

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

F. A. CASTILLO BLANCO

Público y privado en la defensa del espacio urbano: hacia una necesaria revisión del sistema reaccional vigente

J. ORTEGA BERNARDO

Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios

G. G. RUIZ ZAPATERO

Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales

169

Madrid

Enero/Abril

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



DOCUMENTOS
Y DICTÁMENES



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 169,
Madrid, enero-abril (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO*

Doctor en Derecho

Universidad Complutense de Madrid

I. LÍMITES A LA LIBERTAD DE MANIFESTAR LA RELIGIÓN. EL CASO *LEYLA SAHIN C. TURQUÍA*, DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005.—II. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.—III. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD Y DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR.—IV. RESPETO DE LOS BIENES: 1. *Error médico y responsabilidad patrimonial*. 2. *Protección de la propiedad industrial*. 3. *Demanio marítimo y transferencia coactiva de la propiedad*.

I. LÍMITES A LA LIBERTAD DE MANIFESTAR LA RELIGIÓN.

EL CASO *LEYLA SAHIN C. TURQUÍA*, DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005

Antecedentes

Dos de las grandes conquistas de la fundación de la República de Turquía (1923) fueron el principio de laicidad del Estado y el principio de no discriminación por razón de sexo.

La proclamación de Turquía como un Estado laico constituyó la culminación de un proceso que se fue gestando desde el siglo XIX en el seno de la sociedad otomana, que aspiraba a alcanzar una sociedad moderna que garantizase la igualdad entre todos los ciudadanos. La consagración del principio de laicidad del Estado, al fundarse la República de Turquía, trajo consigo toda una serie de reformas revolucionarias: la abolición del califato en marzo de 1923; la eliminación de la previsión constitucional declarando el Islam como religión del Estado en abril de 1928; y, finalmente, la reforma del artículo 2 de la Constitución de 1924, otorgando estatus constitucional al principio de laicidad. Una consecuencia destacada de este proceso fue la Ley de Educación de 1924, mediante la que se cerraron las escuelas religiosas, trasladándose el control de los centros de enseñanza al Ministerio de Educación. Esta Ley forma parte del grupo de leyes que tienen valor constitucional (párrafo 34 de la sentencia).

Uno de los rasgos característicos que define el ideal republicano es la presencia y participación activa de la mujer en la vida pública (párrafo 32 de la sentencia). Arraiga la idea de la liberación de la mujer con respecto de las restricciones que pueda sufrir por motivos religiosos. Como conse-

* obouazza@der.ucm.es. Estas notas han sido realizadas en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia «El reto de los Derechos Fundamentales en el seno de una sociedad pluralista» (SEJ-08538), dirigido por el Prof. Dr. D. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Catedrático de Derecho Administrativo.

cuencia, se llevan a cabo toda una serie de reformas del Código Civil, garantizando la igualdad de sexos en el ejercicio de los derechos civiles. En concreto, en materia de separación y divorcio y sucesiones. Igualmente se reformaría la Constitución para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos (1934).

* * *

Desde los años ochenta se ha producido un notable incremento de la presencia de la simbología religiosa islámica en el ámbito de lo público. Empezará a ser más frecuente la asistencia de alumnas a los centros de educación superior con el velo islámico. Esta circunstancia ha provocado (y sigue provocando) un debate muy vivo en el país¹. Los que están a favor consideran que llevar el velo constituye un deber y una forma de expresión vinculada a una identidad religiosa. Aquellos que defienden el principio de laicidad lo contemplan como una manifestación política del Islam. En cualquier caso, este fenómeno provocó que se aprobaran normativas prohibiendo el uso del velo islámico en los establecimientos del sector público (hospitales, centros de enseñanza, etc.). Esta normativa ha originado una serie de casos en los Tribunales internos que reflejan el profundo sentimiento de laicidad del Estado y el significado que puede tener la simbología religiosa islámica en un país laico predominantemente musulmán. En este sentido, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 13 de diciembre de 1984, dijo que «más allá de constituir una práctica inocente, llevar el velo se está convirtiendo en un símbolo contrario a las libertades de las mujeres y los principios fundamentales de la República» (párrafo 37 de la sentencia). En la misma línea, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 7 de marzo de 1989, estableció que aunque cada uno es libre de vestir como quiera, cuando una determinada forma de vestir es impuesta a los individuos que practican una religión, la creencia en cuestión se considera como un conjunto de valores incompatibles con los de la sociedad contemporánea. A mayor abundamiento, en Turquía, donde la mayoría de los ciudadanos son musulmanes, llevar el velo islámico como un deber religioso sería discriminatorio entre los musulmanes practicantes y no practicantes y con respecto de los no creyentes, en el bien entendido que aquel que decidiese no llevarlo podría ser observado como contrario a la religión. El Tribunal Constitucional también señaló que los estudiantes tenían derecho a recibir la educación en un ambiente sosegado, tolerante, al margen de las creencias de cada uno. Consideró que, indepen-

