

## DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1993)

Por FANNY CASTRO-RIAL GARRONE (\*)

### SUMARIO

I. ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO FACULTATIVO N.º 9 Y APROBACIÓN DEL PROTOCOLO DE ENMIENDA N.º 11 AL CONVENIO.—II. LAS FACULTADES DE DEROGACIÓN EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITERRORISTA POR PARTE DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA. ASUNTO «BRANNINGAN Y MCBRIDE C. REINO UNIDO»: A) *Calificación del margen de apreciación de las autoridades nacionales*. B) *La situación de peligro o de amenaza a la vida de la nación y las facultades derogatorias*.—III. EL CONTENIDO DE LA RESERVA AUSTRIACA AL ARTÍCULO 5 DEL CONVENIO. ASUNTO «CHORRER C. AUSTRIA»: A) *Valoración de la reserva austríaca al artículo 5*. B) *Los límites al ejercicio de la libertad de expresión*.—IV. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y LIBERTAD RELIGIOSA. ASUNTOS «KOKKINAKIS C. GRECIA» Y «HOFFMANN C. AUSTRIA»: A) *Injerencia de las autoridades internas por proselitismo*: a) Contenido del derecho a la libertad de creencia. b) La previsión por ley y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal. B) *Derecho a la libertad de pensamiento y el ejercicio de la custodia materna*.—V. PROHIBICIÓN DE RELACIONES HOMOSEXUALES. ASUNTO «MODINOS C. CHIPRE».

### I. ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO FACULTATIVO N.º 9 Y APROBACIÓN DEL PROTOCOLO DE ENMIENDA N.º 11 AL CONVENIO

El pasado mes de octubre de 1994 (día primero) entró en vigor el Protocolo Facultativo N.º 9 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo

---

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

han ratificado hasta el momento (enero de 1995) quince Estados Partes: Alemania, Austria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, República Federal de Alemania, República Checa y Rumania (1).

Esta aceptación supone un gran progreso en orden a la legitimación activa del particular ante el Tribunal Europeo, siempre que se encuentre bajo la jurisdicción de los Estados Partes y sea víctima de la violación de uno de los derechos o libertades estipulados.

La legitimación no es todavía plena y equiparable a la del particular europeo ante la jurisdicción de Luxemburgo.

Está todavía supeditada a la previa ratificación del Protocolo por los Estados Partes, y a que los Estados interesados o la Comisión no hayan procedido a elevar el asunto ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 48 del Convenio, y es preciso, además, que concurra la decisión favorable del Comité, constituido por tres jueces, que decidirá si ha de ser elevado ante el Tribunal (2).

El pronunciamiento será favorable si el caso plantea cuestiones de interpretación o concurren razones serias que justifiquen la intervención del Tribunal (las razones son idénticas a las que han de concurrir en el actual sistema para que una Sala se inhiba en favor del Pleno).

Cuando no proceda el pronunciamiento el asunto continuará siendo dirimido por el órgano político del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, como lo hace en la actualidad en los supuestos en que el asunto no se eleve al Tribunal o no se hubiera reconocido su competencia.

En consecuencia, no queda subsanada todavía la artificial intervención de este órgano, justificable en los orígenes de la ejecución del Convenio, como el mismo ha expresado en la formulación de las prescripciones del Protocolo de 1994.

La deseable entrada en vigor del Protocolo N.º 11 pondrá fin a esta desafortunada situación.

El Protocolo —aprobado el 11 de mayo de 1994— ha sido firmado por todos los Estados Partes, a excepción de Italia; la firma de España se ha hecho bajo la fórmula *ad referendum*. Hasta el momento presente (enero de 1995) ha sido ratificado sólo por tres Estados, curiosamente de recién-

(1) Andorra se adhirió al Estatuto del Consejo de Europa el pasado 10 de noviembre de 1994.

(2) Artículo 5, párrafo 2, del Protocolo 9.

te incorporación y procedentes de la Europa oriental: Bulgaria, Eslovaquia y Eslovenia.

La adopción del texto se ha realizado en estricto cumplimiento del mandato recibido por la Declaración de la Cumbre de Viena; el texto excluirá definitivamente la intervención del Comité de Ministros en la fase de decisión, en virtud del actual artículo 32 del Convenio (3).

La reforma del actual mecanismo de control, establecido en el Convenio, ha sido finalmente resuelta, pero no perfeccionado. Será indispensable la ratificación por todas las Partes Contratadas por tratarse de un Protocolo de Enmienda. Una vez cumplido este difícil requisito el Tribunal será operativo.

