiencia Provincial mediante la citación a comparecer, lo que había permitido a los interesados, de esta manera, ser oídos en la audiencia pública aun cuando no se habían aprovechado de esta posibilidad.

22. Al analizar la queja respecto de la presunción de inocencia, el Alto Tribunal constataba que la condena de los demandantes se había producido tras la práctica de un conjunto de pruebas conforme a los principios de contradicción, intermediación y publicidad del procedimiento. Para el Tribunal Constitucional, no se podía ver ningún indicio de arbitrariedad en la conclusión a la que llegó la Audiencia Provincial.

II. EL DERECHO Y LA PRÁCTICA INTERNOS APLICABLES

1. En lo que aquí interesa, los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente en el momento del proceso de los demandantes, estaban así redactados:

Artículo 790 § 3

“En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, (...), y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.”

Artículo 791

“1. Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

2. El Secretario judicial señalará la vista dentro de los quince días siguientes y a ella serán citadas todas las partes (...).

La vista se celebrará empezando, en su caso, por la práctica de la prueba. A continuación, las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.”

2. La sentencia del Tribunal Constitucional 170/2005 de 20 de junio de 2005 resume el enfoque dado por las jurisdicciones nacionales en lo relativo a la necesidad de celebrar una audiencia pública en apelación. En lo que aquí interesa, los pasajes de dicha Sentencia están así redactados:

“(…) En efecto, tanto la STC 167/2002 como las Sentencias posteriores que han apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en aplicación de esta doctrina y que la han ido perfilando, resuelven supuestos en los que, tras una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales) en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin intermediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (...).

Sin embargo, este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de intermediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 230/ 2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1).

Y desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación 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». Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/2005, de 9 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5, y 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 §§ 1 Y 2 DEL CONVENIO

3. Invocando el artículo 6 § 1 del Convenio, los demandantes se quejan de una vulneración de su derecho a ser oídos y denuncian la legislación interna entonces vigente— a saber la Ley de Enjuiciamiento Criminal – en el sentido de no prever la posibilidad de que los acusados sean oídos en la apelación. Por otra parte, los demandantes indican que la Audiencia provincial ha modificado los hechos considerados acreditados en Primera Instancia y, a este respecto, consideran que todas las pruebas practicadas ante el Juez de lo Penal deberían haber sido reproducidas ante la jurisdicción de apelación. Desde la perspectiva del artículo 6 § 2 del Convenio, estiman finalmente que su condena ha vulnerado igualmente su derecho a la presunción de inocencia.

4. Dueña de la calificación jurídica de los hechos de la causa (*Gatt c. Malta*, nº [28221/08](#), § 19, CEDH 2010, y *Jusic c. Suiza*, nº [4691/06](#), § 99, 2 de diciembre de 2010), el TEDH estima más adecuado examinar las quejas de los demandantes desde la perspectiva del artículo 6 § 1 del Convenio solamente y que, en lo que aquí interesa se lee como sigue:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa (...) por un Tribunal (...), que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)”.

A. Sobre la admisibilidad

27. Al constatar que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio, y que por otra parte no incurre en ninguna otra causa de inadmisibilidad, el TEDH la declara admisible.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

5. El Gobierno expresa en primer lugar su posición sobre la manera en que la Audiencia Provincial ha llegado a la conclusión de culpabilidad de los demandantes. A este respecto, considera que la jurisdicción de apelación se ha limitado a rectificar la decisión del Juez de lo

Penal en base a los medios de prueba que, o no habrían exigido el principio de inmediación (es decir la prueba documental), o que habrían sido practicados en la vista pública celebrada ante la propia jurisdicción de apelación (en este caso los dos testimonios). Estima que, tras examinar estos elementos, la Audiencia Provincial ha llegado a una conclusión razonable, motivada y carente de arbitrariedad. Refiriéndose al principio de subsidiaridad y al margen de apreciación del que gozan los Estados, el Gobierno invita al TEDH a respetar dicha conclusión.

6. El Gobierno aborda a continuación la cuestión de saber si el cambio de conclusión litigioso necesitaba que los demandantes fueran oídos. A este respecto, se refiere a la explicación detallada del Tribunal Constitucional en su Sentencia, y alega que el representante de los demandantes no solicitó el interrogatorio de sus clientes ante la Audiencia Provincial ni en ningún momento de la vista pública ni tras las declaraciones de los testigos cuando le hubiera sido posible rebatirlas por esta vía. El Gobierno indica, por otra parte, que la Audiencia Provincial no se limitó a notificar la decisión en la que se señalaba la fecha de celebración de la vista pública al representante de los demandantes: afirma que acordó de oficio citar personalmente a los demandantes aun cuando la Ley no prevé esta posibilidad. Indica también que sólo el segundo demandante se personó en la audiencia, que la Audiencia Provincial abordó la cuestión de la comparecencia de los acusados ante las partes, pero que éstos no dieron ninguna explicación al respecto. El Gobierno considera que, al actuar de esta manera, la Audiencia Provincial ha garantizado el derecho de los demandantes a estar presentes en la audiencia pública y a que sus derechos estuvieran protegidos en el respeto del Convenio, y que por tanto ha respetado tanto las exigencias constitucionales como las que resultan de la jurisprudencia del TEDH.

7. Por su parte, los demandantes indican que la Audiencia Provincial ha modificado parcialmente los hechos considerados acreditados por el Juzgado de lo Penal y opinan al respecto que el cambio de conclusión, operado de esta manera por la jurisdicción de apelación, va más allá de una mera rectificación de la conclusión realizada por el Tribunal de Primera Instancia – a diferencia de lo alegado el Gobierno. Afirman que la nueva valoración no ha concernido a elementos exclusivamente jurídicos, puesto que la jurisdicción de apelación se habría pronunciado sobre cuestiones puramente fácticas. Estiman por tanto que los medios de prueba ya practicados hubieran debido ser reproducidos ante la Audiencia Provincial y que, en cualquier caso, esta jurisdicción hubiera debido interrogarles con el fin de respetar el principio de inmediación.

8. Refiriéndose al argumento del Gobierno relativa a la ausencia de solicitud, por su parte, de ser oídos ante la Audiencia Provincial, los demandantes indican que la Ley española no prevé tal posibilidad. Consideran que no se les puede por tanto criticar no haber utilizado una vía que no estaba abierta por la Ley.

2. La valoración del TEDH

a) Principios generales

9. El TEDH reitera su jurisprudencia según la cual la comparecencia de un acusado adquiere una capital relevancia en aras de un proceso penal justo y equitativo. (*Lala c. Países Bajos*, 22 de septiembre de 1994, § 33, serie A n° 297-A, *Poitrimol c. Francia*, 23 de noviembre de 1993, § 35, serie A n° 277 A, y *De Lorenzo c. Italia* (dec.), n° [69264/01](#), 12 de febrero de 2004), la obligación de garantizar al acusado el derecho a personarse en la sala de audiencia – ya sea en el primer procedimiento en contra suya, o en un nuevo proceso – al ser uno de los elementos esenciales del artículo 6 del Convenio (*Stoichkov c. Bulgaria*, n° [9808/02](#), § 56, 24 de marzo de 2005).

10. La comparecencia personal del acusado no adquiere sin embargo la misma relevancia en la apelación que en primera instancia (*Kamasinski c. Austria*, 19 de diciembre de 1989, § 106, serie A n° 168, § 106). Así, ante un Tribunal de apelación que cuenta con plena jurisdicción, el artículo 6 del Convenio no garantiza necesariamente el derecho a una audiencia pública ni, si tal audiencia tuviera lugar, el de asistir personalmente a los debates (ver, *mutatis mutandis*, *Golubev c. Rusia*, dec., n° [26260/02](#), 9 de noviembre de 2006, y *Fejde c. Suecia*, 29 de octubre de 1991, § 33, serie A n° 212-C).

11. Sin embargo, el TEDH ha declarado igualmente que, cuando una instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto de hecho y de derecho y estudiar la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia en su conjunto, tal reexamen debería conducir a una nueva audiencia integra de las partes interesadas (*Ekbatani c. Suecia*, 26 de mayo de 1988, § 32, serie A n° 134).

12. El TEDH ya ha tenido la oportunidad de aplicar estos principios en asuntos españoles y ha considerado que, con el fin de determinar si se había producido violación del artículo 6 del Convenio, convenía analizar el papel de la Audiencia Provincial y el carácter de las cuestiones de las que debía conocer esta jurisdicción. En efecto, en las causas que se han presentado relativas a esta problemática, el TEDH ha considerado que una audiencia se revela necesaria cuando la jurisdicción de apelación realiza una nueva valoración de los hechos considerados acreditados en Primera Instancia y los estudia de nuevo, situándose así al margen de consideraciones estrictamente jurídicas (ver, entre otras, *Valbuena Redondo c. España*, n° 21460/08, 13 de diciembre de 2011, y *Pérez Martínez c. España*, n° 26023/10, 23 de febrero de 2016). En semejante caso, el reexamen de la culpabilidad del acusado debe conducir a una nueva audición integra de las partes interesadas: de esta manera, se impone una audiencia en presencia del acusado antes de que una sentencia sobre la culpabilidad de este último sea dictada (*Lacadena Calero c. España*, n° 23002/07, § 38, 22 de noviembre de 2011, e *Igual Coll c. España*, n° 37496/04, § 36, 10 de marzo de 2009).

b) Aplicación de estos principios al presente caso

13. El TEDH constata que la causa que le ha sido presentada ofrece ciertas peculiaridades con respecto a los casos anteriormente citados. En efecto, no se discute que una audiencia se ha celebrado ante la Audiencia Provincial de Zaragoza en la que el segundo demandante se personó. El TEDH observa igualmente que el primer demandante había sido citado personalmente a comparecer, que no estaba presente el día de la audiencia y que el representante de los demandantes, que sí se había personado ante la Audiencia Provincial, no dio ninguna explicación sobre esta no comparecencia. Apunta también que, en el transcurso de la audiencia, los dos testigos propuestos por la acusación particular fueron oídos.

14. A este respecto, el TEDH señala que, en su Sentencia notificada el 25 de octubre de 2011, el Tribunal Constitucional reprochaba a los demandantes no haber hecho uso de las posibilidades de las que disponían para solicitar ser oídos ante la Audiencia Provincial. El TEDH suscribe este planteamiento, y estima que los demandantes hubieran podido en efecto, solicitar inicialmente ser oídos en el momento en el que la jurisdicción de apelación les informó de la existencia de un recurso contra la sentencia de 25 de junio de 2008. Rechaza en este punto el argumento de los demandantes, que se han amparado en los límites de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como ha sido recordado por el Alto Tribunal, está suficientemente acreditado que la jurisprudencia constitucional permite practicar de nuevo las pruebas de carácter personal (como los testimonios) ya practicadas ante la jurisdicción de Primera Instancia en caso de impugnarse hechos acreditados (párrafo 18 anterior).

15. Por otra parte, el TEDH apunta, a semejanza del Alto Tribunal, que, tras la audición de los testigos ante la Audiencia Provincial, el representante de los demandantes omitió proponer el interrogatorio de sus clientes, cuando esto le hubiera permitido impugnar las declaraciones de dichos testigos.

16. El TEDH, a continuación, vuelve sobre la cuestión de si, en el presente caso, la audiencia de los acusados en apelación constituía una exigencia resultante de los derechos de la defensa. A este respecto, conviene referirse al razonamiento del Tribunal Constitucional, quien, tras haber citado exhaustivamente a la jurisprudencia del TEDH, consideró que la jurisdicción de apelación había realizado una nueva valoración de los hechos considerados acreditados por el Juez de lo Penal y que era por tanto necesario oír a los demandantes. Tras analizar de manera muy detallada la tramitación realizada por la Audiencia Provincial, el Tribunal Constitucional, estimó, mediante argumentos que no pueden considerarse arbitrarios o irrazonables, que la citación personal de los demandantes, acordada de oficio por la jurisdicción de apelación, permitió a estos últimos ser oídos y había por tanto garantizado el derecho de los interesados a defenderse. El TEDH suscribe esta conclusión y opina que ninguna falta de diligencia se le puede reprochar a la Audiencia Provincial en lo que se refiere al derecho de los demandantes a que su causa fuera justamente oída. En efecto, habida cuenta de la naturaleza de las cuestiones planteadas en la apelación (las cuales incluían la práctica de nuevas pruebas), la Audiencia, por propia iniciativa, procedió a citar personalmente a los demandantes a la audiencia pública, lo que les habría permitido intervenir, si ésta hubiera sido su intención. El primer demandante no se presentó a la audiencia, sin que su representante justificara su ausencia (párrafo 7 anterior). En cuanto al segundo demandante, estaba, junto a su representante, presente en la audiencia pero no deseó intervenir. El TEDH tiene en cuenta estos elementos y considera que son los propios demandantes quienes han renunciado a la práctica de esta posibilidad ofrecida por la Audiencia Provincial (ver, *mutatis mutandis*, *Kashlev c. Estonia*, nº 22574/08, §§ 45-46 y 51, 26 de abril de 2016).

17. Finalmente, el TEDH estima necesario examinar la queja de los demandantes relativa a la necesidad de reproducir la totalidad de las pruebas ya practicadas ante el Juez de lo Penal. Recuerda que, si el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, no regula, sin embargo como tal, la admisibilidad de las pruebas, materia que compete, en primer lugar al Derecho interno (*Schenk c. Suiza*, 12 de julio de 1988, §§ 45-46, serie A nº 140, *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 de junio de 1998, § 34, *Compendio de sentencias y decisiones* 1998-IV, y *Heglas c. Republica checa*, nº 5935/02, § 84, 1 de marzo de 2007). En efecto, la tarea del TEDH consiste en examinar si el procedimiento, incluida la forma de obtención de las pruebas, ha sido justo en su conjunto.

18. A la luz de los argumentos precedentes, el TEDH no ve ninguna razón válida para alejarse de las conclusiones a las que llegaron las jurisdicciones internas, y, especialmente, el Tribunal Constitucional. En efecto, los demandantes tenían la posibilidad de estar presentes en la audiencia y de expresarse con este motivo sobre la nueva valoración de los hechos, pero no hicieron uso de esta facultad. Por tanto, el TEDH concluye que no se ha producido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;
2. *Falla* que no se ha producido violación del artículo 6 § 1 del Convenio;

Hecho en francés, y comunicado posteriormente por escrito el día 20 de septiembre de 2016, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento.

Fatoş Aracı
Secretaria adjunta

Helena Jäderblom
Presidenta

Nota: Todas las citas referentes a resoluciones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o disposiciones nacionales, son transcripciones de los originales en español de dichos documentos.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro
documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO JIMÉNEZ LOSANTOS c. ESPAÑA

(Demanda nº 53421/10)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

14 de junio de 2016

*Esta sentencia adquirirá carácter de firmeza en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2
del Convenio. Puede sufrir correcciones de estilo.*

En el caso Jiménez Losantos c. España,

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

Helena Jäderblom, *presidenta*,
Helen Keller,
Johannes Silvis,
Branko Lubarda,
Pere Pastor Vilanova,
Alena Poláčková, *jueces*,
Blanca Lozano Cutanda, *jueza ad hoc*

y Stephen Phillips, *secretario de sección*,

Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 17 de mayo de 2016,

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso tiene su origen en una demanda (nº 53421/10) interpuesta ante el TEDH contra el Reino de España por un nacional de este Estado, el Sr. Federico Jorge Jiménez Losantos (“el demandante”), el día 1 de septiembre de 2010, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”).

2. El demandante ha estado representado por la letrada, Doña C. Peña Carles, abogada ejerciendo en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”) ha estado representado por su agente, Don F. de A. Sanz Gandasegui, Abogado del Estado, entonces Jefe del Área de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

3. El demandante, periodista, se queja de una violación del artículo 10 del Convenio. Alega que su condena penal por un delito continuado de injurias graves con publicidad proferidas contra el ex Alcalde de Madrid, ha vulnerado su derecho al respeto a la libertad de expresión.

4. El día 23 de noviembre de 2012, la demanda fue trasladada al Gobierno.

5. A raíz de la inhibición del Sr. Luis López Guerra, Juez elegido a propuesta de España (artículo 28 del Reglamento de Procedimiento), el Presidente de la Sala designó, el 18 de septiembre de 2015, a la Sra. Blanca Lozana Cotanda para ocupar su puesto en calidad de jueza ad hoc (artículos 26 § 4 del Convenio y 29 § 1 a) del Reglamento de Procedimiento del TEDH

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. El demandante nació en 1951 y reside en Madrid. Es periodista.

7. El día 27 de junio 2006, R. G., a la sazón Alcalde de Madrid, interpuso denuncia penal ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid contra el demandante, por un presunto delito de injurias proferidas en el marco del programa radiofónico “*La mañana*”, cuyo director era el demandante, difundido por la cadena de radio “*Cadena de ondas populares (COPE)*”. Las injurias en cuestión habrían sido proferidas por el demandante los días 8, 9, 10 y 12 de junio de 2006 y habrían versado sobre unas declaraciones efectuadas por R.G. el 7 de junio de 2006 y sobre las actividades políticas de éste en relación con los atentados terroristas que habían ocurrido en Madrid el 11 de marzo de 2004 (atentados denominados como “11-M”), tres días antes de las elecciones legislativas del 14 de marzo de 2004, ganadas por el Partido Socialista (PSOE) ante el Partido Popular (PP), hasta entonces en el poder.

8. Los días 18 y 29 septiembre, 20 de octubre y 1 de diciembre de 2006, R.G. amplió su denuncia a unas injurias que habrían sido proferidas por el demandante los días 13, 15 y 21 de septiembre, 9 de octubre y 28 y 29 de noviembre 2006.

9. Mediante sentencia de 11 de junio de 2008, el Juzgado de lo penal nº 6 de Madrid consideró al demandante culpable de un delito continuado de injurias con publicidad, infracción regulada por los artículos 208, 209, 211 y 74 del Código Penal. El interesado fue condenado a una pena de doce meses de multa a razón de 100 euros diarios con una pena sustitutiva de privación de libertad cuya modalidad era la siguiente: el impago del importe de la multa de dos días, es decir 200 euros, acarrea la privación de libertad de un día.