¹ Debate que adoptó una tonalidad política al alcanzar el poder el Partido de la Prosperidad (*Refah Partisi*), en coalición con un partido de centro-derecha, en 1996. Este Gobierno intentó, contrariamente al principio de laicidad, establecer diferentes sistemas jurídicos dependiendo de la comunidad religiosa a la que se perteneciese. El Partido de la Prosperidad fue declarado ilegal. Estrasburgo conoció del caso en virtud de la demanda presentada por sus miembros, ratificando la decisión del Estado. Nuestra mejor doctrina ha estudiado este caso. Me remito al trabajo del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia? (STEDH *Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía*, de 31 de julio de 2001)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2, 2002, págs. 337-358.

dientemente de si se considera el velo islámico un precepto del Islam, otorgar reconocimiento legal a un símbolo religioso de ese tipo en la educación superior no sería compatible con el principio de que la educación estatal debe ser neutral. Generaría, concluye el Alto Tribunal, conflictos entre estudiantes que tienen diferentes convicciones religiosas.

Hechos

Leyla Sahin, una estudiante de Medicina de la Universidad de Estambul, procedente de una familia tradicional musulmana, considera que llevar el velo islámico es su deber. Cuando estaba cursando el quinto curso de carrera, el Vicerrector de la Universidad aprobó una Circular en la que se establecía que los estudiantes que llevasen barba o velo islámico no serían admitidos en clase, seminarios o tutorías. En aplicación de esta normativa, la demandante no pudo participar en gran parte de la actividad académica de la Universidad, como, por ejemplo, exámenes, conferencias o cursos. La Universidad la amonestó por persistir en el incumplimiento de la normativa, e incluso la expulsó durante un semestre por participar en una manifestación no autorizada contra las nuevas medidas. Estas sanciones fueron revocadas posteriormente en virtud de una Ley de amnistía.

La demandante, al no tener éxito en las instancias internas, acude a la justicia europea. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también «el TEDH», «el Tribunal» o «Estrasburgo»), por unanimidad, tampoco le dará la razón (sentencia de 29 de junio de 2004). Consideró que la prohibición del Estado de llevar el velo islámico no era contraria a la libertad religiosa, prevista en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también «CEDH» o «el Convenio»). La señora Leyla Sahin solicitó la revisión del fallo por la Gran Sala.

Argumentación del TEDH

La demandante alegó que la prohibición de llevar el velo islámico atentaba contra su libertad religiosa, constituía una interferencia injustificada en su derecho a la educación (art. 2 del Protocolo adicional núm. 1) e implicaba una discriminación por motivos religiosos (art. 14+9 CEDH), ya que las alumnas que llevaban el velo debían elegir entre religión y educación y distinguía entre creyentes y no creyentes. Finalmente, también formularía su demanda de conformidad con los artículos 8 (respeto de la vida privada y familiar) y 10 (libertad de expresión).

El TEDH establece que, efectivamente, la prohibición de llevar el velo islámico ha interferido en el ejercicio de la libertad religiosa de la demandante, de conformidad con el primer párrafo del artículo 9 CEDH. A continuación analizará el supuesto de hecho desde el punto de vista de los límites previstos en el segundo párrafo del precepto. Habrá que ver si la medida estaba prevista por la Ley, atendía a un fin legítimo y, finalmente, era necesaria en una sociedad democrática.

Prevista por la Ley.

El Tribunal considera que la medida estaba prevista por la Ley. Para ello se apoya en la interpretación autorizada que los Tribunales Supremo y Constitucional internos hacen de la Ley aplicable en materia de vestimenta en los centros educativos. El TEDH subraya que la demandante conocía las consecuencias jurídicas de llevar el velo islámico en la Universidad.

Fin legítimo.

El TEDH constata que la medida adoptada perseguía un fin legítimo, a saber, la protección de los derechos y libertades de los demás y la protección del orden público, mediante la salvaguarda de la laicidad que garantiza la Carta Magna.

Necesaria en una sociedad democrática.

Finalmente, se debía averiguar si la prohibición era necesaria en una sociedad democrática². En primer término, el TEDH constata que la interferencia se basaba en los principios de laicidad e igualdad. En esta línea, de acuerdo con el Tribunal Constitucional turco, Estrasburgo considera que la laicidad, garantía de los valores democráticos, constituye el nexo entre la libertad y la igualdad. Este principio impide al Estado mostrar preferencia por alguna religión en particular. Es un principio que guía al Estado en su papel de árbitro imparcial y acoge, necesariamente, la libertad de conciencia y de religión. Este principio sirve igualmente, continúa el Tribunal, para proteger a los individuos no sólo de las hipotéticas injerencias arbitrarias del Estado, sino también de movimientos extremistas. En esta línea, la libertad individual de manifestar la religión puede ser limitada para defender esos valores y principios (párrafo 113 de la sentencia). Añadiré que la noción de laicidad encaja con los valores que inspiran el Convenio. Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo también hace referencia al énfasis que se realiza en el sistema constitucional turco a la igualdad por razón de sexo. Teniendo en consideración que la mayoría de los ciudadanos del país profesan la fe islámica y que en los últimos tiempos los símbolos religiosos habían adquirido un creciente significado político en el país, que se trataban de imponer desde ciertas corrientes políticas basadas en una concepción de la sociedad fundada en preceptos religiosos, se considera que la limitación de la libertad de manifestar la religión puede consti-