Hemos puesto ya de manifiesto, en esta Revista, el debate de las propuestas formuladas de reforma de las instancias de control, y la urgencia de su aprobación, que se evidenció con claridad en 1993 —año objeto de análisis—, debido al alarmante incremento de asuntos sometidos al Tribunal, un total de 52 casos.

El texto del Protocolo 11 responde a los deseos manifestados por el órgano parlamentario del Consejo de Europa, resueltamente partidario de la unificación de las dos instancias de garantía y control establecidas en el artículo 19 del Convenio.

La fusión de los dos órganos y la creación de un Tribunal, único con carácter permanente, garantiza mejor la operatividad del sistema; este órgano conserva la designación del actual Tribunal (4).

Al Tribunal se le confieren las atribuciones propias de una jurisdicción internacional, no se modifica su carácter, disfruta, por tanto, de plena jurisdicción, en el ejercicio de su competencia contenciosa, en los términos de la doctrina jurisprudencial del actual Tribunal. La competencia *ratione materiae* no es objeto de enmienda.

Tampoco se altera su competencia en el ejercicio de su función consultiva, conforme al Protocolo N.º 2.

La mayor novedad del Protocolo se refiere al carácter de la atribución

---

(3) El objetivo de la reforma, en la Declaración de Viena, debía «procurar la eficacia de los medios de protección, reducir la duración de los procedimientos y mantener el nivel de eficacia». En cuanto a las propuestas, vid. nuestro comentario en esta Revista, vol. 19 (1992-2), págs. 679-684.

Respecto del Protocolo N.º 11, vid. el análisis hecho en esta Revista por OSUNA, A.: «El Protocolo de Enmienda N.º 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», vol. 21 (1994-3), págs. 952 y ss.

(4) Artículo 19, párrafo 3.

de la competencia. Ha sido necesario que transcurrieran más de cuarenta años para que finalmente se lleve a cabo la idea originaria de los redactores del texto que deseaban crear un órgano único de carácter judicial con competencia obligatoria. El carácter de su competencia es ahora obligatorio y se perfecciona el sistema confiriendo la legitimación activa directa del particular.

De este modo, se garantiza la plena igualdad procesal del particular frente al Estado demandado, siempre que el particular se encuentre bajo la jurisdicción de los Estados Partes, y que se estime víctima de una infracción del Convenio por uno de los Estados Contratantes, que serán todos en el momento de la entrada en vigor del texto.

El nuevo Tribunal europeo disfruta de los atributos propios de la auténtica jurisdicción, garantizándose su independencia —individual y colectiva— e imparcialidad (art. 20).

La apertura actual del Consejo de Europa a los Estados de la Europa Central y Oriental y la exclusión de la cláusula facultativa del artículo 48 ha motivado la modificación de su composición (5).

La nueva jurisdicción estará únicamente integrada por los jueces elegidos a título de las Partes Contratantes, no lo integrarán ya tantos jueces como Partes en el Estatuto del Consejo de Europa. (Esta composición se inspira en la actual de la Comisión, que exige el previo reconocimiento de la cláusula facultativa del artículo 25 para que el Estado tenga derecho a estar representado en la misma.)

Esta acertada enmienda ha sido ideada por el Comité Director de Derechos Humanos, que ha sabido superar la opinión clásica del Comité de Ministros, partidario de conservar su actual constitución.

Otra de las enmiendas afectará a la nacionalidad de los jueces elegidos en la terna de la propuesta gubernamental a la Asamblea Parlamentaria, la enmienda del actual artículo 39, pár. 1, permitirá la integración del Tribunal por más de un juez de la misma nacionalidad, ya que los gobiernos podrán proponer a más de dos jueces que no sean de su nacionalidad.

La innovación introducida por Liechtenstein podrá multiplicarse en la práctica. Aunque no parece lógico pensar que los Estados renuncien a proponer a dos jueces de su nacionalidad, teniendo en cuenta la habitual preocupación por la representatividad, manifiesta en el momento de la constitución de las Salas del actual Tribunal, y que llegado el momento, éste

(5) Artículo 38 del actual Convenio.

habrá de ser designado Ponente del caso en el que su Estado hubiese sido demandado.

Se ha previsto que el Tribunal pueda ser operativo en la fecha establecida —un año desde la entrada en vigor del Protocolo— a partir de la ratificación en las condiciones estipuladas. Los Estados podrán elevar las ternas a la Asamblea Parlamentaria, órgano que procederá a la elección.