10. El Juez de lo penal explicó en su sentencia el contexto en el que se produjeron las declaraciones de R.G. a las que se refería el demandante en los programas de radio litigiosos. La sentencia consideró probado lo siguiente:

“ (...) el miércoles 7 de Junio de 2.006, D. Alberto Ruiz Gallardón, en un acto convocado por el Diario ABC, al ser preguntado "Al margen de la situación concreta de Madrid en general como reflexiones para el centro derecha en España usted en su intervención yo al menos he podido ver algunos elementos ideológicos y otros que son estratégicos. Parece que apuesta por un moderantismo y se ha referido a no contaminarse con el radicalismo de la izquierda gobernante y ha planteado también creo que una estrategia al decir que no se cansa de insistir en que no se insista sobre las fechas precedentes al 14 de Marzo. ¿Usted cree que esta es una idea ampliamente compartida en el Partido Popular [en adelante PP] o todavía tanto en la cuestión ideológica del moderantismo como en la cuestión táctica de lo que precedió al 14 M [de 2004, fecha de las elecciones legislativas] hay discrepancias?

[R.G.] contestó:

(...) y en segundo lugar, 14 de marzo. Yo sí creo que este gobierno [socialista] lo debemos sustituir por la mala gestión que ha hecho de la confianza que el 14 de marzo la mayoría de los españoles depositaron en él. Y que volver al debate de por qué depositaron esa confianza puede traer el efecto perverso de distraer los profundos errores de gestión que el gobierno ha realizado desde el 14 de marzo. Hablar [sobre lo que ha sucedido] del 11 al 14, podría hacer pensar a algunos ciudadanos que no tenemos argumentos del 14 aquí para proponer una sustitución del gobierno. Y los tenemos muy sólidos. Yo creo que en una democracia, al margen de cuáles fueran las circunstancias, y todos sabemos cuáles fueron las circunstancias, yo creo que este gobierno no merece continuar cuatro años más como consecuencia de haber dilapidado esa confianza que recibió de los ciudadanos. Y creo, y es la tercera pata de mi argumentación, que además de construir con moderación, además de argumentar los errores de gobierno, nosotros tenemos que hacer una propuesta de futuro. Los ciudadanos votan futuro. Siempre en todas las elecciones hay dos partidos: uno que representa al pasado y las pierde; y otro que representa al futuro y las gana y eso ocurre en cualquier sistema democrático. Y nosotros tenemos que convocar al futuro a los ciudadanos españoles y solamente desde esa convocatoria, con ideas, con proyectos, avalados por Madrid, equipos avalados por la gestión de allí donde hemos tenido responsabilidades de gobierno, solamente desde esa convocatoria de futuro conseguiremos que sean más los que nos apoyen que los que se distancien.

¿Eso significa dar por bueno lo ocurrido entre el 11 y el 14? No. ¿Eso significa no insistir en los errores del Gobierno? Rotundamente no, es nuestra obligación hacerlo. Pero eso sí significa que cuando se pretende gobernar España tú tienes que llamar a un proyecto que desde esta generación esté trabajando para la siguiente, y no caer, y vuelvo al efecto mimético del radicalismo, en revisionismos históricos o en miradas hacia atrás, que forman parte más de los equipajes sentimentales de cada uno de nosotros o del trabajo de las cátedras de investigación (...).”

11. La sentencia incluía unos pasajes que reproducían las expresiones utilizadas por el demandante en los programas de radio litigiosos:

“QUINTO.-: (...) El 8 de junio de 2006: “Tú lo que estás diciendo, tú Alcalde, tú Gallardón, es que te da igual que haya 200 muertos, 1.500 heridos y un golpe brutal para echar a tu partido del gobierno, te da igual con tal de llegar tú al poder. (...) te conocemos hace tanto tiempo, has sido tan redomadamente traidor al fondo y a las formas de tu partido (...)

Y como llevaba ya dos meses sin demostrar que quiere llegar a la Moncloa como sea, como Zapatero, como sea, pues está dispuesto a llegar como sea también por encima de los 192 muertos. Vamos a ver, el primer argumento, Gallardón, el primer argumento que tiene que tener el partido de la oposición es ser decente, ser honrado, respetar a los ciudadanos, no ser un lacayo de la oposición o del gobierno, en tu caso da igual... de Polanco. Lo primero que tiene que demostrar el PP es que es capaz de pedir y conseguir que se haga justicia a 200 muertos y 1500 heridos en tu pueblo, Alcalde, que te debería dar vergüenza, en tu pueblo, que es el nuestro, que es la capital de España.

Je, je, este [R.G.] no miente más porque no tiene tiempo, va siempre muy acelerado.

Lo único que me fastidia es que un tío que está abiertamente en contra de la Asociación de Víctimas del Terrorismo, vaya a la manifestación a montar un numerito a lo Bono”.

El 9 de junio de 2006: “Ayer comentábamos unas declaraciones de Gallardón al diario ABC diciendo que el 11 M, nada, pasar página, olvidar, hay que mirar al futuro, es decir que 192 muertos, 1.500 heridos; Pero ¿cómo te vas a olvidar de 3.000 muertos? Pero, ¿cómo te vas a olvidar siendo Alcalde de Madrid de 200? ¿Por qué lo hace, Gallardón? Pues para hacer el caldo gordo a Polanco y al PSOE.

Él puede estar contento con que los terroristas se unan al PSOE y festejen la abolición de la escolta por seis meses (ya veremos lo que dura) pero nosotros estaremos siempre con las víctimas del terrorismo. Esto naturalmente para un farsante redomado parece difícil de entender.

Alcalde Madrid anuncia querrela criminal contra Jiménez Losantos ¡Criminal! ¡Criminal yo! jo jo jo. Este pobre hombre (...). Yo dije que cuando un tío dice, siendo Alcalde de Madrid, que no hay que investigar el 11 M, cuando es evidente que nos han engañado, que nunca fue Al-Qaeda, que no sabemos quién ha sido pero si sabemos quién ha sembrado de pruebas falsas el sumario y si sabemos a quién ha beneficiado la masacre, lo sabemos perfectamente, ahí está en la Moncloa y ahí están en el País Vasco mandando (...). Alcaldía, 200 muertos, 1.500 heridos y un golpe brutal para echar a tu partido del gobierno. Te da igual, Gallardón, con tal de llegar tú al poder. ¿Dónde está lo criminal [de mi conducta]? ¡Si has dicho que no se investigue siquiera el 11 M!”.

El 12 de junio de 2006: “Me tocó pedir, después del numerito que montó para hacer méritos ante Prisa, porque este farsante, porque es un pobre farsante, que tolera que los actores le ataquen, le injurien, le tiren piedras, le escupan, a él, a su sede de su partido, le llamen asesino, le llamen asesina a su concejala y escudo Ana Botella, rehén de Aznar para llegar él a la presidencia del PP, éste en cambio no permita o no acepte que le diga la COPE le digan algo que está a la vista de todo el mundo sobre todo después de sus manifestaciones dos días antes de empeñarse en ir para afrentar, para manipular vilmente a la Asociación de Víctimas del Terrorismo, que él no quiere investigar el 11 M. O sea que 200 muertos como si son 500. ¿Vas a comparar la importancia de 200 muertos, 1.500 heridos y un golpe político-mediático brutal para cambiar la política española, vas a comparar eso con la carrera política de Gallardón? ¡Por favor!

Pero hay una parte de España que de ninguna manera; ni comulga con ruedas de molino, ni acepta que no se investigue el 11 M, repito, ni acepta que no se investigue el 11M, repito otra vez, ni acepta que no se investigue el 11M para que quede impune el asesinato de 192 personas, 1.500 heridos y un golpe brutal para echar al PP del gobierno. Esto salvo a Gallardón, a casi todos nos parece mal.

Por eso es tan importante que Gallardón intente tapar ese mecanismo miserable, abyecto, ilegal e inmoral de ocultación de la masacre, de no investigar la masacre, de hacer que salgan impunes los autores de 192 asesinatos, de esos 1.500 heridos y un cambio brutal y radical de toda la política de España.

Pero mienten, mienten, mienten. El 11M, el 11M, 200 muertos, 1500 heridos y un auténtico golpe de Estado posmoderno, político y mediático que llevó al PP del poder a la oposición y, desde entonces todo ha cambiado en España, empezando por España, que ya no existe. Y quiere Gallardón, y quiere el ABC, quiere el Abecedón, quiere el Gallardecé, quieren ambos, es decir, quiere Polanco- a quien sirven- que se tape.

Y Gallardón respalda al Gobierno en que no se investigue el asesinato de 192 personas para cambiar el Gobierno de España, previa manipulación por la Cadena SER. ¿Por qué no quieres investigar Gallardón? ¿Qué esperas? ¿Qué temas que encuentren? ¿Por qué respaldas a un juez que no instruye el sumario? ¿Te da lo mismo 192, 1.500 heridos y una patada en el tafanario al que se supone, es tu partido... para echarlo del poder, te da igual?".

El 13 de septiembre de 2006: "Pero lo peor es el trabajo sucio de ABC que de nuevo saca a Gallardón como modelo de no mirar al 11-M, un Alcalde de Madrid que no quiere saber quién mató a 192 personas y luego se querella contra mí porque digo que le importa más el poder. Pero vamos a ver Alcaldín, qué estás haciendo más que decir que no se investigue ¿o es que te parece que somos todos idiotas?

Vamos con Montilla, vamos con Montilla y con el nuevo fichaje del PP que acaba de llegar (...) Más agradable de aspecto que Gallardón, que es que cada día tiene cara de bantú cabreado más cabreado, cada día está más enfadado (...).

Mientras que como tú eres de Polanco tú eres un elemento ajeno al PP, tú eres un estorbo, tú eres una calamidad, tú no eres un Alcalde, tú eres un obstáculo para averiguar el 11-M."

El 21 de septiembre de 2006: "¿Se puede presentar a la alcaldía de Madrid un señor que dice que no hay que investigar la mayor masacre producida en Madrid y en la historia de España?

Ayer confirman que Gallardón será candidato a la Alcaldía de Madrid, debe ser por su negativa como Alcalde a que se investigue la masacre de Madrid del 11-M."

El 9 de octubre de 2006: "El problema es que el Alcalde de Madrid sigue empeñando en defender la postura del PSOE en el 11-M. Es decir, mentir a toche y moche, engañar a los jueces, inventar informes, falsificarlos.

Ya sabemos que a usted las víctimas le preocupan enormemente, tanto que su deseo fundamental es darle carpetazo al asunto".

El 28 de noviembre de 2006: "Gallardón, Alcalde de Madrid, queremos saber quién mató a 200 personas, hirió y mutiló a 2000 para echar al PP del Gobierno de España y cambiar la política antiterrorista, queremos saber. Tú no pero los españoles decentes, en su mayoría sí.

Gallardón, el Alcalde de Madrid que no quería saber nada del 11-M".

El 29 de noviembre de 2006: "Es que hasta el halago a Polanco debería tener sus límites, es que la genuflexión ante la hipocresía debería tener un límite siquiera estético señor Alcalde, no se va a caer a la zanja por ser mínimamente digno, por tener un mínimo respeto a las víctimas del 11-M, 200 muertos, 1.500 heridos y mutilados.

Gallardón no puede seguir diciendo... no puede seguir trabajando junto al ABC en la denigración de los policías decentes...

A lo mejor el Alcalde es que se ha propuesto como penitencia leerse el sumario y a partir de ahí empezar a actuar decentemente como representante de la ciudad donde se cometió la masacre”.

12. En lo que respecta a la veracidad de las imputaciones formuladas contra R.G., el Juzgado de lo Penal nº 6 de Madrid examinó los comentarios efectuados por el demandante en los programas en cuestión, considerando que dicha veracidad no había sido probada. Se expresó en los siguientes términos:

“CUARTO.-: Del relato fáctico resulta que el acusado ha proferido frases en las que imputa hechos al querellante [R.G.]: [el acusado ha mantenido] que en el foro de ABC había dicho que no investigara el 11-m, que había que olvidarlo, que intentaba tapar o que se tape el 11-M y que se había gastado el dinero de los contribuyentes en la presentación de la querrela. El 9 de junio de 2006 dijo: “Ayer comentábamos unas declaraciones de Gallardón al diario ABC, diciendo que el 11-M nada, pasar página, olvidar, hay que mirar al futuro” y ¿Dónde está lo criminal?, Si has dicho que no se investigue siquiera el 11-M; el 12 de junio: “Por eso es tan importante que Gallardón intente tapar ese mecanismo ... de ocultación de la masacre” y “quiere Gallardón ... que se tape el 11-M”, Gallardón respalda al Gobierno en que no se investigue el asesinato de 192 personas” y el 15 de septiembre de 2006: “Mucha libertad de expresión y muchas narices, pero en cuanto alguien en algún medio le lleva la contraria, a querrellarse, a gastarse el dinero de los contribuyentes”.

13. El Juez razonó su conclusión sobre la falta de veracidad de las alegaciones del demandante de la siguiente manera:

“En el caso presente, no se ha probado la veracidad en relación con las imputaciones realizadas. En el documento 2 (CD) aportado con el escrito de querrela, que obra al folio 34 de autos, consta la pregunta planteada en el acto convocado por el Diario ABC el 7 de junio de 2005 a D. Alberto Ruiz Gallardón y la respuesta que dio y en el plenario se ha procedido a la audición, recogándose en el hecho primero de esta resolución textualmente la pregunta y la respuesta, resultando que se pone en boca del Sr. Ruiz Gallardón cosas que no ha dicho. El propio querellante (Sr. Ruiz Gallardón), al ser interrogado por la defensa en el juicio oral, si dichas declaraciones las realizó en contra de la política de su partido que era seguir investigando el 11 M, contesta que es falso, que las realizó a favor de la política de su partido, apoyando la política de su partido defendiendo la investigación del 11-M, defendiendo la Comisión de Investigación del Congreso, apoyando expresamente las actuaciones de jueces y fiscales y diciendo que nosotros teníamos que construir un proyecto de futuro. Al ser preguntado por la defensa si sus manifestaciones significaban obviar los acontecimientos del 11-M, contesta que no; si sus manifestaciones en el ABC se refieren a que es necesario cambiar la postura política respecto a la investigación del 11-M para atraer votos de centro izquierda y algunos votos del PSOE, dice que es falsa la afirmación de la defensa, que dijo que hay que hacer proyecto de futuro dirigido a las nuevas generaciones y que deducir de ello que quiere que salgan impunes los autores de 192 asesinatos como ha reiterado el acusado múltiples veces es gravemente injurioso. (...)

El testigo [R.G.] manifiesta que estuvo en Atocha viendo morir a muchas personas, que estuvo con los familiares en el tanatorio que se improvisó en Ifema, que pusieron todos los medios para paliar el dolor de las víctimas y colaborar con la justicia y que acusación de que intentara tapar, que no se juzgasen, que saliesen libres los autores de 192 asesinatos es lo más ofensivo que en su vida política se ha dicho de él. (...)

Según los documentos aportados por el acusado, el diario ABC del 8 de junio de 2006, expresaba en sus titulares “Ruiz Gallardón invita a su partido a obviar el 11- M y huir de la radicalización” y, el 9 de junio de 2006, el diario El Mundo expresaba que “Aguirre replica a Ruiz Gallardón que en el PP se habla con moderación. El Vicepresidente de Madrid contradice también al Alcalde en su deseo de Obviar el 11-M”. El documento nº 2 aportado con el escrito de querrela y las declaraciones de los testigos propuestos por la defensa: Dª Esperanza Aguirre, D. Ignacio González, D. Eduardo Zaplana y D. Ángel Acebes, ponen de manifiesto que los titulares de los periódicos parten de un hecho falso: el Sr. Ruiz Gallardón no había dicho que había que obviar el 11-m. (...)

Por su parte, los testigos D. Francisco José Alcaraz Martos, D. Pedro J. Ramírez Codina y D. Luis Francisco Herrero–Tejedor Algar han interpretado las declaraciones del querellante en el mismo sentido que

lo hizo el diario ABC y EL Mundo (...) [Sus] declaraciones ponen de manifiesto que los testigos interpretaron las manifestaciones del querellante en el foro de ABC en el mismo sentido que lo hizo el diario ABC y el acusado”.

14. En lo que respecta al carácter injurioso de las expresiones efectuadas por el demandante, el Juez de lo Penal recordó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual estaban amparadas por la libertad de expresión, no sólo las críticas inofensivas o indiferentes, sino también las que pueden molestar, inquietar o disgustar. Señaló, sin embargo, que en este caso, el acusado había utilizado expresiones insultantes e innecesarias en el ámbito del ejercicio de su libertad de expresión. Anotó también que no había ninguna duda de que las afirmaciones realizadas por el demandante y los calificativos que había empleado eran formalmente vejatorios en cualquier contexto y que las manifestaciones en cuestión habían sido utilizadas, en lo que respecta a la tarea de información o de formación de la opinión, de forma gratuita y habían causado, por añadidura, un perjuicio injustificado a la dignidad del querellante. El Juez recordó que la Constitución no reconocía un supuesto derecho al insulto, precisando que éste sería, además, incompatible con la dignidad de la persona que garantiza su artículo 10 § 1, y señaló que ni la naturaleza política de la crítica ni algunos estilos periodísticos podían justificar unas tales manifestaciones. El Juez precisó que algunas de las expresiones litigiosas (párrafo 10 anterior), habían “traspasado claramente los límites de la libertad de expresión”.

En este caso, juzgó que: “las expresiones proferidas, por su propio sentido gramatical son tan claramente insultantes o hirientes (...); no existe duda alguna de que pretendían, vejar la imagen y dignidad del querellante en forma innecesaria y gratuita y desacreditarle públicamente en su condición de Alcalde de la Villa de Madrid y de miembro del Partido Popular”. El Juez concluyó que la actuación del demandante no estaba protegida por el artículo 20 § 1 de la Constitución y que era constitutiva del delito tipificado en el artículo 208 del Código Penal.

15. El demandante recurrió. Mediante sentencia de 14 de mayo de 2009, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia recurrida.

16. El demandante interpuso entonces un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual fue inadmitido mediante decisión de 29 de marzo de 2010.

II. EL DERECHO INTERNO RELEVANTE Y LOS INSTRUMENTOS APLICABLES ADOPTADOS EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA

17. Las disposiciones de la Constitución Española, en lo que aquí interesa, están así redactadas:

Artículo 18

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Artículo 20

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción;

(...)

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. (...)

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

(...)

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

18. El Código Penal (modificado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre), en lo que aquí interesa dispone lo siguiente:

Artículo 80

“1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

(...)».

Artículo 81

“Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo (...).

2.^a Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad.

3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado (...).”.

Artículo 208

“Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

Artículo 209

“Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses”.

Artículo 211

“La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”.