² Sobre esta cláusula, me remito al estudio monográfico del profesor Daniel I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los derechos y las libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI: análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula «necesario en una sociedad democrática»*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, 218 págs.

tuir una necesidad social imperiosa para proteger a las mujeres que decidan no llevar el velo islámico. Por todo ello, el TEDH concluirá que las medidas adoptadas son proporcionales al fin legítimo preseguido y, por consiguiente, necesarias en una sociedad democrática.

* * *

En relación con la demanda en torno a la violación del derecho a la educación del artículo 2 del Protocolo adicional núm. 1, la Gran Sala, en primer lugar, destaca que en principio este precepto se refiere a la educación primaria y secundaria. Sin embargo, como el Convenio es un instrumento vivo que se interpreta de conformidad con la evolución de los tiempos, se podrán extender las exigencias de este precepto a aquellos Estados que ofrezcan estudios superiores, habida cuenta del importante papel que juega la educación en el fortalecimiento de los derechos humanos. Aplicando estos principios al caso concreto, el Tribunal constata que las normas en virtud de las cuales se ha impedido el derecho de examen de la demandante, así como su participación en cursos y seminarios, perseguían un fin legítimo —básicamente, preservar el carácter laico de las instituciones educativas— y los medios empleados fueron proporcionados. El respeto de la normativa universitaria hubiese otorgado a la demandante pleno acceso a las actividades económicas de acuerdo con su expediente académico. Por ello, se concluye que no ha quedado afectado el núcleo duro de su derecho a la educación.

* * *

Finalmente, en torno a los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada) y 10 (libertad de expresión) en relación con el artículo 14, el Tribunal considera que las medidas adoptadas no iban dirigidas contra la demandante por su religión, sino que perseguían el fin legítimo de proteger los derechos de los demás, así como preservar el carácter laico de las instituciones educativas.

Opinión disidente

A diferencia de la sentencia de la Sala, esta Decisión no se adopta por unanimidad. En efecto, la juez belga Françoise TULKENS formula una opinión opuesta a la de la mayoría, planteando algunos elementos que pueden enriquecer el contenido global del fallo en un tema tan vivo en Europa, sobre el que se adoptan soluciones tan diversas, como bien se expone en los párrafos 55 a 64. Es interesante la línea en relación con la variante de la libertad de manifestar la religión en público o en privado y su analogía con la libertad de expresión:

«El posible efecto de llevar el velo, considerado como un símbolo, que pueda tener en aquellos que no lo llevan, no

me parece, teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal, suficiente para satisfacer el requisito de la necesidad social imperiosa, a menos que la libertad religiosa se reduzca a tener en consideración el contexto (...). En el ámbito de la libertad de expresión (artículo 10), nunca se ha aceptado la justificación de su interferencia por el hecho de que las ideas u opiniones no fuesen compartidas por todos o, incluso, pudiesen ofender a algunas personas. Recientemente, en la sentencia *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, el Tribunal ha sostenido que ha habido violación de la libertad de expresión en un caso en el que un líder religioso musulmán fue condenado por criticar violentamente el régimen laico en Turquía, apelando a la instauración de la sharia y refiriéndose a los niños nacidos de matrimonios celebrados únicamente ante las autoridades laicas como “bastardos”. Así, manifestar la religión de uno llevando pacíficamente el velo islámico puede ser prohibido mientras que, en el mismo contexto, los comentarios que pueden incitar al odio religioso están cubiertos por la libertad de expresión.

(...) La actitud de llevar el velo islámico no se puede asociar *per se* al fundamentalismo. Es vital distinguir entre aquellas mujeres que llevan el velo y los “extremistas” que quieren imponerlo, así como otros símbolos religiosos. No todas las mujeres que llevan el velo son fundamentalistas y no hay nada que muestre que la demandante mantuviese posturas fundamentalistas. La demandante es adulta y universitaria por lo que se presume que tiene suficiente capacidad para resistir presiones (...). El interés personal de la demandante de ejercer su libertad religiosa y manifestar su religión con un símbolo externo no puede ser absorbido por completo por el interés público de luchar contra el extremismo».

II. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La Decisión de inadmisibilidad *Gabriele Metzger c. Alemania*, de 17 de noviembre de 2005, nos ofrece una muestra de las enérgicas tensiones que, en ocasiones, se viven en los plenos municipales, escenario donde los vecinos pueden hacer oír su voz de una forma más directa.