El funcionamiento del Tribunal en el ejercicio de la competencia contenciosa se opera garantizando la permanencia y agilizando los Procedimientos. A tal fin podrá actuar de cuatro modos: en Pleno, en Sala Especial («Gran Sala»), en Salas o en Comités.

El Pleno sólo actuará excepcionalmente, a diferencia del sistema actual se le reservan funciones organizativas: su composición interna, asignación de cargos entre sus Miembros: Presidencia, Vicepresidencia, Secretaría (art. 26), así como la decisión por mayoría de dos tercios para relevar a uno de sus miembros del ejercicio de sus funciones (art. 24) y la modalidad de su actuación conlleva la competencia de adoptar su Reglamento interno.

Se pretende superar que el funcionamiento sea perturbado por la compleja composición actual, dificultad que se trata de soslayar mediante la constitución de una Sala Especial, «Gran Sala».

El funcionamiento responde a los criterios que rigen la conformación de las actuales Salas del Tribunal. En cuanto a quienes han de configurarla, de pleno derecho, se amplía a la figura de los Presidentes de cada una de las Salas, si bien no se resuelve el procedimiento de elección de los jueces que actualmente son elegidos por sorteo, materia confiada al futuro Reglamento interno del Tribunal.

La composición ha de garantizar la imparcialidad del órgano conforme a los criterios de recusación habituales, exceptuándose el supuesto del previo conocimiento del asunto por el Presidente de Sala.

A la Sala Especial se le reserva el exclusivo ejercicio tanto de la competencia contenciosa como de la consultiva.

Las Salas cuya composición será idéntica a las actuales actuarán paralelamente (art. 27.1 y 2). Y por último, los Comités están integrados por tres jueces designados por cada Sala, que no tienen, a diferencia de las Salas, carácter permanente (art. 27.1) (6).

---

(6) CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Vers la réforme du mécanisme de contrôle institué par la Convention européenne des Droits de l'homme», en *Revue Générale de Droit International Public*, septiembre 1993, págs. 640 y ss.

Las modificaciones más notables del procedimiento son las siguientes: la presentación de la demanda no será dirigida, a partir de ahora, al Secretario General del Consejo de Europa, sino directamente a la Secretaría del Tribunal, a la que corresponde su registro y su ulterior remisión a la Sala correspondiente, cuyo Presidente designará el juez ponente. Cabe pensar que actuará en tal calidad el juez elegido a título del Estado demandado.

El examen de la admisibilidad se realizará conforme a las condiciones establecidas por los artículos 26 y 27 del Convenio recogidas en el artículo 35 del Protocolo.

La misión actual de filtro llevada a cabo por la Comisión será realizada, en el futuro, por un Comité que podrá declarar su inadmisibilidad inicial, debiendo resolver por unanimidad, como en la fase actual de admisibilidad, su decisión tendrá carácter definitivo, manteniéndose la diferenciación de los requisitos exigibles según se trate de reclamaciones individuales o interestatales, los Comités carecen de competencia para analizar las últimas en este aspecto. Esto puede ser, a nuestro juicio, susceptible de crítica en lo que concierna a su aplicación práctica.

La admisibilidad y la decisión relativa al fondo será resuelta por la Sala, debiendo ser motivada (7).

Se halla asimismo prevista la oralidad y publicidad del procedimiento.

La Sala ha de mediar con el fin de obtener la conciliación entre las partes, de conformidad con los criterios vigentes. Si fracasa en su intento procederá al examen de fondo del asunto, pudiendo celebrarse una vista pública. La innovación formal de la participación de terceros interesados afecta a su calidad en el proceso. Estos no ostentarán ya la condición de parte procesal, sino la de *amicus curiae* como en el caso de las Organizaciones no-gubernamentales; no es óbice para ello que estos últimos procedan a presentar sus alegaciones escritas y orales en la vista pública.

La sentencia de la Sala tiene carácter definitivo, salvo que el asunto presente graves problemas de interpretación o aplicación del Convenio. No procederá, como ahora, hacer la remisión al Pleno, el cual es sustituido a tal fin por la Gran Sala. Esta examinará de nuevo el asunto, cuando concurra el voto afirmativo de cinco jueces de la misma. Si no se obtuviera dicha mayoría, la decisión de la Sala tendrá entonces carácter definitivo,

---

(7) Artículo 45.1.

como en el caso anterior habrá de ser motivada, y podrá incorporar votos particulares de los jueces de conformidad con el artículo 44, párr. 1.