19. En su Dictamen nº 715/2013 de 9 de diciembre de 2013, la Comisión de Venecia expone la posición del Consejo de Europa sobre las sanciones por difamación refiriéndose a los documentos relevantes del Consejo de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria. Se expresa así:

“(…) 33. En su Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación social (2004), el Comité de Ministros subraya que « la difamación o el insulto por parte de los medios de comunicación social no debería acarrear pena de prisión, salvo si esta pena fuera estrictamente necesaria y proporcionada con respecto a la gravedad de la violación de los derechos o de la reputación ajena, especialmente si han vulnerados otros derechos fundamentales por medio de declaraciones difamatorias o insultantes en los medios de comunicación social, tales como el discurso del odio » En su Recomendación CM/Rec (2011) 7 a los Estados miembros sobre una nueva concepción de los medios, el Comité de Ministros subraya que cualquier acción llevada a cabo contra un medio de comunicación social referente al contenido difundido debe estrictamente respetar las leyes en vigor y en primer lugar el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el Convenio EDH, y cumplir las garantías procesales y que « se presume la libertad de expresión y de información, así como la libertad de los medios de comunicación social ».

34. En sus Recomendaciones 1506 (2001) y 1589 (2003) y, más recientemente, en la Recomendación 1814 (2007) y la Resolución 1577 (2007) hacia una despenalización de la difamación, así como en la Resolución 1920 (2013) sobre el estado de libertad de los medios de comunicación social en Europa, la Asamblea Parlamentaria insta a los Estados a que deroguen o modifiquen las disposiciones en materia de difamación y abolir las penas de prisión. Al denunciar “el recurso abusivo a daños y perjuicios desmesurados en materia de difamación”, subraya que los periodistas demandados por difamación deben poder silenciar sus fuentes.

(…)”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO

20. El demandante se queja de haber sido condenado penalmente en base a una interpretación de las jurisdicciones internas de los hechos de la causa, que califica de parcial, lo que habría vulnerado su derecho a la libertad de expresión. Invoca el artículo 10 del Convenio, redactado de la siguiente manera:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)”

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática (...) la protección de la reputación o de los derechos ajenos (...).”

A. Sobre la admisibilidad

21. Constatando que la demanda no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio y que por otra parte no incurre en ninguna otra causa de inadmisibilidad, el TEDH la declara admisible.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

- **a) El Gobierno**

22. El Gobierno reconoce la existencia de una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del demandante. Sostiene, sin embargo, que esta injerencia era compatible con las exigencias del segundo apartado del artículo 10 del Convenio: a su parecer, estaba “prevista por la Ley”, especialmente por los artículos 18 y 20 de la Constitución y por el artículo 208 del Código Penal que tipifica y castiga el delito de injurias, y que tenía una finalidad legítima, a saber la protección de la reputación de R.G.

23. El Gobierno estima igualmente que la “injerencia era necesaria en una sociedad democrática”, es decir proporcionada al legítimo objetivo que se persigue. Indica que las manifestaciones no sólo eran graves y gratuitamente injuriosas e inexactas, sino que también demostraban una manifiesta mala fe y atribuían al antiguo Alcalde de Madrid unas afirmaciones que éste no habría hecho. Añade que las declaraciones de R.G. en su intervención del 7 de junio de 2006 no revelaban ninguna voluntad de tapar o de olvidar los hechos criminales sobrevenidos el 11-M en Madrid. Estas declaraciones habrían sido totalmente tergiversadas por el demandante, quien habría difundido falsas informaciones según las cuales R.G. se habría mofado de los atentados del 11 de marzo de 2004, habría obstaculizado la investigación correspondiente y habría utilizado estos atentados para promover su carrera política. Por lo tanto, según el Gobierno, cuando el demandante había formulado sus afirmaciones en diversos programas entre junio y noviembre del 2006 en la « *Cadena de ondas populares (COPE)* », no habría enunciado hechos verídicos y no estaría entonces ejerciendo su derecho, amparado por el artículo 20 § 1d) de la Constitución, a comunicar libremente informaciones verídicas.

24. El Gobierno indica, además, que los Tribunales españoles han considerado que estas afirmaciones vulneraban claramente el honor de R.G. y constituían un delito de injurias y que, por tanto, eran merecedoras de sanción, en aplicación del Código Penal, en razón a su gravedad.

25. Admitiendo el carácter de “perro guardián” de la prensa y afirmando ser consciente de que los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un personaje político actuando en su condición pública que con respecto a un simple particular, el Gobierno estima que hay que separar las expresiones que pueden ser insultantes o molestas de las que son específicamente injuriosas o indecorosas, como algunas, a su parecer, de las expresiones utilizadas por el demandante: las manifestaciones del mismo no habrían consistido en informaciones verídicas y no habrían aportado nada al debate público; además, habrían tenido como único objetivo atentar contra la reputación de R. G. y habrían sido reiterativas en el

tiempo durante varios meses; finalmente, habrían sobrepasado la dosis de exageración, incluso de provocación, aceptada por la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad periodística (*Prager y Oberschlick c. Austria*, 26 de abril de 1995, § 38, serie A n° 313, y *Bladet Tromsø y Stensaas, c. Noruega* [GC], n° 21980/93, § 59, CEDH 1999-III).

26. El Gobierno reconoce que el Código Penal debería ser la última de las respuestas a la restricción de la libertad de expresión, pero estima que la injerencia en el derecho al honor de R.G. ha sido de tal intensidad, que la sanción de la conducta del demandante no podía ser más que penal. Además, el Gobierno indica que las jurisdicciones internas que han condenado al demandante, impusieron a éste una mera multa y que sólo en caso de impago, podía ésta acarrear privación de libertad, de manera que el interesado no se habría visto privado de su libertad ni coartado en el ejercicio de su profesión.

27. Por último, el Gobierno hace observar que debe ser respetado el margen de apreciación de las Autoridades nacionales. Concluye que, en este caso, concurrían las condiciones requeridas por la jurisprudencia del TEDH para considerar legítima y justificada la restricción del derecho a la libertad de expresión del demandante y que no se ha producido violación del artículo 10 del Convenio.

- **b) El demandante**

28. El demandante estima que los comentarios que ha formulado no atentaban contra la reputación y el honor de R.G. Añade que ni las expresiones ni las informaciones dichas han sido interpretadas conforme a las exigencias impuestas por la jurisprudencia del TEDH, y mantiene que una interpretación subjetiva de un hecho probado – respecto de las declaraciones efectuadas en esta ocasión por R.G., – no puede ser considerada como falaz. A su parecer, el presente caso atañe a juicios de valor “ácidos” y “mordaces” sobre hechos de actualidad política cuyo conocimiento habría sido necesario para la formación de una opinión pública libre en un Estado democrático.

29. El demandante indica que sus expresiones y opiniones se limitaban a criticar las declaraciones del 7 de junio de 2006 de R.G. Precisa que ha dado ciertamente muestras de agresividad, con un estilo periodístico que le es propio, pero que su interpretación permitía comprender el posicionamiento público de R.G., en razón a las fuertes repercusiones y del gran impacto sobre las víctimas del terrorismo que se habrían generado por las declaraciones de éste en relación con la “investigación política y periodística” de los atentados del 11 de marzo de 2004. El demandante afirma que sus palabras tenían como objetivo informar a la opinión pública de lo que a sus ojos era censurable y que para ello ha utilizado palabras groseras e hirientes, pero necesarias, según él, en relación con los hechos. El demandante se refiere al respecto a la sentencia *Lingens c. Austria* (8 de julio de 1986, §§ 41-43, serie A n° 103) en la que el TEDH se habría pronunciado sobre un asunto prácticamente idéntico al presente caso, que atañía a un representante político considerado “indigno” e “inmoral” por unas declaraciones que habría efectuado. Estima que la utilización de expresiones y afirmaciones que le son recriminadas en los programas de radio en cuestión era la consecuencia de la actuación y del posicionamiento público de R.G. sobre la investigación respecto del 11-M.

30. El demandante considera por último que la integridad de los programas radiofónicos en cuestión sí respondía a una necesidad social, en la medida en que R.G. habría afirmado

públicamente que había que pasar página sobre los atentados y habría, precisamente de esta manera, contradicho la posición de su partido, el PP.

2. La valoración del TEDH

- a) Existencia de una injerencia

31. El TEDH observa que el demandante ha sido condenado por las jurisdicciones penales por delito de injurias, por el hecho de haber expresado de manera reiterada en la radio, entre los meses de junio y noviembre de 2006, unas palabras que habrían atentado gravemente contra la reputación y el honor de R.G. Estima que la condena del demandante constituye una “injerencia de las Autoridades públicas” en su derecho a la libertad de expresión. Una tal intromisión infringe el Convenio si no cumple las exigencias del apartado 2 del artículo 10. Procede por tanto determinar si estaba “prevista por la Ley”, dictada por uno o varios de los fines legítimos respecto de dicho apartado y “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzarlos.

- b) Una injerencia prevista por la Ley

32. El TEDH apunta que la condena del demandante tenía como base legal el texto de los artículos 208, 209 y 211 del Código Penal, que castigan las injurias graves con publicidad. Por tanto, la injerencia litigiosa estaba “tipificada por la Ley”, en el sentido del apartado 2 del artículo 10 del Convenio.

- c) Una injerencia que persigue uno o varios fines legítimos

33. El TEDH observa que la injerencia perseguía uno de los fines enumerados en el artículo 10 § 2 del Convenio, a saber la “protección de la reputación o de los derechos ajenos”, en este caso la de R.G., Alcalde de Madrid en el momento de los hechos.

- d) Una injerencia necesaria en una sociedad democrática

- i. Principios generales

34. El TEDH recuerda a continuación los principios fundamentales que se desprenden de sus sentencias referentes al artículo 10 del Convenio.

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y de la plenitud de cada persona. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10 del Convenio, no es solo válida para las “informaciones” o “ideas” que se reciben con agrado o que se consideran como inofensivas o indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o inquietan; así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe “sociedad democrática” (*Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A n° 24, y *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia* [GC], n°s 21279/02 y 36448/02, § 45). Tal como lo consagra el artículo 10 del Convenio, la libertad de expresión va acompañada de unas excepciones que requieren, sin embargo, una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe determinarse de forma convincente.

35. La prensa juega ciertamente un papel esencial en una sociedad democrática; aun no debiendo rebasar ciertos límites, para amparar especialmente la protección de la reputación y los derechos ajenos; le incumbe, sin embargo, comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general (*De Haes y Gijssels c. Bélgica*, 24 de febrero de 1997, § 37, *Compendio de sentencias y decisiones* 1997-I,

Fressoz y Roire c. Francia [GC], nº 29183/95, § 45, CEDH 1999-I, y *Bédat c. Suiza* [GC], nº 56925/08, § 50, 29 de marzo de 2016). En razón a esta función de la prensa, la libertad periodística implica también el posible recurso a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación (*Gawęda c. Polonia*, nº 26229/95, § 34, CEDH 2002-II).

36. El artículo 10 § 2 del Convenio subraya que el ejercicio de la libertad de expresión entraña unos “deberes y responsabilidades” aplicables también a los medios de comunicación social, incluso cuando se trata de cuestiones de un gran interés general. Estos deberes y responsabilidades pueden revestir una importancia especial cuando se corre el riesgo de atentar contra la reputación de una persona citada nominalmente y de perjudicar los “derechos ajenos”. Así que deben existir unos motivos específicos para poder eximir a los medios de comunicación social de la obligación que habitualmente les incumbe de comprobar unas declaraciones fácticas difamatorias. A este respecto, entran particularmente en juego la naturaleza y el grado de la imputación en cuestión y el saber hasta qué punto pueden razonablemente considerar los medios de comunicación social, las afirmaciones de sus fuentes como creíbles (*Pedersen y Baadsgaard c. Dinamarca* [GC], nº 49017/99, § 78, CEDH 2004-XI).

37. Además, en el ámbito del artículo 10 del Convenio, los Estados contratantes disponen de un cierto margen de apreciación para considerar la necesidad y la magnitud de una injerencia en la libertad de expresión protegida por esta disposición (*Tammer c. Estonia*, nº 41205/98, § 60, CEDH 2001-I, y *Pedersen y Baadsgaard*, anteriormente citada, § 68).

38. Al examinar la necesidad en una sociedad democrática de una injerencia que tenga por objetivo la “protección de la reputación o de los derechos ajenos”, el TEDH puede verse obligado a comprobar si las Autoridades nacionales han ponderado un justo equilibrio en la protección de dos valores garantizados por el Convenio y que pueden revelarse en conflicto en ciertos asuntos: a saber, por una parte, la libertad de expresión según la protege el artículo 10 y, por otra, el derecho al respeto de la vida privada según lo garantizan las disposiciones del artículo 8 (*Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, nº 71111/01, § 43, 14 de junio de 2007, ver también *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia* [GC], nº 40454/07, §§ 90-93, ECHR 2015 (extractos), y *Bédat*, anteriormente citada, § 52).

39. Si la ponderación de estos derechos, por parte de las Autoridades nacionales, se hace respetando los criterios establecidos por la jurisprudencia del TEDH, se necesitan razones serias para que éste sustituya su juicio al de las jurisdicciones internas (*MGN Limited c. Reino Unido*, nº 39401/04, §§ 150 y 155, 18 de enero de 2011, y *Palomo Sánchez y otros c. España* [GC], nºs 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/03, § 57, 12 de septiembre de 2011).

40. Tratándose de la ponderación del derecho a la libertad de expresión y del derecho al respeto de la vida privada, además de contribuir a un debate de interés general, el TEDH toma en cuenta, entre otras cosas, la notoriedad de la persona aludida: los límites de la crítica admisible son más amplios respecto de un hombre político, aludido por esta condición, que de un simple particular. A diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente y conscientemente a un control más atento a sus hechos y gestos, tanto por parte de los periodistas como por la masa de los ciudadanos; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia (*Lingens*, anteriormente citada, § 42, y *Vides Aizsardzības Klubs c. Letonia*, nº 57829/00, § 40, 27 de mayo de 2004).

41. Por otra parte, en sus sentencias *Lingens* (anteriormente citada, § 46) y *Oberschlick c. Austria* (23 de mayo de 1991, nº 11662/85, § 63, serie A nº 204), el TEDH ha establecido una distinción entre declaraciones de hecho y juicios de valor. La materialidad de las declaraciones de las declaraciones de hecho se pueden probar, por el contrario, los juicios de valor, al no prestarse a una demostración de su exactitud, es imposible el cumplimiento de la obligación de la prueba correspondiente, y vulnera la propia libertad de opinión, elemento fundamental del derecho protegido por el artículo 10 del Convenio (*De Haes y Gijssels c. Bélgica*, 24 de febrero de 1997, § 42, *Compendio* 1997-I). Sin embargo, en caso de un juicio de valor, la proporcionalidad de la injerencia depende de la existencia de una “base fáctica” suficiente en la cual se sustentan las palabras litigiosas: si no la hubiere, este juicio de valor podría revelarse excesivo (*De Haes y Gijssels*, anteriormente citada, § 47, *Oberschlick c. Austria* (nº 2), nº 20834/92, § 33, *Compendio* 1997-IV, *Brasilier c. Francia*, nº 71343/01, § 36, 11 de abril de 2006, y *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July*, anteriormente citada, § 55). Para distinguir una declaración de hecho de un juicio de valor, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso y el tono general de las palabras (*Brasilier*, anteriormente citada, § 37), entendiéndose que unas afirmaciones sobre cuestiones de interés público pueden constituir, por ello mismo, más bien unos juicios de valor que unas declaraciones de hecho (*Paturel c. Francia*, nº 54968/00, § 37, 22 de diciembre de 2005). Por añadidura, la necesidad de aportar unos hechos que sustenten un juicio de valor es menos estricta cuando estos ya son conocidos del público en general (*Feldek c. Eslovaquia*, nº 29032/95, § 86, CEDH 2001- VIII).

42. Por último, tratándose de apreciar la proporcionalidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión, hay que tener en consideración la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas (*Pedersen et Baasgard* anteriormente citada, § 93, *Jokipitale y otros*, anteriormente citada, §77, *Axel Springer AG c. Alemania* [GC], nº 9954/08, §§ 90-95, 7 de febrero de 2012, *Ceylan c. Turquía* [GC], nº 23556/94, § 37, CEDH 1999-IV, *Tammer c. Estonia*, nº 41205/98, § 69, CEDH 2001-I, entre otras). El efecto disuasivo que el temor a tales sanciones conlleva para el ejercicio, por parte de los periodistas, de su libertad de expresión es manifiesto. Nocivo para la sociedad en su conjunto, él también forma parte de los elementos a tomar en cuenta en el marco de la valoración de la proporcionalidad – y por tanto de la justificación - de las sanciones impuestas. Si el establecimiento de las penas es en principio privativo de las jurisdicciones nacionales, el TEDH considera que una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito de la prensa sólo es compatible con la libertad de expresión periodística que garantiza el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido vulnerados gravemente como en el supuesto, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia (*Cumpănă y Mazăre c. Rumania* [GC], nº 33348/96, § 114 y 115, CEDH 2004-XI, y *Morice c. Francia* [GC], nº 29369/10, §§ 127, 175-176, 23 de abril de 2015).

ii. Aplicación de estos principios al presente caso

43. El TEDH señala que, en este caso, el demandante ha sido condenado penalmente por un delito continuo de injurias graves con publicidad, a raíz de unas afirmaciones realizadas en varias ocasiones entre junio y noviembre de 2006 en el ámbito de un programa radiofónico del que era el director. Las afirmaciones del demandante se referían a unas declaraciones realizadas el día 7 de junio de 2006 al diario ABC por R.G., referentes a las actividades políticas de este último en relación con los atentados terroristas que habían ocurrido en Madrid el 11 de marzo de 2004.

44. El TEDH debe averiguar si, a la vista de los hechos de la causa, se ha ponderado un justo equilibrio entre, por una parte, la necesidad de garantizar el derecho al respeto de la vida privada y, por otra, la protección de la libertad de expresión del demandante en su condición de periodista. Observa que las palabras proferidas por el demandante en su programa de radio tenían como objetivo a un político, Alcalde de Madrid en el momento de los hechos, y que las palabras incriminadas se enmarcan en el contexto de un debate de interés para la población. El margen de apreciación del que disponían las Autoridades para pronunciarse sobre la “necesidad” de la sanción impuesta al demandante era, por tanto, especialmente restringida (ver, *mutatis mutandis*, *Mamère c. Francia*, nº 12697/03, § 20, CEDH 2006-XIII).