Hechos y vía interna

La señora Gabriele Metzger (la demandante, en adelante), miembro del Grupo Verde del condado de Neckar-Odenwald, asistió como oyente a un Pleno del Ayuntamiento de Billingham donde se discutía la conversión de

una residencia de ancianos en un centro de minusválidos psíquicos. Una iniciativa de 30 personas se opuso al proyecto. La portavoz de la iniciativa vecinal argumentó que el centro de discapacitados ponía en peligro la seguridad de los vecinos, sobre todo de los niños, y, además, el valor real de sus propiedades decrecería. La demandante, ante tales argumentaciones, replicó en voz baja: «¡Son nazis, éstas son prácticas nazis!» («*But these are Nazis, these are Nazi methods*»). Este comentario trascendería a la prensa regional, donde igualmente fue acusada de llamar «nazis», a la salida del Pleno, a los defensores de la iniciativa ciudadana.

No hubo una posición uniforme en las diferentes instancias internas. Ambas partes obtuvieron fallos favorables. Es de interés destacar las argumentaciones dadas por el Tribunal Regional de Mosbach. Este Tribunal analizó si la apreciación de la demandante estaba justificada desde la óptica de su derecho a la libre expresión, recogido en el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn. Estableció que en temas de interés público se presumía que los juicios de valor estaban permitidos aun cuando fuesen duros, polémicos o exagerados. Sin embargo, argumenta el Tribunal interno, *la libertad de expresión no ampara los juicios destinados a insultar y que no contribuyen al debate sobre la cuestión de interés público*. El Tribunal finalmente consideró que las consideraciones de la demandante estaban únicamente dirigidas a difamar. Al comparar a los firmantes de la iniciativa a los nazis, que esterilizaron y mataron a deficientes mentales únicamente por el hecho de su enfermedad, la demandante había insultado a esas personas sin establecer una vinculación directa con la materia objeto de discusión. La señora Metzger agotaría la vía interna sin éxito.

Argumentación del TEDH

El TEDH reconoce que ha habido una injerencia en el derecho a la libertad de expresión de la demandante. A continuación analiza si tal injerencia estaba justificada. En este sentido, tenía que averiguar si estaba prevista por la ley, atendía a un fin legítimo y era necesaria en una sociedad democrática. Una primera dificultad era la previsión normativa de esa limitación. Y es que el Código Penal alemán únicamente contempla la calumnia individual, no la colectiva (es decir, la dirigida contra un grupo de personas). Sin embargo, el TEDH comprueba que los Tribunales internos han extendido la previsión del Código Penal a la calumnia dirigida a un grupo de personas, con lo que se entendió que estaba prevista por la ley y la consecuencia jurídica era predecible. A continuación, el TEDH examina si la injerencia en la libertad de expresión ha sido proporcionada al fin legítimo perseguido. Para ello, el Tribunal tiene en cuenta una serie de factores. En primer lugar, el diferente estatus de los implicados. Si bien la demandante participaba en la política regional y, por ello, debe ofrecer un mayor grado de tolerancia a la hora de exponer sus manifestaciones a la opinión pública, los firmantes de la iniciativa ciudadana, por el contrario, aunque contribuyeron al debate de una forma organizada, sometiéndose

igualmente a la opinión pública, no podían considerarse figuras públicas como los políticos, con lo que no estaban expuestos a la opinión pública de una manera tan extensa como lo pudiera estar la demandante. En segundo lugar, si bien la apreciación de la demandante fue espontánea y puede considerarse incluida en el ámbito de la libertad de expresión, hay un estigma que vincula el nazismo con las ideas nacionalsocialistas, con lo que se puede considerar razonablemente que la demandante ha excedido los límites de la crítica aceptable. En definitiva, la libertad de expresión, si bien constituye uno de los fundamentos de toda democracia, no es un derecho ilimitado. Precisamente, sus límites completan su contenido. Finalmente, la multa que se le impuso a la demandante —40.000 marcos alemanes— no se consideró excesiva teniendo en consideración su retribución diaria —40 marcos alemanes—. Por todo ello, concluye el Tribunal, no se ha violado la libertad de expresión de la demandante.

III. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD Y DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR

Uno de los retos más apasionantes que debe afrontar la Europa de los ciudadanos es la inmigración. El viejo continente constituye en la actualidad una de las principales regiones receptoras de ciudadanos de terceros países, con lo que se deberá trabajar intensamente en la asimilación de esta realidad social mediante una integración efectiva de los nuevos ciudadanos, frente a la tradicional política de asimilación. En esta tarea se deberán emplear esfuerzos considerables, para evitar que este fenómeno pueda provocar grietas en los valores asentados en la sociedad europea, como la libertad, la seguridad y el respeto de los derechos humanos. Qué duda cabe, en consecuencia, que el fenómeno migratorio supondrá un gran desafío para las instituciones y políticas socioeconómicas de las sociedades europeas. En torno a estas cuestiones rota el caso *Niedzwiecki c. Alemania*, de 25 de octubre de 2005.