En el período de transición, desde la ratificación de todos los Estados Partes, y transcurrido el año previsto para la entrada en vigor del Protocolo, se practicará la elección de los jueces del nuevo Tribunal. Según el Convenio enmendado, el mismo día de la entrada en vigor se inicia la acción del nuevo Tribunal, y cesarán automáticamente en sus cargos los jueces del Tribunal actual.

Con el fin de evitar la introducción de asuntos para los que eran incompetentes los actuales órganos de control —en función de la no aceptación de las cláusulas facultativas del Convenio por parte de los Estados demandados— se ha previsto que la competencia *ratione temporis* del nuevo Tribunal será efectiva únicamente para las reclamaciones concernientes a hechos acontecidos a partir de la fecha de la aceptación de las cláusulas facultativas y de aceptación de la competencia de los actuales órganos de control.

El mandato de los actuales miembros de la Comisión y de su Secretaría perdurarán durante un año con respecto a los asuntos que estén siendo examinados y hayan sido declarados admisibles. De lo contrario, aún encontrándose en tramitación, deberán ser remitidos al nuevo Tribunal, al igual que los restantes asuntos, una vez transcurrido el período transitorio del año.

Los asuntos que estén siendo examinados por el actual Tribunal en el momento de iniciar su función la nueva jurisdicción europea serán trasladados a la Gran Sala, la cual dirimirá sobre el fondo del caso (8).

## II. LAS FACULTADES DE DEROGACIÓN EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITERRORISTA POR PARTE DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA.

### ASUNTO «BRANNINGAN Y MCBRIDE C. REINO UNIDO»

Este asunto (9) planteó la correlación del derecho a la libertad de las personas y el derecho a ser trasladados con rapidez ante la autoridad judicial (art. 5, párrafo tercero), y el ejercicio de las facultades derogatorias de las autoridades nacionales, en aplicación del artículo 15 del Con-

(8) Artículo 5, párrafos 1, 2 y 3.

(9) *Publications Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Serie A, n. 258-B.

venio en la ejecución de las medidas provisionales de la Ley antiterrorista británica de 1984 (10).

La duración de la privación de libertad de los reclamantes se había prolongado en ambos casos durante más de seis días (en uno de los asuntos, seis días, catorce horas y treinta minutos; en el otro supuesto, seis días y veinticinco minutos).

A) *Calificación del margen de apreciación de las autoridades nacionales*

El Tribunal tuvo que enjuiciar el uso del «margen de apreciación» conferido por el Convenio al ejercicio de las facultades derogatorias del artículo 15 del Convenio en situaciones de carácter excepcional, cuando se halle amenazada la «vida de la nación».

La contingencia del riesgo de la invocación discrecional de esta disposición —art. 15— se atenúa gracias a la supervisión judicial europea de las medidas restrictivas y del modo en que éstas han limitado el normal ejercicio de los derechos de los particulares. Se trataba, en este caso, de las facultades derogatorias de las medidas ordinarias de detención, prolongando los períodos de las mismas en aplicación de la normativa antiterrorista.

La argumentación del gobierno británico justificando el objetivo perseguido por las medidas impugnadas debía de estar en armonía con los criterios jurisprudenciales bien consolidados sobre la materia; y éstos prescriben: primero, la comprobación internacional de la realidad de la situación alegada; segundo, la proporcionalidad en función de la situación de peligro alegada; y tercero, la calidad de necesario.

Han de ser adoptadas únicamente las «estrictamente necesarias en una situación de emergencia nacional» y en cumplimiento de las obligaciones internacionales impuestas por el Derecho Internacional.

B) *La situación de peligro o de amenaza a la vida de la nación y las facultades derogatorias*

No cabía duda sobre la situación interna de peligro imperante en Irlanda del Norte, que permitió al Tribunal no cuestionar la realidad del

---

(10) Prevention of Terrorism Act.



carácter excepcional de la situación, justificativo de la adopción por el gobierno británico de las medidas derogatorias. Se confirmó la existencia del peligro que amenazaba la vida de la nación británica.

El Tribunal, en el análisis de las medidas impugnadas, invocó su decisión en el asunto interestatal «Irlanda contra el Reino Unido» (11).

La analogía de las situaciones era evidente, dado que en ambos casos persistía el tema de fondo: el terrorismo.