45. El TEDH apunta que la sentencia condenatoria del demandante, confirmada en apelación, consideraba que el interesado había imputado a R.G. hechos inveraces y que había claramente traspasado los límites de la libertad de expresión. El TEDH no puede compartir tal interpretación.

46. En efecto, destaca que, en este caso, las afirmaciones del demandante constituían esencialmente una crítica política formulada contra R.G.: según el demandante, las declaraciones del ex Alcalde de Madrid habían confirmado la falta de voluntad de este último para investigar los atentados del 11-M en razón a sus propios planes y proyectos políticos. El TEDH apunta que la crítica política emitida por el demandante partía de una base fáctica inicial, a saber, las declaraciones del Alcalde en cuestión, R.G., y ponía de manifiesto la opinión del demandante al respecto. El TEDH constata, al igual que el Juez de lo penal nº 6 de Madrid en el punto 4 de la parte “Fundamentos de Derecho” de su sentencia (párrafo 12 anterior), que varios diarios de tirada nacional (incluidos los periódicos ABC del 8 de junio de 2006 y El Mundo del 9 de junio de 2006) habían interpretado las declaraciones anteriormente citadas de la misma manera que el demandante, es decir, estimando que R.G. deseaba eludir las investigaciones de los atentados del 11-M., que algunos testigos que habían comparecido ante el Juez compartían dicha interpretación pero que, sin embargo, algunos líderes políticos que tuvieron también que testificar en el marco del procedimiento eran de la opinión contraria. El TEDH infiere que se trataba en este caso de la expresión de opiniones y de juicios de valor (y en lo que se refiere al demandante, igualmente de críticas) sobre los objetivos políticos del Alcalde en funciones en el momento de los hechos, a partir de las declaraciones efectuadas por este último. Aunque reconoce que se puede estar de acuerdo o en desacuerdo con esas opiniones y esas críticas, el TEDH estima que éstas no pueden ser calificadas de veraces o de falaces, al no poder exigirse la prueba de su veracidad, a riesgo de infringir la propia libertad de opinión (párrafo 45 anterior).

47. Dicho esto, que las afirmaciones del demandante se consideren imputaciones de hechos o juicios de valor más o menos puros, estima el TEDH que no estaban carentes de base fáctica. En este contexto, las graves expresiones utilizadas por el demandante con respecto a R.G., reprochables desde el punto de vista de la deontología periodística no pueden considerarse ante los ojos del TEDH afirmaciones deliberadamente falaces, sino más bien como la viva imagen de una libertad periodística, que incluye también el posible recurso a una cierta dosis de exageración, más aun, de provocación (ver, *mutatis mutandis*, *Vides Aizsardzības Klubs*, anteriormente citada, § 46, y *Prager y Oberschlick c. Austria*, 26 de abril de 1995, § 38, serie A, nº 313, *Tănăsioaica c. Rumania*, nº 3490/03, § 52, 19 de junio de 2012).

48. Al analizar las expresiones utilizadas por el demandante, el TEDH debe ahora examinar los motivos recogidos por las jurisdicciones internas con el fin de determinar si estos eran suficientes y relevantes para justificar la condena del demandante fundamentando el fin legítimo

enunciado, a saber, la protección de la reputación del Alcalde de Madrid en funciones en el momento de los hechos. Apunta que, para el Juez de lo penal, las palabras proferidas por el demandante (párrafo 10 anterior) eran expresamente vejatorias, gratuitas para la información o formación de la opinión pública e incompatibles con la dignidad de la persona proclamada por el artículo 10 § 1 de la Constitución, y eso sin que se justificaran por la naturaleza política de la crítica o de ciertos estilos periodísticos: de esta manera, el Juez nacional ha concluido que, en este caso, las expresiones litigiosas eran claramente insultantes o hirientes y que no había ninguna duda de que tenían como objetivo atacar contra la imagen y la dignidad de R.G. de manera innecesaria y desacreditarlo públicamente en su condición de Alcalde de Madrid y miembro del PP.

49. El TEDH estima que algunas de las expresiones en cuestión – tales como que “(...) pero nosotros estaremos siempre con las víctimas del terrorismo. Esto naturalmente para un farsante redomado parece difícil de entender”, “Alcaldín”, “Te da igual, Gallardón, con tal de llegar tú al poder.”, “tú eres un estorbo, tú eres una calamidad, tú no eres un Alcalde, tú eres un obstáculo para averiguar el 11-M” o “El problema es que el Alcalde de Madrid sigue empeñando en defender la postura del PSOE en el 11-M. Es decir, mentir a toche y moche, engañar a los jueces, inventar informes, falsificarlos” – pueden ser consideradas como graves y provocadoras.

50. Sin embargo, el empleo de ciertas expresiones destinadas, posiblemente, a captar la atención del público no pueden en sí mismas plantear un problema con respecto a la jurisprudencia del TEDH (*Flinkkilä y otros c. Finlandia*, nº 25576/04, § 74, 6 de abril de 2010, y *Pipi c. Turquía* (decisión.), nº 4020/03, 15 de mayo de 2009). El uso de frases vulgares no es, en sí mismo, decisivo para que una expresión sea considerada ofensiva. Para el TEDH, el estilo forma parte de la comunicación como forma de expresión y está, como tal, protegido junto al contenido de la expresión (*Uj c. Hungría*, nº 23954/10, § 20, 19 de julio de 2011).

51. Finalmente, en cuanto a la pena impuesta al demandante, siendo totalmente legítimo que las Instituciones del Estado estén protegidas por las Autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional y que una respuesta penal a unos hechos de difamación no es, *per se* desproporcionada y por tanto incompatible con el artículo 10 del Convenio (*Lindon, Otchakovsky-Laurens y July*, anteriormente citada, § 59), el TEDH estima que la posición dominante que estas instituciones ocupan exige a las Autoridades de dar prueba de contención en el uso de la vía penal (ver, *mutatis mutandis*, *Castells c. España*, 23 de abril de 1992, § 46, serie A nº 236). A este respecto, señala que la naturaleza y la gravedad de las penas impuestas son también elementos a tomar en consideración cuando se trata de medir la “proporcionalidad” de la injerencia (*Cumpănă y Mazăre*, anteriormente citada, § 111 y *Otegi Mondragon c. España*, nº 2034/07, § 58, CEDH 2011).

52. Inscribiéndose en la línea de su jurisprudencia, el TEDH considera que una pena de doce meses de multa a razón de 100 euros diarios con pena sustitutiva de privación de libertad (párrafo

18 anterior), por un delito continuado de injurias graves con publicidad, es compatible con la libertad de expresión que garantiza el artículo 10 del Convenio sólo en circunstancias excepcionales que no concurren en este caso (ver, *mutatis mutandis*, *Otegi Mondragon*, anteriormente citada, § 59).

53. Nada, en las circunstancias del presente caso, en el que las palabras litigiosas han sido expresadas en el contexto de un debate sobre una cuestión que presenta un interés público, era

de naturaleza a justificar la imposición de tal pena. Por su propia naturaleza, una sanción tal produce, inevitablemente, un efecto disuasorio. Hay que tomar también en cuenta los efectos duraderos que toda inscripción de antecedentes penales podría tener en la forma de trabajar de los profesionales de los medios de comunicación social, especialmente en los periodistas (ver, *mutatis mutandis*, *Artun y Givener c. Turquía*, nº 75510/01, § 33, 26 de junio de 2007, *Otegi Mondragon*, anteriormente citada, § 60).

54. Habida cuenta de cuanto antecede, incluso en el supuesto de que las razones invocadas por las jurisdicciones puedan considerarse relevantes, no bastan para demostrar que la injerencia denunciada era “necesaria en una sociedad democrática”. No obstante el margen de apreciación de las Autoridades nacionales, el TEDH considera que la condena del demandante, en combinación con, especialmente, la sanción grave que le ha sido impuesta, era desproporcionada al fin que se pretendía.

55. Por consiguiente, se ha producido vulneración del artículo 10 del Convenio.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

56. Según 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”

57. El demandante no ha presentado ninguna reclamación de satisfacción equitativa.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,

1. *Declara*, por unanimidad, la admisibilidad de la demanda;
2. *Falla*, por seis votos contra uno que se ha producido vulneración del artículo 10 del Convenio.

Hecho en francés, y posteriormente comunicado por escrito el día 14 de junio de 2016, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento.

Stephen Phillips
Secretario

Helena Jäderblom
Presidenta

Se adjunta a la presente sentencia, de conformidad con los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del Reglamento de Procedimiento, la exposición del voto particular de la Jueza ad hoc Lozano Cutanda.

H.J.
J.S.P.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE DE LA JUEZA LOZANO CUTANDA

1. Lamento no poder compartir la opinión de la mayoría del TEDH: en mi opinión, no se ha producido violación del derecho del demandante a la libertad de expresión respecto del Convenio y de la jurisprudencia del TEDH.

2. Mi desacuerdo concierne, en lo esencial, a la manera en la que la mayoría ha entendido las declaraciones del demandante (§§ 45-51). La sentencia reconoce que “las graves expresiones empleadas por el demandante con respecto a R.G.” son “reprochables desde el punto de vista de la deontología periodística”, pero estima que estas afirmaciones “no pueden considerarse, ante los ojos del TEDH alegaciones deliberadamente falaces, sino más bien la viva imagen de una libertad periodística, que incluye también el posible recurso a una cierta dosis de exageración, más aun, de provocación”.

Ahora bien, hay que subrayar que, de todas las declaraciones del demandante, los Tribunales españoles sólo han considerado las que sobrepasaban, habida cuenta de su inexactitud, el tono de la expresión y, por el hecho de su reiteración en el tiempo, la dosis de provocación admitida por la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad periodística y que vulneraban el derecho a la protección de la reputación, el cual depende, como elemento de la vida privada, del artículo 8 del Convenio.

3. En este caso, el periodista, Sr. Jiménez Losantos, ha difundido unas informaciones inexactas por las que imputaba al ex Alcalde de Madrid unos hechos de extrema gravedad, muy particularmente una voluntad de obstaculizar la investigación de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid. Se trata ciertamente de una información inexacta porque el ex Alcalde había dicho, de acuerdo con los elementos de prueba aportados por las declaraciones literales del demandante al periódico ABC y resaltadas por los jueces, que no había que volver al debate sobre la confianza que se le habría otorgado al gobierno socialista a raíz de los atentados del 11 de marzo, sino juzgar la gestión política del partido y determinar un proyecto de futuro que tuviera como objetivo a las nuevas generaciones.

Deducir de estas declaraciones que R. G. deseaba la impunidad para los autores de la masacre, como el acusado lo ha repetido en muchas ocasiones (ocho veces en el periodo comprendido entre el 8 de junio y el 29 de noviembre de 2006), constituye una información inexacta que relata unos hechos muy graves carentes de base fáctica y sin interés alguno para el debate público, por cuanto la condición de R.G. como Alcalde de Madrid no tenía nada que ver con la investigación de los hechos criminales.

En lo que atañe al tono de sus palabras, el propio periodista reconoce “que ha dado muestras de agresividad (...)”, y “que ha utilizado para ello palabras groseras e hirientes” (§ 28). En efecto, ha afirmado en varias ocasiones que R.G. intentaba “tapar ese mecanismo miserable, abyecto, ilegal e inhumano de ocultación de la masacre, de no investigar la masacre, de hacer que salgan impunes los autores de 192 asesinatos, de esos 1.500 heridos y un cambio brutal y radical de toda la política de España”, entre otras afirmaciones falaces que sobrepasan claramente la “dosis de exageración, incluso de provocación” de las que se permite hacer uso en el ámbito del ejercicio de la libertad de expresión.

Atribuir a un individuo, incluso a un político, palabras que no ha pronunciado y afirmar que está a favor de la impunidad para unos terroristas asesinos autores de una masacre es un ataque “*ad hominem*” contra la reputación de un político, ataque que no puede estar amparado por la libertad de expresión, como lo han estimado las tres instancias jurídicas internas (el Juzgado de lo Penal nº 6 y la Audiencia Provincial, uno y otra de Madrid, y el Tribunal Constitucional), que no han considerado que estas críticas falaces pudieran inscribirse en un debate de interés público. Mentir no es debatir.

4. Por tanto, como lo ha apuntado el TEDH en el asunto *Radio France y otros c. Francia*, nº 53984/00, § 39, CEDH 2004 II, habida cuenta de la extrema gravedad de los hechos inexactos imputados y de la difusión del mensaje en cuestión en varias ocasiones, el periodista afectado debía “dar muestras del mayor rigor y de una especial medida (...) máxime cuando (...) el boletín era difundido por la vía hertziana, en las ondas de una radio que cubre la totalidad del territorio”. A este respecto, el TEDH ha recordado que el ejercicio de la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades y que la garantía que el artículo 10 ofrece a los periodistas “está subordinado al requisito de que los interesados actúen de buena fe, de manera que aporten informaciones exactas y dignas de crédito en el respeto de la deontología periodística » (*Colombani y otros c. Francia*, no 51279/99, § 65, CEDH 2002 V, y *Fressoz y Roire c. Francia* [GC], no 29183/95, § 54, CEDH 1999 I). Además, como el TEDH lo señaló en la sentencia *Mihaiu c. Rumania*, no 42512/02, § 66, 4 de noviembre de 2008), “el hecho de poner en entredicho a una persona determinada, indicando su nombre y función, implica la obligación de aportar una base fáctica suficiente en el marco del procedimiento abierto en su contra”.

Ahora bien, éste no ha sido el caso en este asunto y el TEDH debería, por tanto, haber estimado “relevantes y suficientes” las razones aducidas por los Tribunales internos para pronunciarse por la condena de los demandantes.

5. En lo que se refiere a la condena pronunciada, el demandante ha sido declarado culpable de un delito continuado de injurias graves con publicidad y condenado al pago de una multa penal, lo que, en sí, confiere a las medidas tomadas en su contra un elevado grado de gravedad (ver *mutatis mutandis*, las sentencias *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, § 67, Compendio de sentencias y decisiones 1998 VII, y *Niskasaari y otros c. Finlandia*, nº 37520/07, § 77, 6 de julio de 2010). Sin embargo, dado el margen de apreciación que el artículo 10 del Convenio deja a los Estados contratantes, no se puede considerar que una respuesta penal a unos hechos de difamación sea, por su propia naturaleza, desproporcionada al objetivo perseguido (*Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia* [GC], nos 21279/02 y 36448/02, § 59, CEDH 2007 IV, *Radio France*, anteriormente citada, § 51, y *Łozowska c. Polonia*, nº 62716/09, § 92, 13 de enero de 2015). Lo que se debe examinar es por tanto la proporcionalidad de la multa impuesta a la vista de la gravedad de los hechos.

En este caso, se debe señalar que los Tribunales internos han fijado el importe de la multa teniendo en cuenta la situación económica del demandante, es decir tomando en cuenta su posición como Director del programa radiofónico La mañana de la cadena COPE, y le han impuesto el importe de 100 euros diarios durante doce meses, siendo el importe mínimo previsto por el Código Penal español de 2 euros diarios y el importe máximo de 400 euros diarios. Esta multa penal parece por tanto proporcionada a las circunstancias de la causa, habida cuenta de la gravedad de los hechos inexactos imputados al ex Alcalde y a la difusión del mensaje en cuestión en varias ocasiones en una cadena que cubre la totalidad del territorio español.

En dos ocasiones, la mayoría invoca la sentencia *Otegi Mondragon c. España*, no 2034/07, §§ 58-59, CEDH 2011, en la que se tomaron en cuenta la naturaleza y la gravedad de las penas impuestas, elementos a considerar cuando se trata de medir la “proporcionalidad” de la injerencia. Ahora bien, la mayoría ha olvidado el último apartado del § 54 de esta sentencia: “El Tribunal tiene en cuenta, por otra parte, que se trataba de expresiones orales pronunciadas en una rueda de prensa, lo que privó al demandante de la posibilidad de reformularlas, de perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas (*Fuentes Bobo c. España*, n° 39293/98, § 46, 29 de febrero de 2000, y *Biol c. Turquía*, n 44104/98, § 30, 1 de marzo de 2005)”. En este caso, por el contrario, el ataque “*ad hominem*” lanzado por el demandante comenzó el 8 de junio de 2007 y, a pesar del anuncio del Alcalde, entonces en funciones, ese mismo día de ejercer su voluntad de entablar una acción en justicia contra el periodista, este último no sólo ha expresado su crítica valiéndose de informaciones inexactas relatando unos hechos muy graves carentes de base fáctica, sino que ha seguido con ello en siete ocasiones, es decir, dos veces en junio, dos en septiembre, una en octubre y dos en el año 2007, incurriendo, públicamente, en aserciones formuladas de manera gratuitamente agresiva, grosera e hiriente.

6. Por cuanto antecede, la condena del demandante por sus declaraciones difamatorias y la pena que le ha sido impuesta no eran desproporcionadas a los fines legítimos que se persiguen y los motivos citados por las jurisdicciones nacionales eran suficientes y relevantes para justificar tales medidas. El derecho garantizado por el artículo 10 del Convenio no es un derecho absoluto y, habida cuenta de las circunstancias del caso, esta injerencia en el derecho a la libertad de expresión se ha revelado necesaria en el seno de una sociedad democrática, para la protección del derecho a la reputación ajena que es un derecho que depende, en tanto que elemento de la vida privada, del artículo 8 del Convenio.

7. Concluyo pues que no se ha producido violación del Convenio.

Nota: Todas las citas referentes a resoluciones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o disposiciones nacionales, son transcripciones de los originales en español de dichos documentos.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro
documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

**ASUNTO JUNTA RECTORA DEL ERTZAINEN NAZIONAL ELKARTASUNA
(ER.N.E.) c. ESPAÑA**

(Demanda nº 45829/09)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

21 de abril de 2015

*Esta sentencia adquirirá carácter de firmeza en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2
del Convenio. Puede sufrir correcciones de estilo.*

En el caso Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. España,
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en Sala compuesta
por:

Josep Casadevall, *presidente*,
Luis López Guerra,
Ján Šikuta,
Dragoljub Popović,
Kristina Pardalos,
Johannes Silvis,
Valeriu Grițco, *jueces*,
y Stephen Phillips, *secretario de sección*,

Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 31 de marzo de 2015,
Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso tiene su origen en una demanda (nº 45892/09) interpuesta ante el TEDH contra el Reino de España por el sindicato Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) (“el sindicato demandante”), con sede en Bilbao, el día 18 de agosto de 2009, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”).