Hechos y vía interna

El señor Jaroslaw Niedzwiecki emigró en febrero de 1987 de su Polonia natal, país no comunitario en aquel momento, a Alemania. Solicitó asilo, pero su petición fue denegada. Sin embargo, su expulsión fue suspendida en virtud de un acuerdo de la Secretaría de Estado del *Länder* de no expulsar a nacionales polacos. Posteriormente, el demandante obtendría un permiso de residencia provisional que renovaría cada dos años hasta 1997, cuando consiguió un permiso permanente.

Dos años antes de la obtención de este último permiso nació la hija del demandante. Solicitó una desgravación fiscal por hijo a cargo, prevista en la Ley (*Bundeskindergeldgesetz*). Sin embargo, la Administración le denegó esta prestación, ya que, de conformidad con el artículo 1.3 de esa norma,

sólo podían disfrutar de este beneficio quienes tuviesen un permiso permanente, si bien todos los inmigrantes, es decir, aquellos que disponen de permiso provisional y los que disponen de un permiso permanente, debían satisfacer los impuestos en régimen de igualdad.

El demandante, sin éxito, recurrió en primera instancia ante el Tribunal de lo Social (*Sozialgericht*). El Tribunal argumentó que los beneficios sociales previstos en la Ley iban dirigidos a personas que residían permanentemente en Alemania, no a aquellas que residían con carácter provisional (debe tenerse en cuenta que de 1987 a 1997 el demandante residía de hecho permanentemente en Alemania; desde un punto de vista legal, era un residente provisional pues era el permiso que le ofrecía la Administración). Esta distinción, concluye el Tribunal, no viola la Ley Fundamental de Bonn, pues encaja en el margen de discrecionalidad que se ofrece al legislador.

El Tribunal de lo Social de Baviera confirmó en apelación la decisión dictada en Primera Instancia. Sin embargo, añadió un dato de interés. En efecto, si bien reiteró que las diferencias entre residentes permanentes y temporales a la hora de obtener deducciones fiscales por hijos a cargo eran compatibles con la Constitución, el pago de impuestos por los residentes temporales podría ser contrario a la Norma Fundamental. Concluyó, no obstante, que este tema no entraba en el espectro de su competencia.

El demandante, finalmente, acudiría ante el Tribunal Constitucional interponiendo un recurso y solicitando medidas cautelares. Alegó que la denegación de la desgravación fiscal por hijo a cargo implicaba un trato discriminatorio en el reconocimiento de su derecho al respeto de su vida familiar y una infracción del principio de justicia social, previsto en el artículo 20.4 de la Ley Fundamental. Ambas pretensiones fueron desestimadas.

No obstante, se producirá un importante vuelco en esta materia cuando el Tribunal Constitucional cambia de criterio en la sentencia de 6 de julio de 2004, en un mismo supuesto de hecho en torno al mismo precepto legal. En efecto, en esa decisión constató que la diferencia de trato a los padres que disfrutaban de una residencia permanente con respecto de aquellos que no, carecía de suficiente justificación y suponía una violación del artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn, referido al principio de igualdad. El Tribunal Constitucional huye de una interpretación taxativa de la Ley, para incorporar criterios de justicia y razonabilidad, en los siguientes términos:

«24. Al constituir el fin de las desgravaciones fiscales la protección de la vida familiar de conformidad con el artículo 6 de la Ley Fundamental, se deben aportar razones de mucho peso para justificar un trato diferente (...). El hecho de que una persona esté en posesión de un permiso provisional de residencia no es una base suficiente para predecir la duración de su estancia en Alemania».

Con ello, se concluirá que no hay razón suficiente para justificar un trato diferente.

Argumentación del TEDH

El demandante, agotada la vía interna, acude a Estrasburgo alegando que la denegación de los beneficios fiscales por hijo a cargo constituyó un trato inhumano, discriminatorio y racista. El Tribunal examinará la demanda a la luz del artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación), tomado en consideración con el artículo 8 CEDH (respeto de la vida familiar).

El Gobierno mantuvo que las prestaciones sociales por hijo a cargo no encajaban en el ámbito del artículo 8 CEDH, ya que la obligación general del Estado de proteger la familia o promover la vida familiar no suponía el nacimiento de derecho alguno a prestación económica. Por ello, argumenta que lo previsto en el artículo 1.3 de la Ley en cuestión y su aplicación en este caso no discriminaba al demandante en el ejercicio de su derecho al respeto de la vida familiar.

Una de las contundentes e importantes afirmaciones que realiza el Tribunal a la luz de este caso será la siguiente: «Al otorgar prestaciones sociales por hijo a cargo, los Estados están en disposición de mostrar su respeto a la vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio» (párrafo 31). A continuación recordará que, de conformidad con su consolidada jurisprudencia, una diferencia de trato es discriminatoria, de conformidad con el artículo 14 del Convenio, si no tiene una «justificación objetiva y razonable», no persigue un «fin legítimo» y «no hay una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin a alcanzar» (párrafo 32).