Las facultades derogatorias que permitían la prolongación de la detención no eran el objeto directo de la controversia, realmente lo que se cuestionaba era el ejercicio de tales facultades sin la intervención judicial.

El Tribunal no necesitó pronunciarse sobre la potestad de las autoridades internas de prorrogar los períodos normalmente inferiores a dos días. La normativa interna facultaba la prolongación de privación hasta siete días. Se trataba de esclarecer la necesidad o no de la intervención de la autoridad judicial, como si fuera un procedimiento de *habeas corpus*.

La prolongación de la detención, transcurridos los dos días, había sido decidida por el Secretario de Estado. La mera intervención judicial, trátese de juez o de oficial del juzgado, no garantiza por sí sola la observancia del artículo 5.3, si el procedimiento no reviste carácter judicial.

La situación excepcional imperante en Irlanda del Norte fue considerada decisiva por el Tribunal, atribuyendo especial atención al riesgo asumido por el propio Poder judicial, objeto de posibles atentados terroristas. Criterio acorde con el habitual respeto al carácter subsidiario del sistema europeo, y al margen de apreciación confiado a las autoridades nacionales, mejor situadas que las internacionales para pronunciarse a la luz de las circunstancias concurrentes en cada situación.

Por otro lado, se hizo hincapié en la preocupación del gobierno de mantener la confianza social en la administración de justicia.

La definición del uso del margen de apreciación fue estimado de conformidad con el Convenio, porque la medida no había excedido el carácter restrictivo exigible para la consecución del objetivo establecido, por existir garantías suficientes de control frente a posibles abusos.

El Tribunal consideró adecuada la argumentación del gobierno al objetivo contemplado. Apreció como válido el procedimiento que evite el riesgo de poner en peligro a los que asisten a la policía y la posible pérdida de información importante.

---

(11) *Publ. Cour Eur. des Droits de l'Homme*, Serie A, n. 25.

La negativa de poner ciertos datos en conocimiento del sospechoso o de su letrado perseguía evitar la erosión de la confianza pública en la independencia del Poder judicial.

El Tribunal declaró la conformidad de la derogación con el principio de proporcionalidad y estar adecuada a las necesidades requeridas por la situación excepcional concreta.

Esta sentencia de 1993, a diferencia de la dictada en el asunto «Brogan» (12), el Tribunal no confirma la infracción del párrafo 3 del artículo 5. En aquel asunto la detención de los sospechosos se había prolongado por menos tiempo (cuatro días), sin que éstos fueran trasladados ante la autoridad judicial, en aplicación de la normativa antiterrorista.

En el presente asunto, «Branningan y MacBride», sin haberse procedido formalmente a garantizar la intervención de la autoridad judicial, el gobierno británico ha observado correctamente las exigencias de fondo del párrafo tercero del artículo 5 del Convenio, sobre la supervisión de las medidas de prolongación del período de detención (13).

### III. EL CONTENIDO DE LA RESERVA AUSTRÍACA AL ARTÍCULO 5 DEL CONVENIO. ASUNTO «CHORRER C. AUSTRIA»

El Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse, en este caso (14), sobre el contenido de la reserva austríaca al artículo 5 del Convenio, aplicada al asunto «Chorrer», en virtud del artículo 10 del Convenio que garantiza la libertad de expresión.

#### A) *Valoración de la reserva austríaca al artículo 5*

Los recurrentes habían sido arrestados en el transcurso de una ceremonia, asistida por más de 50.000 personas. Se les privó de libertad por haber distribuido panfletos contra la adquisición del gobierno austríaco de un nuevo aeroplano militar, sin haber practicado previamente la consulta a la población mediante referéndum.

---

(12) *Publ. Cour Eur. des Droits de l'Homme*, Serie A, n. 145-B.

(13) Asunto «Branningan y MacBride c. Reino Unido de Gran Bretaña», en *Publ. de la Cour Eur. des D. H.*, Serie A, n. 258-B.

(14) *Publ. Cour Eur. des D. H.*, Serie A, n. 266-B.

El Tribunal analizó la reserva austríaca al artículo 5, cuyo párrafo primero estipula: «Las disposiciones del Convenio serán aplicadas sin perjuicio de las disposiciones de las Leyes de procedimiento administrativo (15), relativa a las medidas de privación de libertad que quedará sometido al control posterior del Tribunal Administrativo o del Tribunal Constitucional, previsto por la Constitución Federal Austríaca».