2. El demandante ha estado representado por la letrada Dña. C. Helguera Domingo, abogada ejerciendo en Bilbao. El Gobierno español (“el Gobierno”) ha estado representado por su agente, Don F. de A. Sanz Gandasegui, Abogado del Estado, y Jefe del Área de Derechos Humanos de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia.

3. El día 23 de mayo de 2012, la demanda fue trasladada al Gobierno.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

1. El sindicato demandante se fundó en 1984 y constituye el sindicato mayoritario que agrupa a los ertzainas, funcionarios de la policía del País Vasco que ejercen sus funciones en el territorio de esta Comunidad Autónoma.

2. En 2004, el sindicato demandante convocó un movimiento de huelga de los ertzainas para protestar contra la política del Departamento de Interior del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco respecto de las condiciones de trabajo de los funcionarios. En particular, el demandante pretendía la firma de un nuevo Convenio que reemplazara al de 1999, a su parecer insuficiente en cuanto a exigencias de seguridad. A título de ejemplo, el sindicato demandante solicitaba un aumento del número de vehículos blindados y de chalecos anti balas, o incluso el respeto sistemático de los protocolos de seguridad.

3. Frente al fracaso de las negociaciones con el Departamento de Interior, el 28 de mayo de 2004 el Comité de Dirección del sindicato demandante, solicitó ante el Departamento de

Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, autorización para organizar una huelga de *ertzainas* los días 13 y 30 de junio de 2004, con base en el artículo 28 § 2 de la Constitución.

4. El día 10 de junio de 2004, ese Departamento denegó la solicitud aduciendo que el artículo 6 § 8 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad preveía que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no podían, en ningún caso, ejercer el derecho de huelga. La resolución denegatoria consideraba que la policía autónoma vasca formaba parte de los Cuerpos a los que se refería esta Ley, de acuerdo con la Disposición final de dicha Ley Orgánica.

5. El sindicato demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo contra esta resolución. En paralelo, planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 6 § 8 de la Ley Orgánica, que fue considerada como improcedente por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Bilbao mediante decisión¹ dictada el día 8 de junio de 2005. En particular, el Juez señalaba que:

“Cuando ni tan siquiera existe la consagración constitucional de un pleno derecho de sindicación, pues puede (...) ser exceptuado, el hecho de que al derecho de sindicación, limitadamente reconocido en la LO, no le siga un derecho de huelga, constituye una opción reguladora del legislador orgánico absolutamente indiscutible desde la clave del art. 28.1 y 2 de la Constitución Española.

No se aprecia ningún género de inconstitucionalidad en el art. 6.8 de la L.O. de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado 2/1986 (...), las limitaciones fijadas en la Ley Orgánica están vinculadas, a las especiales y relevantes funciones encomendadas por la ley a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en donde se entiende incluidas la Policía Autonoma Vasca-Ertzantza (...)

6. Mediante sentencia de 29 diciembre 2005 el mismo Juez de lo contencioso-administrativo desestimó el recurso contencioso-administrativo del demandante, aduciendo que sus derechos fundamentales no habían sido infringidos. El Juez se remitió por lo demás a la motivación de la decisión del 8 de junio de 2005 y recordó el carácter específico de las funciones encomendadas por la Ley a este colectivo.

7. El sindicato recurrió. El día 11 de septiembre de 2006 el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó el recurso. Consideraba que:

“Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios [artículo 6 § 8 de la LO 2/1986]. [No es más que una] concreción (...) razonablemente restrictiva, del derecho de libertad sindical amparada por la propia Constitución”

8. Invocando los artículos 7 (reconocimiento de la función de los sindicatos), 14 (prohibición de discriminación) y 28 (derecho a la libertad sindical y a la huelga) de la Constitución, el sindicato demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional y reiteró su cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 6 § 8 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Mediante Auto de 23 de marzo de 2009, el Alto Tribunal inadmitió el recurso aduciendo que el artículo litigioso no era contrario a las previsiones constitucionales sobre el derecho de huelga o la prohibición de discriminación. El Alto Tribunal apuntó, en particular, que el derecho de huelga no podía concebirse sin las limitaciones enunciadas en el propio artículo 28 § 1 a las Fuerzas Armadas y a los funcionarios públicos y en los desarrollos legislativos correspondientes, previstos

¹ N.T.: Todas las citas referentes a decisiones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o normas nacionales, son transcripciones de sus originales en español de dichas disposiciones.

igualmente en la disposición constitucional. Por ello, la Ley Orgánica 2/1986 no constituía más que la concreción legislativa de esas limitaciones. En la medida en que las pretensiones del demandante estaban fundadas en la ilegalidad de esta Ley, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso por estar desprovisto de contenido constitucional. En cuanto a la denuncia respecto de la prohibición de discriminación, el Alto Tribunal señaló que los elementos de comparación aportados por el demandante carecían de validez para que se considerara que se había vulnerado el principio de igualdad.

II. EL DERECHO INTERNO APLICABLE

12. Las disposiciones de la Constitución Española, en lo que aquí interesa, están redactadas de la siguiente manera:

Artículo 14

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Artículo 28

“1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley (...) establecerá las garantías (...) para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

13. En lo que aquí interesa, las disposiciones de la Ley Orgánica nº 2/1986, de 13 de marzo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad enuncian lo siguiente:

Artículo 6 § 8

“Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios.”

Disposición final Primera

“ (...)”

2. Los artículos 5, 6, 7 y 8 [de la presente Ley] (...) se aplicarán al régimen de la policía autónoma del País Vasco.

(...)”

14. En lo que aquí interesa, las disposiciones de la Ley 4/1992, de 17 julio, de Policía del País Vasco disponen lo siguiente:

Artículo 25

“Los Cuerpos que componen la Policía del País Vasco son institutos armados de naturaleza civil y estructura y organización jerarquizada. Sus miembros tendrán la condición de funcionarios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del municipio respectivo, y en el ejercicio de sus funciones, y a todos los efectos legales, el carácter de agentes de la autoridad”.

III. LOS TEXTOS APLICABLES ADOPTADOS POR LOS ÓRGANOS COMPETENTES DEL CONSEJO DE EUROPA

9. Las disposiciones de la Carta Social Europea (revisada), en lo que aquí interesa, están redactadas de la siguiente manera:

Artículo 5 – Derecho sindical

“Para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir Organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas Organizaciones, las Partes Contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla. Igualmente, el principio que establezca la aplicación de estas garantías a los miembros de las Fuerzas Armadas y la medida de su aplicación a esta categoría de personas deberán ser determinados por las Leyes y Reglamentos nacionales”

10. La Recomendación (Rec (2001) 10) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Código Europeo de Ética de la Policía, adoptada el 19 de septiembre de 2001 enuncia, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

Artículo 32 del Código

“El personal de policía debe beneficiarse, como funcionarios, de una serie de derechos sociales y económicos tan amplia como sea posible. Deben beneficiarse, en particular, del derecho sindical o de participar en instancias representativas, del derecho a percibir una remuneración apropiada, del derecho a una cobertura social y de medidas específicas de protección de la salud y de la seguridad teniendo en cuenta el carácter especial del trabajo de la policía”.

Commentaire du Comité des Ministres

Este artículo atañe a los derechos sociales y económicos amparados por la Carta Social Europea, un instrumento complementario, en esta materia, del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(...)

La Carta Social Europea (artículo 5) ofrece, en el caso de la policía, una interpretación especial del derecho a sindicarse, dejando, a este respecto, un margen de apreciación a los Estados. Sin embargo, según la jurisprudencia referente a la Carta, aunque no se trata de otorgar a la policía un derecho ilimitado para sindicarse, no se puede, sin violar la Carta, prohibir a los funcionarios de policía que funden sus propias organizaciones representativas. El Derecho interno podrá considerar organizaciones compuestas únicamente por policías, como es el caso en algunos Estados miembros. Ahora bien, la prohibición total del derecho de huelga de la policía no es contraria a la Carta y a la jurisprudencia relativa a la misma, y la presente Recomendación no va más allá.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO, TOMADO AISLADAMENTE O PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 14

17. El sindicato demandante se queja de la prohibición legal para los Ertzainas de ejercer el derecho de huelga, que estima discriminatoria en relación con otros colectivos que ejercen funciones similares a los que la legislación si reconoce el derecho de huelga. Se trata de los artículos 11 y 14 del Convenio redactados de la siguiente manera:

Artículo 11

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

Artículo 14

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el (...) 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

A. Sobre la admisibilidad

18. El TEDH constata que esta queja no es manifiestamente infundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. Señala, por otra parte, que no contraviene ninguna otra causa de inadmisión. Procede por tanto admitirla.

B. Sobre el fondo

1. *Las tesis de las partes*

a) El Gobierno

19. De entrada, el Gobierno alega su reserva respecto del artículo 11 del Convenio, en la medida en que esta disposición sería incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución Española. Recuerda, en particular, que ésta prevé limitaciones legales a la libertad sindical de las

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, colectivo del que forma parte la policía autónoma vasca.

20. En cualquier caso, el Gobierno apunta que no es necesario profundizar sobre la eventual aplicación de esta reserva a este caso, en la medida en que la demanda puede ser desestimada de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH respecto del artículo 11.

21. Con relación a este punto, el Gobierno recuerda los asuntos *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquía* (no 68959/01, 21 de abril de 2009) y *Demir y Baykara c. Turquía* ([GC], no 34503/97, CEDH 2008) y considera que las restricciones del derecho a la libertad sindical forman parte del margen de apreciación de los Estados, siempre y cuando que no sean desproporcionadas o irrazonables. Además, constata la ausencia de consenso a nivel europeo en lo que se refiere al reconocimiento del derecho de huelga a los funcionarios de policía y remite, a este respecto, a las informaciones de Derecho europeo e internacional aplicable, que están contenidas en las sentencias del TEDH anteriormente citadas.

22. El Gobierno considera que, en el presente caso, la exclusión del derecho de huelga se fundaría en la necesidad de garantizar la prestación del servicio público que ejercen los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, sin olvidarse de la particular naturaleza de las funciones encomendadas a estos Cuerpos. Tal como lo prevé el artículo 5 § 4 de Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sus funciones se ejercen permanentemente, estén de servicio o no, con el fin de garantizar la defensa de la Ley y la seguridad ciudadana. Siendo la característica principal del derecho de huelga la interrupción, total o parcial, de la prestación del servicio por parte del trabajador, tal interrupción es inconcebible en el caso de este colectivo.

b) El demandante

23. Por su parte, el sindicato demandante se opone a la aplicación, en este caso concreto, de la reserva respecto del artículo 11, en la medida en que considera que ésta sólo atañe al derecho a la libertad sindical (artículo 28 § 1 de la Constitución), sin afectar al derecho de huelga (artículo 28 § 2 de la Constitución) las limitaciones que pudieran corresponder al primero. Por tanto, la aplicación del artículo 11 del Convenio no es incompatible con el artículo 28 § 2 de la Constitución.

24. El sindicato demandante denuncia el carácter poco claro de la prohibición determinada en el artículo 6 § 8 de la Ley Orgánica 2/1986, en la medida en que entraría en contradicción con el artículo 28 de la Constitución. Este último artículo prevé limitaciones al derecho de los miembros de las Fuerzas Armadas y otros Cuerpos asimilados a la libertad sindical. Sin embargo, el segundo apartado de esta disposición constitucional, relativa al derecho de huelga, garantiza este derecho para el conjunto de los trabajadores, sin excluir a los colectivos litigiosos.

25. Por otra parte, el sindicato demandante considera que esta prohibición no es proporcionada y que no responde a una necesidad imperiosa en la sociedad democrática española. Desde su punto de vista, los efectos de una posible huelga se paliarían con el establecimiento de unos servicios mínimos que garantizarían la seguridad nacional y la defensa del orden, de igual modo que en las huelgas de otros Cuerpos de funcionarios tales como los médicos, bomberos, magistrados o controladores aéreos, sin que esto necesariamente comporte alarma social. Estos funcionarios destinados a servicios esenciales para la comunidad, están sujetos a los mismos principios de jerarquía, eficacia y subordinación a la ley que los de los

Cuerpos de policía del País Vasco. La diferencia de trato existente entre ambos es, por tanto, discriminatoria en relación con el Convenio.

26. Por cierto, el sindicato demandante reivindica el carácter civil del Cuerpo de la Policía Autónoma del País Vasco, a diferencia del Cuerpo de la Guardia Civil, institución armada de carácter militar, para quien el derecho de sindicarse está claramente excluido.

27. Finalmente, el demandante se refiere a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa en lo relativo al Código Europeo de Ética de la Policía, adoptado el 19 de septiembre de 2001, la que, a su parecer, insta a los Estados miembros a que reconozcan a la policía derechos sociales y económicos tales como la creación de sus propias organizaciones representativas, así como el reconocimiento de su derecho de huelga.

2. Valoración del TEDH

a) Principios generales

28. El TEDH recuerda que el artículo 11 § 1 presenta a la libertad sindical como una forma o un aspecto especial de la libertad de asociación. Los términos “para la defensa de sus intereses” que figuran en este artículo no son redundantes y el Convenio ampara la libertad de defender los intereses profesionales de los afiliados de un sindicato a través de la acción colectiva de éste, acción que los Estados contratantes deben a la vez autorizar y hacer que sea posible su conducción y desarrollo. Debe ser por tanto lícito para un sindicato el intervenir en defensa de los intereses de sus miembros, y los afiliados individuales tienen derecho a que su sindicato sea oído con miras a la defensa de sus intereses (*Syndicat national de la police belge c. Bélgica*, 27 de octubre de 1975, §§ 38-40, serie A nº 19, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suecia*, 6 de febrero de 1976, §§ 39-41, serie A no 20, y *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Reino Unido*, nº 30668/96, 30671/96 y 30678/96, § 42, CEDH 2002 V).

29. Recuerda igualmente, que el párrafo 2 no excluye a ninguna categoría profesional del ámbito del artículo 11; cita expresamente a las Fuerzas Armadas y a la Policía entre a las que los Estados pueden imponer, a lo sumo, “restricciones legítimas” sin que por ello se cuestione el derecho a la libertad sindical de sus miembros (*Syndicat national de la police belge*, anteriormente citado, § 40, *Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquía*, nº 28602/95, §§ 28 y 29, CEDH 2006 II, *Wille c. Liechtenstein* [GC], nº 28396/95, § 41, CEDH 1999 VII, *Demir y Baykara c. Turquía* [GC], nº 34503/97, § 107, CEDH 2008, y *Sindicatul “Păstorul cel Bun” c. Rumania* [GC], nº 2330/09, § 145, CEDH 2013 (extractos)).

30. El TEDH subraya que, a este respecto, ha considerado que las restricciones que se pueden imponer a los tres grupos de personas citadas en el artículo 11 apelan a una estricta interpretación y deben por ello limitarse al “ejercicio” de los derechos en cuestión. No deben quebrantar la naturaleza misma del derecho de organizarse (*Demir y Baykara*, anteriormente citada, §§ 97 y 119 y *Matelly c. France*, nº 10609/10, § 75, 2 de octubre de 2014).

31. Para que sea compatible con el párrafo 2 del artículo 11, la injerencia en el ejercicio de la libertad sindical debe estar “prevista por la ley”, inspirarse en uno o varios fines legítimos y “necesaria, en una sociedad democrática” para la prosecución de este o estos fines, (ver, entre otros, *Demir y Baykara*, anteriormente citada, § 117, y *Sindicatul “Păstorul cel Bun”*, anteriormente citada, § 150).

32. Finalmente, el TEDH recuerda que el derecho de hacer huelga, que permite a un sindicato hacer oír su voz, constituye un aspecto importante para los miembros de un sindicato en la salvaguarda de sus intereses (*Schmidt y Dahlström c. Suecia*, 6 de febrero 1976, § 36, serie A n° 21). Este derecho de huelga es reconocido por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como corolario imprescindible del derecho de asociación sindical amparado por el Convenio C87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho sindical. Recuerda que la Carta Social Europea reconoce también el derecho de huelga como un medio para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva (ver *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquía*, n° 68959/01, § 24, 21 de abril de 2009).

33. Sin embargo, el TEDH ha reconocido igualmente que este derecho no tiene carácter absoluto. Puede estar sujeto a ciertas condiciones y ser objeto de ciertas restricciones. De esta manera, el principio de libertad sindical puede ser compatible con la prohibición del derecho de huelga para funcionarios que ejerzan funciones de autoridad en nombre del Estado. No obstante, si la prohibición del derecho de huelga puede afectar a ciertas categorías de funcionarios (ver, *mutatis mutandis, Pellegrin c. Francia* [GC], n° 28541/95, §§ 64-67, CEDH 1999 VIII), aquella no puede extenderse a los funcionarios en general o a los trabajadores públicos de las empresas mercantiles o industriales del Estado. Por consiguiente, las restricciones legales al derecho de huelga deberían definir de manera tan clara y estricta como sea posible, las categorías de funcionarios afectados (*Enerji Yapı-Yol Sen*, anteriormente mencionada, § 32).

b) Aplicación de estos principios al presente caso

i. Sobre la existencia de una injerencia, su base legal y su fin legítimo

34. El sindicato demandante ha experimentado directamente las consecuencias de las decisiones administrativas y judiciales denegatorias de su solicitud de autorización para realizar una huelga y puede por tanto pretender ser víctima de una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad sindical.

35. El TEDH apunta que el artículo 6 § 8 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el que se prevé que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no pueden ejercer en ningún caso el derecho de huelga, constituye la base legal de la injerencia litigiosa. Se ha de considerar que los términos de esta Ley son lo suficientemente claros y previsibles. Los miembros del sindicato demandante podían razonablemente esperar que la prohibición les alcanzara. En efecto, la expresión « Fuerzas y Cuerpos de Seguridad » empleada por la Ley, engloba tanto a los colectivos de carácter civil como a los de carácter armado.

36. Por otra parte, el TEDH admite que la injerencia perseguía un fin legítimo respecto del párrafo 2 del artículo 11, a saber la defensa del orden, habida cuenta de las funciones específicas encomendadas a este Cuerpo de policía y de las eventuales consecuencias en caso de interrupción de sus actividades.

ii. Sobre la necesidad en una sociedad democrática

37. El TEDH apunta que la restricción prescrita por la ley litigiosa no se extiende al conjunto de los funcionarios públicos, sino que se refiere exclusivamente a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como garantes del mantenimiento de la seguridad pública (ver de contrario *Enerji Yapı-Yol Sen* anteriormente mencionada, § 32). El TEDH apunta, además, que esta misma ley otorga a estos Cuerpos una responsabilidad acrecentada al exigir su intervención en todo momento y lugar en defensa de la Ley, esten o no de servicio.