Aplicando estos principios y *constatando el cambio en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán*, el TEDH no observa suficientes razones que justifiquen el trato diferente en relación con las prestaciones sociales por hijo a cargo de extranjeros en posesión de un permiso de residencia permanente, por un lado, y los que no lo poseían, por otro. Por ello, concluirá que se ha producido una violación del artículo 14 en conexión con el artículo 8 del Convenio. Un supuesto de hecho similar, con alguna variante, en *Okpisz c. Alemania*, del mismo día.

IV. RESPETO DE LOS BIENES

1. *Error médico y responsabilidad patrimonial*

Hechos.

Los casos *Draon c. Francia* y *Maurice c. Francia*, de 6 de octubre de 2005, plantean sendos supuestos de hecho sobre error médico y el consiguiente régimen de responsabilidad. Se trata de dos sentencias de gran calado en las que se conoce sobre la responsabilidad del Estado como consecuencia de una modificación legislativa. La trascendencia del objeto obligará a la Gran Sala a pronunciarse sobre el fondo.

En ambos casos, unas pruebas practicadas durante el periodo de gestación de la señora Draon y la señora Maurice, respectivamente, no detectaron la existencia de enfermedades congénitas en los fetos. Enfermedades que tienen una especial trascendencia económica durante la vida del *nasciturus* y que su detección hubiese autorizado la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. Ambas parejas interponen una demanda ante los Tribunales internos. Reclamaron una compensación económica por la carga especial que iba a suponer la minusvalía del menor durante su vida y por daños no pecuniarios, de conformidad con el Derecho vigente. Sin embargo, antes de obtener una sentencia sobre el fondo, el Parlamento aprobó la Ley de 4 de marzo de 2002, que, a la vista de la avalancha de casos de responsabilidad médica similares a estos dos supuestos de hecho, cambió el régimen de responsabilidad médica, restringiendo las indemnizaciones a los daños morales, obviando la especial carga económica, derivada del error médico, durante la vida del afectado. La nueva Ley era aplicable no sólo a los casos que se produjesen a partir de su entrada en vigor, sino también a aquellos que estuvieren pendientes en los Tribunales.

Argumentación del TEDH.

En el caso *Draon*, el TEDH observa que el Gobierno francés reconoció que los demandantes tenían una expectativa legítima de obtener una compensación económica, incluyendo la correspondiente a las «cargas especiales», en el bien entendido que el Hospital admitió tal responsabilidad antes de la aprobación de la Ley. El Gobierno aceptó que se había violado el derecho al respeto de los bienes de los demandantes (art. 1 del Protocolo adicional núm. 1). En general, en ambos casos se daba un vínculo causal entre la negligencia médica y el perjuicio soportado por los demandantes. Antes de la entrada en vigor de la Ley los demandantes tenían una acción que hubiesen podido ejercitar legítimamente. La Ley en cuestión había interferido en el ejercicio del derecho de indemnización. Los demandantes fueron privados de un activo o una ventaja (*asset*) que poseían antes de la aprobación de la Ley, que se les aplicó con carácter retroactivo: la Ley establecía un nuevo régimen de responsabilidad que afectaba a casos, acontecidos antes de su entrada en vigor, que legitimaban el ejercicio de acciones ante los Tribunales. Se trata de una interferencia radical, desproporcionada e injustificada. Por consiguiente, hubo injerencia en el derecho al respeto de los bienes. Nos encontramos, sin duda, ante un caso muy cualificado de responsabilidad patrimonial por hecho de Ley que no parece generalizable ante cualquier caso de modificación legislativa³.

El TEDH, finalmente, no admitirá el resto de pretensiones en relación con los artículos 14 (prohibición de discriminación) en relación con el de-

³ Debe señalarse que se ha aprobado una nueva Ley, de 11 de febrero de 2005, para compensar estas situaciones. Sin embargo, el TEDH destaca que en el momento de deliberación de estas dos sentencias la Ley todavía no ha entrado en vigor.

recho al respeto de los bienes, 6.1 (derecho a un proceso equitativo), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 8 (respeto de la vida privada y familiar) en relación con el principio de igualdad (art. 14)⁴.

2. *Protección de la propiedad industrial*

Algunos conceptos que recogen los derechos del Convenio tienen una vocación esencialmente expansiva. Dos de los casos más notorios son la vida privada y familiar y el respeto de los bienes. En relación con este último, el concepto de bien no sólo incluirá el tradicional derecho de propiedad, sino que también integrará otros elementos como, por ejemplo, las marcas *registradas*, tal y como reconocen expresamente los textos más recientes en materia de derechos fundamentales (art. 17.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, II-77 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, todavía no vigente). Así lo señala la parte demandante del asunto *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, de 11 de octubre de 2005.

Hechos y vía interna.