El artículo 64 al facultar a los Estados la formulación de reservas, en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición, prohíbe expresamente las de carácter vago e impreciso, dice textualmente: «No autoriza las reservas de carácter general».

El Tribunal supervisó el ejercicio de la facultad de hacer reservas de las Partes Contratantes, exigiendo que la obligación del párrafo 2 del artículo 64 sea observada con escrupulosidad. Este dispone que: «Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate». El objetivo de esta disposición procura evitar la aplicación extensiva de las reservas.

La doctrina jurisprudencial había establecido, con claridad, que la reserva ha de estar redactada en términos muy precisos, de forma que los particulares puedan identificarse, conocer el objetivo de la restricción y los límites precisos a que pueden verse sometidos. La publicación en el *Boletín Oficial del Estado* había permitido a los ciudadanos conocer el exacto contenido de la reserva.

En consecuencia, el Tribunal no apreció la infracción, en función de su redacción, pues los términos en que había sido redactada eran conformes al artículo 64, porque no se trataba de una reserva de carácter general y por consiguiente prohibida.

La reserva había sido formulada en términos perfectamente comprensibles, tanto el cuerpo normativo al que afectaba como el mecanismo procesal de su aplicación. En consecuencia, declaró su compatibilidad con el espíritu del artículo 64 (16).

(15) BGBl, núm. 172/1950.

(16) Vid., en cuanto a la validez de las reservas en el Convenio, la progresiva opinión del profesor J. A. Frowein, especialmente preocupado por garantizar idéntico y uniforme disfrute del alcance de los derechos por parte de todos los ciudadanos sometidos a la jurisdicción de los Estados Partes. Véase su contribución al homenaje al profesor WIARDA: «Reservations to the European Convention on Human Rights», en *Studies in Honour of G. J. Wiarda*, Berlín, 1988, págs. 199 y ss. Asimismo, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «La validez de las reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1994, págs. 24 y ss.

B) *Los límites al ejercicio de la libertad de expresión*

La adecuación de la medida —privación de libertad— en razón del mantenimiento del orden público en el transcurso de la ceremonia militar fue objeto por parte de la Comisión de una calificación más estricta que por parte del Tribunal. Este fue excesivamente respetuoso con el margen de apreciación conferido a las autoridades internas, y se pronunció exclusivamente acerca del carácter no excesivo de la medida.

No se cuestionaba la existencia de una auténtica interferencia ni el objetivo de la medida que estaba en perfecta armonía con el Convenio, pues se trataba de garantizar el desarrollo pacífico de la reunión, cuyo carácter solemne justificaba el celo policial para evitar incidentes.

La privación de libertad de los reclamantes, en el transcurso de la manifestación, fue considerada como medida necesaria de conformidad con los criterios jurisprudenciales vigentes en las sociedades democráticas. El argumento del gobierno justificando la detención se fundaba en la conmoción originada por los reclamantes y el temor padecido por terceros.

La tesis de la Comisión parece más acertada y valora con mayor rigor el margen de apreciación conferido a las autoridades nacionales, con el fin de que éstas no establezcan medidas excesivas que restrinjan el disfrute de la libertad de expresión, dado el carácter fundamental de este derecho en una sociedad democrática, habida cuenta además del peligro apuntado en el asunto anterior de la definición discrecional de las necesidades de seguridad interna, a fin de justificar la adopción de la medida.

El Tribunal ponderó, en sus consideraciones, la adopción de medidas alternativas menos graves, como la advertencia a los reclamantes o la privación del medio perturbador utilizado, es decir, la pancarta, sin parecer estrictamente necesario la privación de libertad en tanto finalizara el evento. Habida cuenta que concluida la ceremonia no se les puso de inmediato en libertad.

IV. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y LIBERTAD RELIGIOSA.  
ASUNTOS «KOKKINAKIS C. GRECIA»  
Y «HOFFMANN C. AUSTRIA»

A) *Injerencia de las autoridades internas por proselitismo*

El asunto «Kokkinakis c. Grecia» (17) sopesó la injerencia de las autoridades griegas al condenar al reclamante —testigo de Jehová— por proselitismo, privándole de libertad e imponiéndole una multa. El segundo asunto, «Hoffmann c. Austria» (18), suscitó asimismo la cuestión la libertad religiosa, esta vez conectándola al ejercicio del derecho a la vida privada y del derecho de custodia materno, y la repercusión negativa en el mismo del eventual trato discriminatorio por parte de las autoridades austríacas en razón de pertenecer a dicha religión.