38. A ojos del TEDH, esta necesidad de un servicio ininterrumpido, así como el mandato armado que caracteriza a estos “Agentes de la Autoridad” distingue a este colectivo de otros funcionarios como los magistrados o médicos, y justifica la limitación de su libertad sindical. En efecto, las exigencias más estrictas que les atañen no van más allá de lo que es necesario en una sociedad democrática, en la medida en que las mismas permiten preservar los intereses generales del Estado y, en particular, de garantizar la seguridad nacional, la seguridad pública y la defensa del orden, principios enunciados en el artículo 11 § 2 del Convenio.

39. Por otra parte, la naturaleza específica de sus actividades justifica la existencia de un margen de apreciación suficientemente amplio del Estado para desarrollar su política legislativa y de esta manera permitirle regular, en el interés público, ciertos aspectos de la actividad del sindicato, sin por ello privar a este último del contenido esencial de sus derechos a tenor del artículo 11 del Convenio (ver *National Union of Rail, Maritime y Transport Workers c. Reino Unido*, nº 31045/10, § 104, CEDH 2014).

40. Además, el TEDH no puede estar de acuerdo con el sindicato demandante en lo que respecta a las conclusiones extraídas de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Código Europeo de Ética de la Policía. El TEDH apunta, en particular, que el derecho de huelga no le está reconocido, en dicho Código, a la policía. A este respecto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha considerado que la prohibición total del derecho de huelga a la policía no es contraria a la Carta Social y a la jurisprudencia correspondiente (párrafo 16 anteriormente citado). El TEDH no ve razón alguna para apartarse de esta conclusión.

41. Estas consideraciones anteriores llevan al TEDH a concluir que los hechos suscitados por la situación específica del presente caso no constituyen una injerencia injustificada en el derecho del sindicato demandante a la libertad de asociación de la que ha podido ejercer el contenido esencial.

42. Tratándose finalmente de una eventual existencia de discriminación con respecto al demandante, el TEDH recuerda que una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14, si “carece de justificación objetiva y razonable”, es decir, si no persigue un “fin legítimo” o si no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende. Por otra parte, los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si, y en qué medida, unas diferencias entre situaciones análogas en otros aspectos justifican distinciones de tratamiento (ver *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia* (nº 2), no 26740/02, §§ 44 et 45, 31 de mayo de 2007). En esta ocasión, el TEDH considera que las justificaciones aportadas por el Gobierno correspondientes a las especificidades de las funciones encomendadas por la Ley a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son razonables, sin que sea posible descubrir indicios de arbitrariedad que puedan hacer pensar en la existencia de discriminación.

43. Por tanto, el TEDH concluye que no hay violación del artículo 11, tomado aisladamente o puesto en relación con el artículo 14 del Convenio.

44. En estas condiciones, el TEDH estima que no es necesario pronunciarse sobre la cuestión de la aplicabilidad de la reserva efectuada por el Gobierno respecto del artículo 11 del Convenio.

II. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO, TOMADO AISLADAMENTE O PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 11

45. El demandante denuncia que la respuesta dada por el Tribunal Constitucional a su recurso de amparo en relación con la vulneración de su derecho a la libertad sindical no está lo suficientemente motivada y no respeta las exigencias del derecho a conseguir una resolución sobre el fondo de sus pretensiones, como lo garantiza el artículo 6 § 1 del Convenio. En lo que aquí interesa, esta disposición prevé:

Artículo 6 § 1

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal (...), que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)”

Sobre la admisibilidad

46. El TEDH recuerda que la obligación para los Tribunales de motivar sus decisiones no se puede entender como una exigencia de respuesta detallada a cada argumento (*García Ruiz c. España* [GC], nº 30544/96, § 26, TEDH 1999-I). Apunta que, en otras situaciones, puede bastar que una jurisdicción superior desestime un recurso refiriéndose solamente a las disposiciones legales que prevea ese procedimiento, si las cuestiones planteadas por el recurso no revisten una especial transcendencia o no ofrecen suficientes posibilidades de que prosperen (ver, entre otras, *Almenara Álvarez c. España*, nº 16096/08, § 27, 25 de octubre de 2011, *Vogl c. Alemania* (decisión), nº 65863/01, 5 de diciembre de 2002, y *Burg y otros c. Francia* (decisión), nº 34763/02, 28 de enero de 2003)).

47. En el presente caso, el TEDH constata que el Alto Tribunal español ha explicitado, en su decisión de inadmisibilidad, los motivos de rechazo para cada una de las quejas planteadas por el demandante. Esta decisión ha de considerarse como debidamente motivada y desprovista de arbitrariedad.

48. Está queja es por tanto manifiestamente infundada y procede desestimarla por manifiestamente infundada, de conformidad con el artículo 35 §§ 1 y 3 del Convenio.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible en lo que se refiere a la queja respecto del artículo 11 del Convenio, tomado aisladamente o puesto en relación con el artículo, 14 e inadmisibile en lo demás;
2. *Falla* que no ha habido violación del artículo 11 del Convenio, tomado aisladamente o puesto en relación con el artículo 14.

Hecho en francés, y posteriormente comunicado por escrito el día 21 de abril de 2015, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento.

Stephen Phillips
Secretario

Josep Casadevall
Presidente



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés,
en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

**ASUNTO MENÉNDEZ GARCÍA Y ÁLVAREZ GONZÁLEZ
c. ESPAÑA**

(Demandas nº 73818/11 y 19420/12)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

15 de marzo de 2016

Esta Sentencia es definitiva pero puede estar sujeta a revisión editorial.

En el asunto Menéndez García y Álvarez González c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en Comité compuesto por:

George Nicolaou, *Presidente*,
Branko Lubarda,
Pere Pastor Vilanova, *jueces*,
y Marialena Tsirli, *Secretaria adjunta de Sección*,
Tras haber deliberado en secreto el 23 de febrero de 2016
Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició con dos demandas (nº 73818/11 y 19420/12) contra el Reino de España, interpuestas ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por D. Gerardo Menéndez García y D. Sigifredo Álvarez González, ambos de nacionalidad española (“los demandantes”), el 18 de noviembre de 2011 y el 22 de marzo de 2012, respectivamente.

2. El primer demandante estuvo representado por D. J.C. Menéndez Argüelles, abogado en ejercicio en Langreo. El Gobierno español (“el Gobierno”) estuvo representado por su agente D. R.A León Cavero, Abogado del Estado.

3. El 12 de septiembre de 2013 se comunicaron al Gobierno las demandas relativas a la duración de los procedimientos, y el resto de las demandas se declaró inadmisibles por el Presidente de la Sala, de conformidad con el artículo 54.3 del Reglamento.

HECHOS

CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

4. D. Gerardo Menéndez García (“el primer demandante”) nació en 1964 y vive en Gargantada (Langreo). D. Sigifredo Álvarez González (“el segundo demandante”) nació en 1956 y vive en Sant Jordi de Cercs (Barcelona).

5. En 2000 los demandantes actuaron en calidad de intermediarios (agente de compras) en la venta de tres coches, vendidos a una empresa. Como resultado de esta venta, el 20 de noviembre de 2000 se estableció la instrucción del proceso penal por el Juzgado de instrucción nº 1 de Gijón contra los demandantes y otros ocho sospechosos por fraude y falsedad documental.

6. El 16 de abril de 2001 y el 18 de abril de 2001, respectivamente, los demandantes fueron detenidos, acusados de falsedad documental e informados de sus derechos como detenidos. Posteriormente fueron interrogados por la Guardia Civil en presencia de su abogado.

7. El 8 de noviembre de 2004 el Juez emitió un auto ordenando la apertura de juicio oral y remitió el expediente completo a la Audiencia Provincial de Asturias.

8. El 6 de mayo de 2009 se llevaron a cabo las vistas ante la Audiencia Provincial de Asturias.

9. El 5 de junio de 2009, la Audiencia Provincial de Asturias condenó al primer demandante a tres años y seis meses de prisión, y al segundo demandante a cinco años de prisión por fraude y falsedad documental. La Audiencia Provincial de Asturias rechazó la reducción de la pena solicitada por los demandantes a la vista de la demora injustificada de los procesos, estipulado en el artículo 21 del Código Penal. La Audiencia Provincial de Asturias

admitió que los procesos habían sido “inusualmente” largos, pero que ello se debió a la complejidad del caso, en concreto a la dificultad en reunir las pruebas entre diferentes jurisdicciones, el elevado número de partes implicadas, la dificultad al intentar notificar a los acusados, así como la falta de celeridad por parte de los abogados de los demandantes en presentar sus alegaciones.

10. Los demandantes interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El 27 de mayo de 2010, el Tribunal Supremo falló parcialmente a favor de los demandantes y los condenó a tres años y ocho meses de prisión por fraude. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó las demandas por la demora injustificada de los procesos. El Tribunal Supremo consideró que incluso cuando los procesos podían parecer excesivamente largos, la Audiencia Provincial de Asturias había aportado una sólida y detallada justificación respecto a la duración de los procesos.

11. Ambos demandantes interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando, *inter alia*, la demora injustificada de los procesos.

12. Mediante autos de 20 de mayo de 2011 y 12 de septiembre de 2011, respectivamente (notificados el 25 de mayo de 2011 y 23 de septiembre de 2011), el Tribunal Constitucional declaró ambas demandas inadmisibles por la falta de trascendencia constitucional en los supuestos previstos en el artículo 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

EL DERECHO

I. ACUMULACIÓN DE LAS DEMANDAS

13. Teniendo en cuenta que ambas demandas se refieren a los mismos procesos nacionales y elevan materias idénticas con arreglo al Convenio, el Tribunal decide acumularlos en una única sentencia (artículo 42.1 del Reglamento).

II. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6.1 DEL CONVENIO

14. Los demandantes demandaron que la duración de la fase instructora y de primera instancia era incompatible con el requisito de “plazo razonable” establecido en el artículo 6.1 del Convenio, que dice lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída... dentro de un plazo razonable, por un Tribunal ...que decidirá los litigios sobre ... cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)”.

15. El plazo a tener en cuenta para determinar si los procesos cumplen el requisito de “duración razonable” establecido en el artículo 6.1 del Convenio comenzó el 16 y 18 de abril de 2001, respectivamente, cuando a los demandantes se les notificó oficialmente la denuncia sobre la comisión de un delito penal (ver *Deweert c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980, § 46, Serie A nº 35, *Neumeister c. Austria* (artículo 50), 7 de mayo de 1974, § 18 Serie A nº 17) y finalizó el 5 de junio de 2009, cuando la Audiencia Provincial de Asturias emitió su sentencia. En consecuencia, los procesos duraron alrededor de ocho años y un mes en una sola instancia.

A. Admisión a trámite

16. El Tribunal indica que las demandas no están manifiestamente mal fundadas en el sentido del artículo 35.3.a) del Convenio. Además indica que no son inadmisibles por otros motivos. Por tanto deben ser admitidas a trámite.

B. Fondo

17. El Gobierno sostuvo que algunos periodos de inactividad se debieron a la complejidad del caso y al comportamiento de los demandantes. Mantuvo que el cuantioso número de demandantes, la gran cantidad de documentación remitida y las pruebas que debían ser examinadas complicaron los procesos. El Gobierno reclama que los representantes legales no fueron diligentes cuando se les requirieron las pruebas o presentaban escritos, así como que el primer demandante no notificó un cambio de domicilio, por lo que todo lo anterior contribuyó a dilatar los procesos.

18. El Tribunal reitera que la proporcionalidad en la duración de los procesos debe lograrse a la vista de las circunstancias del caso y en referencia a los siguientes criterios: la complejidad del caso, el comportamiento de los demandantes y las autoridades pertinentes (ver, entre otra mucha jurisprudencia, *Pélissier y Sassi c. Francia* [GC], nº 25444/94, § 67, TEDH 1999-II)

19. EL Tribunal manifiesta que los procesos penales se refirieron a la presunta comisión de fraude y falsificación documental como resultado de una compra de automóviles involucrando a tres demandantes y diez demandados. Por tanto, admite que el caso era bastante complejo. Sin embargo, no puede considerarse que los procesos presentaban problemas o dificultades excepcionales. En relación con el comportamiento de los demandantes, el Tribunal considera que el hecho de que los abogados no presentaran los escritos “a su debido tiempo” no provocaron demoras concretas en los procesos que pudieran justificar su duración total.

20. El Tribunal indicó además que no se justificaba que la fase instructora durara cuatro años, esto es, del 20 de noviembre de 2000 al 8 de noviembre de 2004. Además, el Tribunal comprueba que el tiempo que media entre el 8 de noviembre de 2004, cuando se ordena la apertura de juicio oral, y el 5 de junio de 2009, cuando la Audiencia Provincial de Asturias dicta finalmente el fallo, parece ser particularmente largo.

21. El Tribunal ha constatado con frecuencia vulneraciones del artículo 6.1 del Convenio en casos con temática parecida a la del presente caso (ver *Pélissier y Sassi*, citado anteriormente).

22. Tras examinar todas las pruebas remitidas, el Tribunal considera que el Gobierno no ha facilitado hechos o argumentos que justifiquen una conclusión diferente en los asuntos presentes.

23. Teniendo en cuenta la jurisprudencia al efecto, el Tribunal considera que en el presente caso la duración de los procesos fue excesiva e incumplió el requisito de “plazo razonable”. En consecuencia, se ha vulnerado el artículo 6.1 del Convenio.

III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

24. El artículo 41 del Convenio establece:

“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”.

25. Los demandantes no han instado una demanda por satisfacción equitativa. En consecuencia, el Tribunal considera que no cabe concederles cantidad alguna por dicho concepto.

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Decide* acumular las demandas;;
2. *Declara* las demandas admisibles.;
3. *Manifiesta* que se ha vulnerado el artículo 6.1 del Convenio.

Hecho en inglés, y notificado por escrito el 15 de marzo de 2016, de conformidad con el artículo 77.2 y 77.3 del Reglamento del Tribunal.

Marialena Tsirli
Secretaria adjunta

George Nicolaou
Presidente



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro
documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO PÉREZ MARTÍNEZ c. ESPAÑA

(Demanda nº 26023/10)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

23 de febrero de 2016

*Esta sentencia adquirirá carácter de firmeza en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2
del Convenio. Puede sufrir correcciones de estilo.*

En el caso Pérez Martínez c. España,

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

Helena Jäderblom, *presidenta*,
Luis López Guerra,
George Nicolaou,
Helen Keller,
Johannes Silvis,
Dmitry Dedov
Branko Lubarda,
Pere Pastor Vilanova, *jueces*,
y Stephen Phillips, *secretario de sección*,

Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 2 de febrero de 2016,
Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso tiene su origen en una demanda (nº 26023/10) interpuesta ante el TEDH contra el Reino de España por un nacional de este Estado, el Sr. Manuel Pérez Martínez (“el demandante”), el día 5 de mayo de 2010, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”).

2. El demandante ha estado representado por el letrado, Don F.J. Pereña Mudarra abogado ejerciendo en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”) ha estado representado por su agente, Don F. de A. Sanz Gandasegui, Abogado del Estado-Jefe del Área de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

3. El día 18 de diciembre de 2012, la demanda fue trasladada al Gobierno.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

4. El demandante nació en 1944.

5. Mediante sentencia dictada el día 13 de diciembre de 2007, tras la celebración de una vista pública en la que el demandante fue oído, la Audiencia Nacional le absolvió del delito de detención ilegal en grado de conspiración previsto en el artículo 483, puesto en relación con los artículos 480 y 481 del Código Penal de 1973, del que se le acusaba, en el marco del secuestro del empresario P.C. El demandante era, en el momento de los hechos, el Secretario General del llamado “Partido Comunista de España reconstituido” (en adelante PCer), sospechoso de ser el brazo político del grupo terrorista “Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre”, más conocido bajo el nombre de “GRAPO”. En su sentencia, la Audiencia Nacional apuntaba que el PCer era el encargado de definir la estrategia de la lucha armada en el seno de la

organización, así como los objetivos pretendidos. Proporcionaba los recursos financieros y controlaba la selección y formación de los miembros de los “comandos militares”, repartiendo, en su caso, documentos de identidad falsos. Las dos entidades constituían pues una sola y única organización. El órgano de dirección del conjunto era el “comité central”, y a su cabeza se encontraba el Secretario General, al que respetaba y obedecía el conjunto de la organización.

6. Al tratarse más precisamente de la responsabilidad del demandante en el secuestro, la Audiencia Nacional consideró que no se había probado que el demandante, aun formando parte del mando central de los GRAPO, hubiera decidido o dado la orden de secuestrar a P.C. En efecto, su conocimiento del desarrollo de los hechos había sido sólo genérico, siendo su actitud más bien pasiva, a la espera del desarrollo y resultado del plan.

7. La acusación particular recurrió en casación. Mediante sentencia de 30 de marzo de 2009, dictada sin que se celebrara una audiencia pública, el Tribunal Supremo confirmó la argumentación del Tribunal *a quo* según la cual no se desprendía de los elementos del expediente que el demandante hubiera dado las ordenes o participado de forma activa en el secuestro. Su conocimiento general de los acontecimientos eran corroborados por otros hechos que la Audiencia Nacional había considerado como probados, a saber la reivindicación del secuestro ante los medios de comunicación por otro miembro de la organización, así como las declaraciones del demandante durante la vista ante el Tribunal *a quo* en las que afirmaba que la noticia del secuestro le había llegado por la prensa. Para el Tribunal Supremo, estaba pues claro que el demandante no había actuado de forma activa en esta detención ilegal.

8. Se desprendía, sin embargo, del acta resultante de la vista ante la Audiencia Nacional, que la cuestión relativa a la responsabilidad por omisión del demandante había sido planteada. El Tribunal Supremo apuntó al respecto que el tipo penal para los delitos de detención ilegal no excluía la comisión por omisión, por cuanto estas dos modalidades, a saber la acción y la omisión, eran equivalentes desde el punto de vista del texto legal.

El Tribunal Supremo recordó, además, que con el fin de profundizar sobre este punto, el propio Tribunal había solicitado a las partes el día 13 de enero de 2009, de acuerdo con el artículo 897 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que para un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida se expresaran sobre este extremo, es decir, sobre la responsabilidad por omisión de los acusados y la eventual aplicación a este caso del artículo 11 del nuevo Código Penal, disposición que era más favorable que su equivalente en el antiguo Código Penal. En sus escritos de alegaciones en respuesta, mientras que la acusación particular y el Ministerio Fiscal se mostraban favorables, el demandante discutía la aplicación de esta disposición, aduciendo que no se le podía responsabilizar por crear una situación de riesgo y que los hechos declarados probados no permitían concluir que los acusados hubieran tenido conocimiento del secuestro.