La sociedad anónima de Derecho americano *Anheuser-Busch Inc.*, propietaria de la archiconocida marca de cerveza *Budweiser*, solicitó en mayo de 1981 el registro de esa marca comercial ante el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial portugués. Éste no daría trámite a la demanda, pues inmediatamente la sociedad de Derecho checoslovaco *Budejovicky Budvar* interpuso una reclamación, alegando que la denominación de origen *Budweiser Bier*, traducción alemana del checo *Ceskebudejovicky Budvar*, ya se encontraba registrada a su nombre. Ambas sociedades iniciarían negociaciones que, tiempo después, fracasarían. Así las cosas, la sociedad norteamericana procedió nuevamente a solicitar el registro de la marca. Registro que se concedería en noviembre de 1995, a pesar de una reclamación previa presentada por la sociedad checoslovaca, dentro del plazo de tres meses previsto por la normativa de propiedad industrial portuguesa para impugnar las marcas desde la fecha de su registro.

En Primera Instancia, el Tribunal de Lisboa dio la razón a la sociedad norteamericana, entendiendo que lo que podía proteger el Derecho portugués era la denominación de origen *Ceskebudejovicky Budvar*, no la marca *Budweiser*. El Tribunal indicó que no había riesgo de confusión entre la marca checoslovaca y la norteamericana, habida cuenta que esta última era reconocida por la inmensa mayoría de los consumidores como una cerveza americana. Sin embargo, en apelación, el Tribunal ordena al Insti-

⁴ Un estudio comparado sobre el régimen de responsabilidad médica, en el libro de Alfonso LÓPEZ-DE LA OSA ESCRIBANO, *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne. Étude Comparée*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2005, 517 págs.

tuto Nacional de la Propiedad Industrial anular el registro. Se observó una violación del Acuerdo entre Portugal y la República Socialista de Checoslovaquia sobre la protección de las denominaciones de origen, geográficas y similares, de 7 de marzo de 1986. En esta línea, el Tribunal Supremo, resolviendo el recurso que interpuso la sociedad norteamericana, destacó que, en virtud del Acuerdo, ambos Estados querían proteger, en condiciones de reciprocidad, los productos nacionales respectivos, comprendiendo las denominaciones de origen, aunque sean utilizadas en otra lengua (en este caso, con la denominación *Ceskebudejovický Budvar* se hacía referencia a un producto de la región de *Ceské Budějovice*, en Bohemia, que, traducido al alemán, es *Budweiss*)⁵.

Argumentación del TEDH.

Agotada la vía interna, la sociedad norteamericana acude ante el Tribunal de Estrasburgo. Alega que se ha violado su derecho al respeto de los bienes, al verse privada en la utilización de la marca comercial. En este sentido, la anulación del registro de la marca ordenada por los Tribunales internos, dice la demandante, ha constituido una expropiación, pues ni estaba prevista por la ley ni respondía a una causa de utilidad pública.

El TEDH formulará su argumentación a partir de la definición de una serie de conceptos cuya delimitación precisa es necesaria para evitar pretensiones erróneas. Será mejor reproducir los párrafos clave de la sentencia:

«47. El Tribunal observa que la situación jurídica del que demanda el registro de una marca comercial implica ciertos intereses económicos. La solicitud del registro puede transmitirse, a título oneroso o gratuito (...). El Tribunal reconoce que la marca presentaba, por su notoriedad internacional, un valor económico cierto (...).

48. A modo de ver del Tribunal, estos elementos otorgaban a la demandante un interés patrimonial que gozaba de cierta protección jurídica. Sin embargo, la posición jurídica de la demandante no era suficientemente fuerte para constituir una expectativa legítima para reclamar la protección del artículo 1 del Protocolo adicional número 1.

49. El Tribunal recuerda, en este sentido, que esta disposición se refiere a bienes actuales. Un rendimiento futuro [el proporcionado por una marca registrada] no puede ser considerado como un bien (...). Por otro lado, la esperanza de ver reconocido un derecho de propiedad, todavía no ejercido efectivamente, no puede ser considerado como un bien

⁵ Véase en esta materia el trabajo de Fernando GONZÁLEZ BOTIJA, *El régimen jurídico de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas*, Atelier, Barcelona, 2003, 436 págs.

(...). Quien alega una violación de su derecho de propiedad debe, por consiguiente, demostrar que tal derecho existe.

50. En este caso, la demandante sólo podía estar segura de ser titular de la marca en cuestión después del registro definitivo (...). El Tribunal señala a este respecto que la legislación portuguesa pertinente era clara, precisa y razonable, en la medida que establecía un plazo determinado, a saber, tres meses, durante el cual un tercero podía impugnar el registro de la marca comercial».

Y concluirá este proceso argumentativo con las siguientes aseveraciones:

«52. El Tribunal considera que una marca comercial es un “bien” en el sentido del artículo 1 del Protocolo adicional número 1 tras su registro definitivo, de conformidad con las reglas vigentes en el Estado concerniente. Antes de este registro, el interesado dispone de una *esperanza* de obtener tal bien pero no de una *expectativa legítima* jurídicamente protegida».

Por estas razones, el Tribunal considera que no se ha violado el derecho al respeto de los bienes, pues no había bien alguno a proteger⁶.