a) *Contenido del derecho a la libertad de creencia*

En el asunto contra Grecia se puso en evidencia la doble vertiente del derecho a la libertad de religión, que comprende la manifestación externa del derecho y su vertiente interna y subjetiva, en cuanto credo religioso. El respeto del aspecto interno debe ir acompañado del respeto a su exteriorización y manifestación social, como testimonio de la creencia religiosa. La injerencia impugnada afectaba a esta última faceta y se trataba de clarificar si la injerencia se hallaba o no justificada de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 9.

b) *La previsión por ley y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal*

El reclamante sostenía que la normativa interna infringía uno de los requisitos convencionales sustanciales, es decir, que la previsión se efectuará por ley. Esta argumentación fue desestimada, y el Tribunal esclareció que los términos genéricos de la redacción pretenden permitir a las

(17) *Publ. Cour Eur. des D. H.*, Serie A, n. 260-A.

(18) *Publ. Cour Eur. des D. H.*, Serie A, n. 255-C.

autoridades internas la adopción de la norma a las circunstancias sociales cambiantes.

Desestimó, asimismo, la alegación de la infracción del artículo 7, que prescribe que al acusado no se le ha de aplicar retrospectivamente la normativa penal. Entendiendo que no sólo se trata de evitar la imposición del trato menos favorable, sino que el artículo 7 requiere que la previsión legal sea clara a fin de que el posible infractor conozca el alcance de la pena que le podría ser impuesta si comete la infracción.

La condición de claridad y precisión se cumplía en la normativa impugnada y no era posible que la interpretación judicial procediera a emplear criterios analógicos que podían menoscabar la situación legal del acusado.

En consecuencia, el Tribunal desestimó la infracción alegada del artículo 7, y procedió a examinar los requisitos del párrafo 2 del artículo 9.

El objetivo fue estimado, asimismo, acorde con el Convenio, porque se trataba del respeto al ejercicio de idéntica libertad por parte de terceros.

El Tribunal europeo no pudo suscribir tampoco la tesis crítica sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta los parámetros de una sociedad democrática.

La ley griega era, en principio, compatible con el artículo 9; no obstante, la medida impugnada fue considerada desproporcionada, no porque no fuera legítimo su objetivo: procuraba la protección del libre ejercicio y manifestación del derecho a la libertad religiosa de terceros; no obstante, fue considerada excesiva la privación de libertad del interesado, y la imposición complementaria de una multa, fundamentalmente, porque las autoridades internas no lograron persuadir ni especificar que el reclamante hubiera utilizado medios calificados de inadecuados.

La instancia nacional suprema sobre la adopción de la medida restrictiva no permitía deducir que la presión social imperante justificará la medida de conformidad con los parámetros propios de una sociedad democrática.

El Tribunal construyó su razonamiento jurídico en virtud de la calificación de «proselitismo inadecuado». Esta argumentación certera no fue acompañada de la indicación que hubiera sido conveniente: ¿en qué condiciones debemos diferenciar entre el justo testimonio de una creencia y el proselitismo inadecuado? Esta clarificación hubiera recortado, en el

futuro, la posible interpretación extensiva que las autoridades internas pudieran elaborar, llegado el caso.

B) *Derecho a la libertad de pensamiento  
y el ejercicio de la custodia materna*

El segundo asunto, «Hoffmann c. Austria» (19), suscitó la infracción del derecho a la vida familiar y el consiguiente ejercicio del derecho parental de custodia de la madre —testigo de Jehová— y el eventual trato discriminatorio infligido por pertenecer a la mencionada religión.

La madre se vio privada del ejercicio del derecho de custodia en favor del padre, no perteneciente a la mencionada religión.

La cuestión sustancial se refería a la aplicación de la normativa federal austríaca reguladora de la educación religiosa de los menores. Esta requiere el acuerdo entre ambos cónyuges para elegir la educación religiosa de los hijos. La instancia suprema entendió que el desacuerdo entre los cónyuges contravenía los criterios exigidos por la normativa nacional y, en consecuencia, confirió la custodia al padre.

La normativa impugnada permitió, según la interesada, que la instancia judicial superior denegase la custodia que ejercía atribuyéndosela al padre, por falta de acuerdo entre ambos cónyuges sobre la elección de la religión del hijo.