9. El Tribunal Supremo apuntó asimismo que, con este motivo, la acusación particular había solicitado la práctica de nuevas pruebas, solicitud que había rechazada por cuanto su competencia sólo abarcaba las cuestiones de derecho, no pudiendo por tanto abordar los elementos fácticos.

10. En lo que atañe a las condiciones necesarias para pronunciar la responsabilidad por omisión, el Tribunal Supremo mencionó las exigencias objetivas, es decir, la existencia de un deber resultante de la creación de un peligro, la capacidad de actuar del que se abstiene de hacerlo, así como su dominio sobre la fuente de peligros y, finalmente, la relación de causalidad

entre esta fuente y el delito. Por otra parte, y en cuanto al único elemento subjetivo, el Tribunal Supremo se refirió al dolo en los delitos de omisión.

11. En su análisis, el Tribunal consideró que la responsabilidad de los dirigentes de un partido político que actúa como una organización criminal se podía comprometer en la medida en que se acreditara su dominio sobre la fuente de peligros. Apuntó especialmente que:

“(…) quien asume la dirección de una organización configurada como una fuente de peligros, sin modificar este aspecto (...), acepta la posición de garante respecto de los riesgos que la organización que dirige implica para bienes jurídicos ajenos.”

12. En razón de la posición que ocupaba a la cabeza del PCER y de los GRAPO, el poder de mando del demandante estaba lo suficientemente contrastado. Refiriéndose al grado exacto de su responsabilidad, el Tribunal Supremo señalaba que:

“(…) no es posible imputar al acusado (...) un delito consumado de detención ilegal (...). Por el contrario surge con claridad de los hechos probados que el acusado no dio orden de liberar a la víctima, es decir, no realizó, pudiendo, intento alguno de hacer cesar la detención. (...) no [intentó] que sus subordinados pusieran en libertad al secuestrado. Esta configuración de los hechos se corresponde con la tentativa en los delitos impropios de omisión, que es de apreciar cuando el garante no ha intentado impedir la comisión del delito o la continuación de su ejecución, es decir, no ha practicado todos o parte de los actos que objetivamente hubieran impedido el resultado, y, no obstante, el resultado, (...) no ha tenido lugar por causas ajenas a su voluntad.

(...)

El acusado (...) [P.M.] ni siquiera alegó haber hecho el intento de impedir la continuación de la detención de D. Porfirio.

En conclusión: en este caso el acusado (...) [P.M.] se ha hecho responsable de un delito de detención ilegal en grado de tentativa.

El tipo subjetivo del delito de detención ilegal cometido por omisión no ofrece dudas: el acusado conocía su propia posición en la organización y su capacidad de actuar, la existencia de la detención ilegal del secuestrado, (...) y sabía que tenía los medios para hacerla cesar. Concurrieron en su conducta, por lo tanto, todos los elementos que definen el dolo de los delitos de omisión”.

13. A la luz de estos razonamientos, el Tribunal Supremo estimó el recurso. Mediante una segunda sentencia, dictado en la misma fecha, es decir el día 30 de marzo de 2009, condenó al demandante a una pena de siete años de prisión y al pago de una indemnización a las víctimas, por un delito de detención ilegal por omisión, según lo dispuesto en el artículo 480 del Código Penal en vigor en el momento de los hechos, en cuanto no ordenó la puesta en libertad de la víctima, pudiendo hacerlo, al tener la facultad para ello en razón de su posición en la organización.

14. El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien lo inadmitió mediante decisión notificada el día 10 de noviembre de 2009, por no haber acreditado el demandante una especial transcendencia constitucional de su recurso.

II. EL DERECHO INTERNO APLICABLE

A. El Código Penal de 1973

15. En lo que aquí interesa, las disposiciones del Código Penal de 1973 preveían:

Artículo 480

“El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

(...)”.

Artículo 481

“El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo (...):

1.º Si se hubiere exigido rescate o impuesto cualquier otra condición, (...)”

Artículo 483

“El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor.”

B. La Ley de Enjuiciamiento Criminal

16. Los artículos de esta Ley, en lo que aquí interesa, se leen de la siguiente manera:

Artículo 897

“(…)”

El Presidente, por propia iniciativa o a requerimiento de cualquier Magistrado, podrá solicitar del Ministerio Fiscal y de los Letrados un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, formulando concretamente la tesis que ofrezca duda al Tribunal.

No permitirá el Presidente discusión alguna sobre la existencia de los hechos consignados en la resolución recurrida, salvo cuando el recurso se hubiere interpuesto por el motivo del párrafo 2º del artículo 849, y llamará al orden al que intente discutirlos, pudiendo llegar a retirarle la palabra.”

C. El Código Penal de 1995

17. En lo que aquí interesa, el Código Penal de 1995 está redactado así:

Artículo 11

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no-evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

(…)”

b) Cuando el omitente haya creado un (...) riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 §§ 1 Y 3 DEL CONVENIO EN LO QUE RESPECTA A LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL RESPETO AL PRINCIPIO ACUSATORIO

18. El demandante alega que su condena, por parte del Tribunal Supremo, es contraria al principio acusatorio por cuanto ha sido condenado por un delito de detención ilegal por omisión, cuando la acusación inicial que se le hizo sólo atañía a la perpetración directa del delito.

En lo que aquí interesa, las partes correspondientes de la disposición en cuestión están así redactadas:

Artículo 6

1. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, (...), por un Tribunal (...) que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella

(...)

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

(...).”

A. Sobre la admisibilidad

19. El TEDH constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio y que por otra parte no contraviene ninguna otra causa de inadmisibilidad. Procede por tanto declarar su admisibilidad.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las parte

20. El Gobierno apunta que, mediante auto de 13 de enero de 2009, el Tribunal Supremo concedió a las partes un plazo de 10 días para que se pronunciaran sobre la aplicación, en este caso, del artículo 11 del Código Penal relativo a la comisión por omisión. El demandante respondió con fecha 27 de enero de 2013 solicitando la no aplicación de dicha disposición, argumentado lo que consideró oportuno. Para el Gobierno, por tanto queda claro que los derechos de defensa del demandante han resultado consecuentemente respetados.

21. Por su parte, el demandante considera que no ha podido defenderse suficientemente de las acusaciones que se le hicieron ante el Tribunal Supremo. Considera que ninguna de las partes acusadoras (acusación particular y Fiscalía) le atribuía con suficiente precisión el comportamiento por omisión. Recuerda al respecto que el escrito de conclusiones finales

presentado por las partes ante el Juez debe contener los hechos pertinentes y esenciales que permitan efectuar una calificación jurídica e integrar un delito concreto, lo que no habría sido el caso en el presente asunto.

2. Valoración del TEDH

22. El TEDH recuerda que las disposiciones del apartado 3 a) del artículo 6 muestran la necesidad de prestar un sumo cuidado en la notificación al interesado de la “acusación” que se le hace. El escrito de acusación tiene un papel determinante en las actuaciones penales: a partir de su notificación, la persona imputada está oficialmente advertida de la base jurídica y fáctica de los hechos que se le reprochan (*Kamasinski c. Austria*, 19 de diciembre de 1989, § 79, serie A n° 168, y *Pélissier y Sassi c. Francia* [GC], n° 25444/94, § 51, CEDH 1999-II). El artículo 6 § 3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho de ser informado no sólo del cargo de acusación, es decir de los hechos materiales que se le imputan y sobre los cuales se funda la acusación, sino también de la calificación jurídica que se hace de estos hechos, y esto de forma detallada.

23. El alcance de esta disposición debe apreciarse especialmente a la luz del derecho más general a un juicio equitativo que garantiza el apartado 1 del artículo 6 del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *Artico c. Italia*, 13 de mayo 1980, § 32, serie A n° 37, *Colozza c. Italia*, 12 de febrero de 1985, § 26, serie A n° 89, y *Pélissier y Sassi*, anteriormente citada, § 52). El TEDH considera que en materia penal, una información rigurosa y completa de los cargos que pesan sobre un acusado, y por tanto la calificación jurídica que la jurisdicción pudiera considerar, es un requisito esencial de la equidad del procedimiento.

24. Aun siendo cierto que las disposiciones del artículo 6 § 3 a) no imponen ninguna forma especial en cuanto a la manera en la que el acusado debe ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación que se le formula (ver, *mutatis mutandis*, *Kamasinski*, anteriormente citada, § 79), ésta debe, sin embargo, ser previsible para el mismo.

25. Finalmente, en cuanto a la queja respecto del artículo 6 § 3 b) del Convenio, el TEDH estima que existe un nexo entre los apartados a) y b) del artículo 6 § 3 y que el derecho a ser informado sobre la naturaleza y el motivo de la causa de la acusación debe ser contemplado a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa.

26. En este caso, el TEDH constata que, tal como lo ha subrayado el Tribunal Supremo, la eventualidad de la responsabilidad por omisión ya fue implícitamente abordada en los escritos de acusación, que se remitían al artículo 483 del Código Penal de 1973, disposición que preveía la omisión en un delito de detención ilegal. Además, el acta de la audiencia pública celebrada ante la Audiencia Nacional revela que la no liberación de la víctima por parte del demandante había sido objeto de varias preguntas durante los interrogatorios.

27. El TEDH apunta, además, que el día 13 de enero de 2009, el Tribunal Supremo estimó, teniendo en cuenta los recursos interpuestos, así como el contenido del artículo 480 y siguientes del Código Penal y la jurisprudencia asentada por el propio Tribunal Supremo, que los hechos declarados probados por la sentencia de la Audiencia Nacional podrían constituir un delito de comisión por omisión y ofreció la posibilidad a las partes de formular sus alegaciones sobre esta cuestión y la posible aplicación a este caso del artículo 11 del nuevo Código Penal (comisión por omisión) como disposición más favorable (párrafo 8 anterior). Mientras que la acusación particular y el Ministerio Fiscal se pronunciaron favorablemente, el demandante se opuso, aduciendo que no se le podía considerar responsable de haber creado una situación de riesgo

para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión, tal como lo prevé la disposición invocada.

28. Estos elementos le bastan al TEDH para considerar que el demandante ha tenido la posibilidad de ejercer su derecho de defensa ante el Tribunal Supremo, de manera concreta y efectiva, en lo que atañe a la calificación de los hechos declarados probados como un delito cometido por omisión (ver, de contrario, *Varela Geis c. España*, nº 61005/09, 5 de marzo de 2013).

29. El TEDH concluye pues que no ha habido violación del apartado 3 a) y b) del artículo 6 del Convenio, puesto en relación con el apartado 1 de ese mismo artículo.

II. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO EN LO QUE ATAÑE A LA AUSENCIA DE AUDIENCIA PÚBLICA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

30. El demandante alega que su condena por parte del Tribunal Supremo, sin haber sido personalmente oído, es contraria a las exigencias de inmediación y de presunción de inocencia. Considera que el enjuiciamiento del caso necesitaba que se celebrara una audiencia pública.

31. Se invoca, en lo que aquí interesa, el artículo 6 §§ 1 y 2 puesto en relación con el artículo 13 del Convenio. Dueña de la calificación jurídica de los hechos de la causa (*Gatt c. Malta*, nº 28221/08, § 19, CEDH 2010, y *Jusic c. Suiza*, nº 4691/06, § 99, 2 de diciembre de 2010), el TEDH juzga más adecuado el examinar las quejas de los demandantes sólo desde la perspectiva del artículo 6 del Convenio que se lee como sigue:

Artículo 6

1. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, (...), por un Tribunal (...) que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”

A. Sobre la admisibilidad

32. El TEDH constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio y que por otra parte no contraviene ninguna otra causa de inadmisibilidad. Procede por tanto su admisión.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

33. El Gobierno se refiere a las sentencias *Bazo González c. España* (nº 30643/04, 16 de diciembre de 2008) y, de contrario, *Lacadena Calero c. España* (nº 23002/07, 22 de noviembre de 2011), y considera que la naturaleza de las cuestiones enjuiciadas por el Tribunal Supremo no exigía la celebración de una vista. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo retomó los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional y efectuó una nueva interpretación sobre

una cuestión estrictamente jurídica, a saber la aplicación a este caso del artículo 11 del Código Penal, partiendo de los elementos de hecho ya constatados por el Tribunal *a quo*. En este sentido, el Gobierno observa que el Tribunal Supremo rechazó la práctica de nuevas pruebas aduciendo que, conforme a la Ley, su competencia se limitaba a las cuestiones de derecho.

34. Por su parte, el demandante opina que las cuestiones analizadas por el Tribunal Supremo exigían oír directamente al acusado así como a otros testigos que hubieran eventualmente podido declarar ante la Audiencia Nacional. Se refiere a la jurisprudencia del TEDH sobre este tema entre la cual las sentencias *Igual Coll c. España* (nº 37496/04, 10 de marzo de 2009), y *Lacadena Calero*, anteriormente citada.

2. Valoración del TEDH

35. El TEDH estima oportuno examinar esta queja desde la perspectiva del artículo 6 § 1 del Convenio conforme a la muy asentada jurisprudencia sobre este asunto (ver, entre otros, *Lacadena Calero*, anteriormente citada, *Valbuena Redondo c. España* (nº 21460/08, 13 de diciembre de 2011), *Igual Coll*, anteriormente citada, y *Bazo González*, anteriormente citada).

36. En lo que respecta a los principios generales pertinentes, el TEDH se remite a los párrafos 36 a 38 de la sentencia *Lacadena Calero*, anteriormente citada.

37. Refiriéndose a este caso concreto, el TEDH constata que los aspectos que ha debido analizar el Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante tenían un predominante carácter jurídico. Así, en base a los mismos elementos de hecho declarados probados por la Audiencia Nacional, la sentencia se ha limitado a modificar la calificación jurídica de los hechos en cuestión y, confirmando la ausencia de participación activa del demandante en el secuestro, ha concluido en calificar estos hechos como un delito de detención ilegal por omisión y en condenar al demandante (ver *de contrario*, entre otros, *Lacadena Calero*, anteriormente citada, §§ 46 y siguientes), por cuanto la posición del demandante en el organigrama jerárquico del PCER y de los GRAPO le atribuía la capacidad de poner término al secuestro. De esta manera, según los antecedentes de hecho que se establecen en la sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo no hizo más que verificar la no intervención del demandante en tratar de impedir la continuación del acto delictivo. A diferencia de otros asuntos (ver *Spînu c. Rumania*, nº 2030/02, §§ 55, 29 de abril de 2008), la jurisdicción de recurso no ha sido llamada a conocer, de hecho y de derecho, del asunto. Muy al contrario, los aspectos analizados por el Tribunal Supremo tenían un aspecto puramente jurídico (ver, *Bazo González*, anteriormente citada, § 36, y *Naranjo Acevedo c. España*, nº 35348/09, 22 de octubre de 2013, § 18).

38. El TEDH señala, además, que el demandante ha tenido la posibilidad de presentar las alegaciones que estimara oportunas, incluidas, en su caso, aquellas sobre la pena en que incurría respecto de esta nueva calificación jurídica (párrafo 8 anterior) y, en particular, sobre el conjunto de los aspectos relativos a la aplicación eventual, a este caso, del artículo 11 del nuevo Código Penal. Por lo demás el TEDH apunta que el propio Tribunal Supremo rechazó la solicitud de prueba de la acusación particular recordando que su competencia se limitaba a las cuestiones puramente jurídicas.

39. El TEDH observa igualmente que el elemento subjetivo al que se refiere el Tribunal Supremo (párrafo 12 anterior) se limita a constatar que, teniendo en cuenta la posición del demandante en el seno de la organización, nunca negada por éste, su capacidad de decisión

sobre la continuación del secuestro era evidente. Está pues claro que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre un elemento subjetivo específico del demandante, tal como su consciencia de la ilegalidad de su comportamiento, sino sobre la definición jurídica del delito enjuiciado con carácter general (ver, *de contrario*, entre otros, *Lacadena Calero*, anteriormente citada, §§ 46 y siguientes).

40. La extensión del examen realizado por el Tribunal Supremo en este caso conduce por tanto al TEDH a considerar que la celebración de una audiencia pública no era indispensable. En efecto, el representante del demandante tuvo la oportunidad de presentar por escrito los argumentos que estimara oportunos para la defensa de su cliente. De esta manera, el TEDH debe constatar que el demandante ha gozado de un procedimiento contradictorio de acuerdo con el artículo 6 § 1.

41. Estos elementos le bastan al TEDH para concluir que, habida cuenta de la naturaleza de las cuestiones examinadas por el Tribunal Supremo y del hecho de que el demandante haya podido presentar sus argumentos por escrito a través de su abogado, el hecho de que no haya sido oído por esta jurisdicción no supone que se haya vulnerado su derecho a un proceso equitativo. Por tanto, no ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio en lo que respecta a la ausencia de audiencia pública ante el Tribunal Supremo.

III. SOBRE LA QUEJA RESPECTO DEL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO

42. El demandante se queja igualmente de una mala aplicación del tipo penal. Estima haber sido objeto de una extensión desmesurada de las nociones de autoría y de responsabilidad penal. Invoca a este respecto el artículo 7 del Convenio.

43. Sin embargo, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos, el TEDH estima que las pretensiones del demandante se deben analizar desde la perspectiva del artículo 6 § 1 del Convenio (*Lacadena Calero*, anteriormente citada, § 57).

Sobre la admisibilidad

44. El TEDH constata que, de las alegaciones del demandante, se desprende que se queja de haber sido condenado injustamente. El TEDH recuerda a este respecto que, con arreglo a los términos del artículo 19 del Convenio, tiene por tarea asegurar el respeto de los compromisos que resultan del Convenio para las Partes Contratantes (ver, *mutatis mutandis*, *Alves Costa c. Portugal* (decisión), nº 65297/01, 25 de marzo de 2004). En especial no le pertenece conocer de los errores de hecho o de derecho presuntamente cometidos por una jurisdicción interna, salvo si, y en la medida en que, los mismos hubieran podido vulnerar los derechos y libertades protegidos por el Convenio (*García Ruiz c. España* [GC], nº 30544/96, § 28, CEDH 1999-I).