3. *Demanio marítimo y transferencia coactiva de la propiedad*

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele reflejar las vivas tensiones que se dan en Turquía como consecuencia de los conflictos entre la minoría kurda y las fuerzas policiales; o por la dicotomía entre la laicidad del Estado, reconocida en la Constitución, y el fuerte empuje del Islam, religión mayoritaria del país, como se ha visto más arriba.

El caso *N. A. y otros c. Turquía*, de 11 de octubre de 2005, nos sitúa ante una nueva línea que bien podría ser trasladada al caso español. Turquía cuenta con bellezas naturales muy apreciables y su litoral parece un buen recurso turístico para la atracción de divisas. Sin embargo, hoy en día, junto a lo económico también se tienen en cuenta otros valores que amplían el concepto tradicional de calidad de vida. Valores relacionados con lo ecológico, lo cultural o lo social. Valores, en definitiva, que integran el concepto de desarrollo sostenible. Por ello, Turquía, como España, protege la costa para que pueda ser disfrutada por el público en general, impidiendo su privatización.

⁶ Este fallo queda completado con dos opiniones separadas formuladas por los jueces Jean-Paul COSTA y CABRAL BARRETO, a cuya lectura me remito.

Hechos y vía interna.

Los demandantes, los señores N. A., N. A., A. A., J. Ö. y H. H., heredaron de R. A. un bien inmueble junto a la orilla del mar, inscrito en el Registro de la Propiedad, satisfaciendo los impuestos y tasas correspondientes. Deciden obtener un rendimiento económico. Qué mejor que construir un complejo hotelero, pensarían los demandantes. Para ello, solicitan las licencias necesarias para el levantamiento y apertura del establecimiento. La Administración, ajena a las claras reglas que establece la Constitución sobre el régimen jurídico del demanio marítimo, concede las autorizaciones necesarias.

Los problemas empezarán para los demandantes tras la publicación de un artículo en la prensa local en el que se denunciaba la construcción del hotel en la zona del demanio. A continuación, el Tesoro Público, iniciados los trabajos de construcción del hotel, interpuso un recurso para la anulación del Registro de la Propiedad del título de propiedad del bien inmueble y la demolición del hotel. En esta línea, un informe de un experto constató que el inmueble formaba parte del litoral y, de conformidad con la Constitución turca, no podía ser objeto de adquisición, al establecer el artículo 43 que las costas son de propiedad del Estado. Ante ello, el Tribunal de Primera Instancia ordenó como medida cautelar la paralización de las obras de construcción del establecimiento turístico. Seguidamente, el Tribunal anularía la inscripción del bien en el Registro de la Propiedad y ordenó la destrucción de lo indebidamente construido, argumentando que del informe del experto y de las fotos que aparecen en el expediente se constataba que el hotel estaba situado en el litoral, con lo que se debía anular el título de propiedad del Registro, pues ningún particular podía tener una propiedad en el demanio marítimo. Por consiguiente, la inscripción del bien en el Registro de la Propiedad a nombre de los demandantes no les otorgaba derecho alguno.

Los demandantes agotarían la vía interna sin éxito. Interpondrían, también en vano, un recurso reclamando daños y perjuicios. El Tribunal interno consideraría que los demandantes sabían que estaban construyendo en el litoral, con lo que el Estado en ningún momento les habría inducido a error.

Argumentación del TEDH.

Para desarrollar la argumentación planteada por el Tribunal de Estrasburgo, recordemos lo que dispone el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones pre-

vistas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o de las multas».

Este precepto recoge tres variantes diferenciadas. En primer lugar, el reconocimiento positivo del derecho (primera oración). En segundo lugar, la privación del derecho de propiedad sometida a determinadas condiciones (segunda oración). En tercer lugar, en el segundo párrafo se prevé la posibilidad de regular el derecho de propiedad de conformidad con el interés general.

El Tribunal recordará que en la segunda variante no sólo se prevé la expropiación formal, sino también la expropiación material. El TEDH recuerda que el Convenio recoge derechos reales y efectivos y, por consiguiente, tendrá en consideración si este caso concreto equivale a una expropiación material. En esta línea, constatará que se ha producido una privación de la propiedad de conformidad con la segunda oración del primer párrafo. A continuación pasa a analizar el supuesto de hecho de conformidad con el segundo párrafo. Si bien reconoce que la transferencia de la propiedad atendía a una causa de utilidad pública —el bien inmueble se situaba al borde del mar, formando parte de la playa, lugar público abierto a todos— y perseguía un fin legítimo —la protección del demanio marítimo—, la ausencia total de indemnización en la privación de la propiedad, sin que exista ninguna circunstancia excepcional que lo justifique, ha roto el justo equilibrio entre el derecho al respeto de los bienes y el interés general. Por consiguiente, concluye que se ha violado el derecho de propiedad de los demandantes.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su recensión, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



00169

9 770034 763905

19,00 €