45. Al no ser aquí manifiestamente éste el caso, esta parte de la demanda es manifiestamente improcedente y debe ser rechazada de acuerdo con el artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.

IV. SOBRE LA QUEJA RESPECTO DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO

46. El demandante denuncia una violación de su derecho a un recurso efectivo para poder impugnar su condena por el Tribunal Supremo. Invoca el artículo 13 del Convenio.

Sobre la admisibilidad

47. Aunque el demandante plantea su queja desde la perspectiva del derecho a un recurso efectivo, el TEDH recuerda que el principio de doble grado de jurisdicción está solo garantizado por el artículo 2 del Protocolo n° 7 al Convenio.

48. A este respecto, el TEDH constata que este Protocolo entró en vigor, en lo que respecta a España, el día 1 de diciembre de 2009, y que por tanto no estaba ratificado en el momento de los hechos de la causa.

49. Esta parte de la demanda es, por consiguiente, incompatible *ratione temporis* con las disposiciones del Convenio, de acuerdo con el artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio (ver *Valbuena Redondo c. España*, n° 21460/08, §§ 42-44, 13 de diciembre de 2011).

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD

1. *Declara* la demanda admisible en cuanto a la queja respecto del artículo 6 del Convenio e inadmisibles por lo demás;
2. *Falla* que no ha habido violación del artículo 6 §§ 1 y 3 del Convenio en lo que respecta al presunto no respeto del principio acusatorio;
3. *Falla*, que no ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio en lo que respecta a la ausencia de audiencia pública ante el Tribunal Supremo.

Hecho en francés, y posteriormente comunicado por escrito el día 23 de febrero de 2016, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento.

Stephen Phillips
Secretario de Sección

Helena Jäderblom
Presidenta

Nota: Todas las citas referentes a decisiones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o disposiciones nacionales, son transcripciones de los originales en español de dichos documentos.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro
documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO PORCEL TERRIBAS Y OTROS c. ESPAÑA

(Demanda nº 47530/13)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

8 de marzo de 2016

Esta sentencia es firme. Puede sufrir correcciones de estilo.

En el caso Porcel Terribas y otros c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en Comité compuesto por:

Helen Keller, *presidenta*,
Johannes Silvis,
Alena Poláčková, *jueces*,
y Marialena Tsirli, *secretaria adjunta de sección*,
Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 9 de febrero de 2016,
Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso tiene su origen en una demanda (nº 47530/13) interpuesta ante el TEDH contra el Reino de España por cuatro nacionales de este Estado (ver relación en anexo), (“los demandantes”), el día 16 de julio de 2013, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”).
2. Los demandantes han estado representados por el letrado, F.J. Barcelona Sánchez abogado ejerciendo en Granada. El Gobierno español (“el Gobierno”) ha estado representado por sus agentes, Don F. de A. Sanz Gandasegui y Don R. A. León Cavero Abogados del Estado.
3. El día 7 de octubre de 2013, la demanda fue trasladada al Gobierno.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

4. Mediante sentencia contradictoria dictada el día 12 de julio de 2010, tras celebrarse una vista en la que los demandantes fueron oídos, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada los absolvió de un delito de corrupción urbanística a efectos del artículo 320 § 2 del Código Penal. Este artículo sanciona a las autoridades públicas que, conscientes de la ilegalidad de los proyectos urbanísticos, los aprueban o votan su aprobación. El Juez de primera instancia consideró en particular que:

“(…) con relación a los acusados Miguel Ángel Porcel Terribas, Dina Romero Gómez, José Pérez Flores y Francisco de Sales Ocaña Morales, (...) tras la valoración de las pruebas practicadas no se considera que en relación a aquellos haya quedado debida y suficientemente acreditado la concurrencia del elemento intencional o subjetivo que precisa el tipo, el cual (...) precisando, por tanto dolo, es decir, intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado por lo que ha de acordarse la absolución de los mismos”.

5. Para llegar a esta conclusión, fueron también oídos por el Juez, el Abogado del Ayuntamiento de Armilla (Granada), su Secretario General y la Jefa de Área de Urbanismo de dicho Ayuntamiento.

6. La parte acusadora y el Ministerio Fiscal recurrieron dicha sentencia. Este último solicitó que se celebrara una vista con el fin de que la jurisdicción de apelación pudiera oír a los testigos que formularon su declaración ante el Juzgado de lo Penal nº 3. La Audiencia Provincial de Granada consideró que una audiencia no era necesaria por cuanto, en todo caso, no era competente para reproducir otra vez los medios de prueba correctamente practicados por la jurisdicción *a quo*.

7. El día 28 de julio de 2011, la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia declarando culpables a los demandantes del delito previsto en el artículo 320 § 2 del Código Penal. En su sentencia, la Audiencia se refería a los testimonios que se produjeron ante el Juzgado penal nº 3 de Granada y consideraba que:

“(…) votaron afirmativamente [los acusados], lo hicieron a sabiendas de que su actuación no era correcta jurídicamente (…).

(…)

No nos cabe duda que los acusados votaron a sabiendas de la injusticia de aquella licencia [de obras]”

8. Contra esta sentencia, los demandantes promovieron un incidente de nulidad de actuaciones. Invocando el artículo 24 § 1 de la Constitución, se quejaban de la falta de audiencia pública en la apelación, cuando su condena se produjo tras un enjuiciamiento del caso de hecho y de derecho.

9. La Audiencia Provincial denegó la solicitud de nulidad mediante auto de 30 de enero de 2012, al estimar que los principios de inmediación y de contradicción habían sido respetados en la apelación.

10. Los demandantes interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal inadmitió el recurso mediante auto de 23 de enero de 2013. En la medida en que las quejas versaban sobre el fondo de la sentencia de la Audiencia Provincial y sobre el auto del rechazo del incidente de nulidad, el Alto Tribunal constató la ausencia de vulneración de la Constitución. En cuanto a la queja respecto de la falta de audiencia en la apelación, el Tribunal Constitucional apuntó que los demandantes no lo habían planteado en el procedimiento previo y lo rechazó por no haberse agotado las vías de recursos internos.

11. Los demandantes solicitaron la rectificación de este auto, afirmando que la queja con respecto a la falta de audiencia en la apelación sí que había sido planteada en el incidente de nulidad.

12. El día 3 de abril de 2013, el Alto Tribunal rechazó el incidente y confirmó los motivos de la denegación del amparo.

II. EL DERECHO Y LA PRÁCTICA INTERNAS APLICABLES

A. La Constitución

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.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (...)."

B. El Código Penal

Artículo 320

"1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia".

C. La Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículo 791 § 1

"Si los escritos de formalización [de la apelación] o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada".

D. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sentencia 230/2002, de 9 de diciembre de 2002

"Doctrina sentada en la sentencia 167/2002 de este Tribunal (...) se trae a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la cuestión suscitada, casos *Ekbatani contra Suecia*, *Cooke contra Austria*, *Stefanelli contra San Marino*, *Constantinescu contra Rumania* y *Tierce y otros contra San Marino*). Doctrina que se puede sintetizar (...) que la exigencia de esta garantía [respecto de que se celebre una vista] en fase de apelación depende de las peculiaridades del procedimiento considerado".

La sentencia apuntaba, además, que la valoración de pruebas de carácter documental no requería que el demandante se expresara personalmente ante la jurisdicción de apelación, la Audiencia Provincial no podía, sin la celebración de una audiencia, valorar de nuevo una prueba de carácter personal, a saber la declaración de un testigo o de un acusado. En efecto, esto sería contrario a los principios de publicidad, inmediatez y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 § 1 DEL CONVENIO EN LO QUE RESPECTA AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

13. Los demandantes se quejan de haber sido condenados por la Audiencia Provincial sin haber sido oídos en audiencia pública. Invocan el artículo 6 § 1 del Convenio que, en lo que aquí interesa, está así redactado:

« Artículo 6

1. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, (...), por un Tribunal (...) que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”

A. Sobre la admisibilidad

1. Argumentos de las partes

14. El Gobierno alega el no agotamiento de las vías de recurso internos y reprocha a los demandantes no haber solicitado que se celebrara una vista ni la práctica de pruebas en el marco del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Granada. Este defecto ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en su auto de fecha 23 de enero de 2013.

15. Por su parte, los demandantes apuntan que no han sido los promotores del recurso interpuesto por la parte acusadora y el Ministerio Fiscal. En efecto, se limitaron a presentar sus escritos de alegaciones para impugnar dichos recursos de apelación interpuestos contra ellos. En ese sentido, llaman la atención sobre la incoherencia de exigirles que soliciten que se celebre una audiencia pública, por cuanto la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo penal nº 3 de Granada concluyó absolverlos.

2. Valoración del TEDH

16. El TEDH señala en primer lugar que la decisión del Tribunal Constitucional inadmitiendo esta queja por falta de agotamiento, no precisa cuales son las vías de recurso que los demandantes hubieran debido utilizar para plantear sus pretensiones, y constata a este respecto que, del contenido del incidente de nulidad que constaba en el expediente, formulado por los demandantes contra la sentencia del 28 de julio de 2011, se desprende que sí plantearon la queja con respecto a la falta de intermediación.

17. Por otra parte, el TEDH apunta que el Ministerio Fiscal solicitó por su parte que se celebrara una vista con el fin de que la Audiencia Provincial tuviera la oportunidad de oír a los testigos que habían declarado ante el Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada. La Audiencia rechazó dicha solicitud porque no era competente para reproducir los testimonios oídos correctamente por la jurisdicción *a quo*.

18. A la luz de los argumentos anteriores, el TEDH considera que los demandantes han agotado las vías de recursos disponibles en derecho interno para plantear su queja, de acuerdo con las exigencias del artículo 35 § 1 del Convenio. Rechaza por tanto la excepción planteada por el Gobierno.

19. El TEDH constata por otra parte que esta queja no está manifiestamente mal fundada a los efectos del artículo 35 § 3 a) del Convenio y que no contraviene ninguna otra causa de inadmisibilidad. Procede por tanto su admisión.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

20. El Gobierno estima que, en su sentencia, la Audiencia Provincial ha respetado íntegramente los hechos declarados probados por el Juez de lo penal, al limitarse la modificación efectuada a una cuestión puramente jurídica, es decir, si al que vota a favor de un proyecto urbanístico, a sabiendas de su ilegalidad, se le puede considerar responsable por concurrencia de un dolo directo por su parte. La celebración de una vista no era por tanto necesaria en este caso.

21. Por su parte, los demandantes se quejan de haber sido condenados por la jurisdicción de apelación en base a pruebas de carácter personal tales como las declaraciones de tres testigos, sin que se celebrara una audiencia pública. Tras una valoración de esas pruebas, que no habría respetado los principios de inmediación y contradicción, la Audiencia Provincial concluye, al contrario del Juez *a quo*, que existe el elemento intencional del delito de corrupción urbanística.

2. Valoración del TEDH

a) Principios generales

22. En lo que respecta a los principios generales aplicables a este caso, el TEDH se remite a los párrafos 36 a 38 de la sentencia *Lacadena Calero c. España* (nº 23002/07, 22 de noviembre de 2011).

b) Aplicación de estos principio a este caso

23. De entrada, el TEDH subraya que el presente caso se basa en la misma problemática que la expuesta en la sentencia *Valbuena Redondo c. España* (nº 21460/08, 13 de diciembre de 2011).

24. El TEDH apunta que en el presente caso no se discute que los demandantes, que fueron absueltos en primera instancia, han sido condenados por la Audiencia Provincial de Granada sin que se celebrara una audiencia pública.

1. Por consiguiente, con el fin de determinar si ha habido vulneración del artículo 6 del Convenio, le corresponde examinar el cometido de la Audiencia y la naturaleza de las cuestiones de las que debía conocer. En los demás asuntos examinados por el TEDH que versan sobre la misma problemática (ver, por todas, la sentencia *Valbuena Redondo*, anteriormente citada), el TEDH resolvió que una audiencia se revelaba necesaria cuando la jurisdicción de apelación “efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera” situándose de esta manera más allá de las consideraciones estrictamente de derecho. En tales casos, una vista se hacía necesaria para llegar a un fallo sobre la culpabilidad del demandante (ver la sentencia *Igual Coll c. España*, nº 37496/04, § 36, 10 de marzo de 2009).

2. En suma, le incumbe esencialmente el decidir, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso concreto, si la jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la apelación ha procedido a una nueva valoración de los elementos de hecho (ver igualmente *Spînu c. Rumanía*, nº 32030/02, § 55, 29 de abril de 2008).

3. En este caso, la Audiencia Provincial de Granada, para llegar a una nueva interpretación jurídica de la actuación de los acusados, se ha pronunciado sobre circunstancias subjetivas que les atañían, a saber su consciencia de la ilegalidad de la concesión de las licencias urbanísticas (párrafo 7 anterior). Este elemento subjetivo ha sido decisivo en el establecimiento de la culpabilidad de los acusados. En efecto, el delito de corrupción urbanística exige que el acusado haya actuado de manera intencionada. Tras celebrarse una audiencia pública durante la cual los demandantes, así como varios testigos, fueron oídos, el Juez de lo penal ha considerado que esta exigencia subjetiva, en lo relativo al delito en cuestión, no estaba cumplida. En cuanto a la Audiencia Provincial, ha concluido que tal intencionalidad por parte de los demandantes existía, y esto sin haber procedido a la valoración directa de los testimonios de los demandantes, y en contradicción con las conclusiones del Tribunal de instancia. En particular, al contrario que el Juez *a quo*, consideró que las declaraciones de los tres empleados del Ayuntamiento debían interpretarse como que implicaban claramente a los demandantes en la comisión del delito, por cuanto su conocimiento sobre la ilegalidad de las licencias urbanísticas no dejaba lugar a dudas. Esta nueva valoración del elemento subjetivo del delito de corrupción urbanística se ha efectuado sin que los demandantes tuvieran la oportunidad de ser oídos personalmente para discutir, mediante un enjuiciamiento contradictorio, la nueva valoración efectuada por la Audiencia Provincial.

4. Les anteriores argumentos permiten al TEDH observar que la jurisdicción de apelación ha reinterpretado los hechos declarados probados y ha efectuado una nueva calificación jurídica de los mismos, sin respetar las exigencias del principio de inmediación (ver, *de contrario*, *Bazo González c. España*, nº 30643/04, § 36, 16 de diciembre de 2008). A este respecto, se debe constatar que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso, la existencia de una intencionalidad), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación de los acusados sin haber tratado previamente de probar la realidad de la misma, lo cual implica, necesariamente, la comprobación de la intención de los acusados con respecto a los hechos que se les imputan (*Lacadena Calero*, anteriormente citada, § 47).

5. A la luz de cuanto antecede, el TEDH concluye que, en este caso, la extensión del examen realizado por la Audiencia hacía necesario que los demandantes fueran oídos en audiencia pública. Consecuentemente, se ha producido violación del artículo 6 § 1 del Convenio a este respecto.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

30. Según 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

31. Los demandantes solicitan la anulación de la sentencia dictada el 28 de julio de 2011 por la Audiencia Provincial de Granada. Subsidiariamente, reclaman 100.000 euros cada uno en concepto del perjuicio moral que habrían sufrido.

32. El Gobierno se opone a estas reclamaciones, que encuentra excesivas. Apunta que, en caso de declararse la vulneración, los demandantes podrán solicitar la responsabilidad

patrimonial de la Administración pública o incluso la responsabilidad de la Administración por error judicial.

33. El TEDH no observa ningún nexo de causalidad entre la violación declarada y el alegado daño material y rechaza esta demanda. En efecto, no puede especular sobre el resultado al que habría llegado el tribunal de apelación si hubiera autorizado que se celebrara una audiencia pública (ver sentencia *Igual Coll*, anteriormente citada, § 51). En cambio, estima que los demandantes han padecido, ciertamente, un perjuicio moral. Habida cuenta de las circunstancias de la causa, y resolviendo sobre una base equitativa, como lo requiere el artículo 41 del Convenio, acuerda otorgar a cada demandante la cantidad de 6.400 euros en concepto de perjuicio moral.

B. Gastos y costas

34. Los demandantes reclaman igualmente 12.176,24 euros cada uno, importe correspondiente a los gastos de procedimiento ante las jurisdicciones internas, que fueron condenados a pagar

35. En cuanto a los gastos de abogados, los demandantes se remiten al buen criterio del TEDH para establecer su importe.

6. El Gobierno solicita el rechazo de estas pretensiones.

7. Según la jurisprudencia del TEDH, un demandante sólo puede obtener el reembolso de sus gastos y costas en la medida en que se encuentren fehacientemente justificados, sean necesarios y, del carácter razonable de su cuantía. Además, los gastos de justicia son sólo recuperables en la medida en que se relacionen con la violación declarada. En este caso, el TEDH apunta que los demandantes no han justificado el haber reembolsado las cantidades relativas a los gastos de procedimiento. Finalmente, al TEDH no le consta que se haya aportado nota de honorarios de abogados alguna. Por consiguiente, habida cuenta de la falta de documentos en su poder y de su jurisprudencia, el TEDH rechaza la reclamación presentada por los demandantes por este concepto.

C. Intereses por mora

8. El Tribunal juzga conveniente imponer el mismo tipo de interés por mora que el tipo de interés de la facilidad marginal de crédito aplicado por el Banco Central Europeo, más tres puntos porcentuales.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la admisibilidad de la demanda;
2. *Declara* que ha habido vulneración del artículo 6 § 1 del Convenio;

3. *Falla*

a) que el Estado demandado debe abonar a cada demandante, dentro de los tres meses siguientes, la siguiente cantidad:

6.400 euros (seis mil cuatrocientos euros) por daño moral;

b) que una vez transcurrido este plazo, y hasta su liquidación, estas cantidades devengarán intereses a un tipo porcentual igual al tipo de interés marginal aplicado a sus préstamos por el Banco Central Europeo aumentado en tres puntos porcentuales;

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

Hecho en francés, y posteriormente comunicado por escrito el día 8 de marzo de 2016, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento.

Marialena Tsirli
Secretaria adjunta

Helen Keller
Presidenta

Nota: Todas las citas referentes a resoluciones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o disposiciones nacionales, son transcripciones de los originales en español de dichos documentos.

ANEXO

1. Miguel Ángel PORCEL TERRIBAS nació en 1947 y reside en Armilla.
2. Francisco de Sales OCAÑA MORALES nació en 1952 y reside en Los Ogíjares.
3. José PÉREZ FLORES nació en 1956 y reside en Armilla.
4. Dina ROMERO GÓMEZ nació en 1968 y reside en Armilla.