Las instancias judiciales inferiores, las dos primeras instancias intervinientes, no consideraron suficientes los argumentos esgrimidos por el padre recabando la custodia. Aducía a tal fin la presión social y el consiguiente temor de aislamiento a que se vería inmerso su hijo. Las mismas instancias rechazaron también la pretensión de posibles problemas en el supuesto de que la madre se negara a la práctica de una transfusión sanguínea a su hijo, por prohibirlo su religión.

Entendieron que esta dificultad podría salvarse llegado el caso concreto, recabando judicialmente el consentimiento materno. En consecuencia, la decisión resolvió en interés del hijo la continuación de la custodia de la madre.

El juicio contrario del Tribunal Supremo entendía que las instancias judiciales inferiores no habían interpretado y valorado, correctamente, el interés del hijo. Es cierto que en caso de suma gravedad difícilmente po-

(19) *Publ. Cour Eur. des D. H.*, Serie A, n. 259.

dría salvarse la vida del hijo si fuese preciso solicitar judicialmente el consentimiento materno para practicarle una transfusión sanguínea —desgraciadamente en España se han dado casos de discordia entre los padres sobre la práctica de transfusiones sanguíneas, lo cual podía significar un grave peligro para la vida de los hijos, ocasionando, tal vez, el fallecimiento.

El Tribunal Supremo consideró el riesgo del retraso que esta solicitud de consentimiento podría presuponer y resolvió revocar el ejercicio del derecho de custodia de la madre.

A nuestro juicio era, en cambio, más controvertida la calificación de la inadaptación social de los menores educados en dicha creencia.

Por su parte, el Tribunal europeo, estimando la pretensión de la reclamante, invocó otra disposición del Convenio, el derecho a la vida privada de la interesada, y admitió que se había producido una injerencia en el disfrute del mencionado derecho.

Y analizando el hipotético trato discriminatorio en violación del artículo 14 del Convenio, observó que la instancia suprema se había fundado en factores sociales razonables y que hubieran podido justificar la decisión de revocación de la custodia materna si no hubiese conllevado un trato discriminatorio entre los padres, por la profesión de una religión determinada, en este caso la de testigo de Jehová, y en consecuencia, declaró que la aplicación de la normativa federal había infringido el derecho a la vida privada. Y concretamente en relación con el eventual trato discriminatorio el Tribunal entendió que, al igual que el supuesto anterior, el objetivo era en sí mismo legítimo, la defensa del interés del niño, pero la medida no fue proporcional, sino excesiva en razón del fin contemplado, declarando en consecuencia la infracción del artículo 14 en combinación con el artículo 8.

Como advertimos antes, a nuestro juicio, hubiera sido conveniente una mayor clarificación de las condiciones concretas que permitan a las autoridades internas el ejercicio del margen de apreciación, cuando se trata de proteger la primacía del interés del hijo en la concesión de la custodia.

Especialmente para dilucidar cuándo una medida a primera vista neutra ampara un trato discriminatorio, como en este supuesto.



V. PROHIBICIÓN DE RELACIONES HOMOSEXUALES.  
ASUNTO «MODINOS C. CHIPRE»

En este asunto (20) se debatió la prohibición de las relaciones homosexuales en Chipre. El Tribunal había esclarecido, en anteriores supuestos, que este tipo de relaciones, cuando se mantenían entre adultos, con su libre consentimiento, entraban en la esfera de aplicación del artículo 8, garantizador del derecho a la vida privada (21).

La cuestión suscitada por el interesado, a la sazón dirigente del Movimiento de Homosexuales en Chipre, concernía a la existencia de la prohibición de la normativa chipriota que, a juicio del interesado, generaba una tensión y temor a ser perseguido por tener relaciones de esta naturaleza.

El gobierno chipriota rechazaba la infracción del artículo 8, considerando que la práctica nacional estaba más en armonía con el referido artículo y que la normativa impugnada no era aplicada desde la entrada en vigor de la Constitución.

La política del Fiscal General del Estado, iniciada en la década de los ochenta, permitía afirmar la inexistencia de procedimientos en contra de estas personas. Esta política no era suficiente, a juicio del Tribunal, para satisfacer las exigencias del artículo 8.

El Tribunal había declarado, en el asunto «Dudgeon» (22), que el margen de apreciación de las autoridades internas no depende sólo del objetivo de la restricción, sino de la «naturaleza de las actividades contempladas». En los asuntos «Dudgeon» y «Norris», así como en el presente, aludió a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada. Han de concurrir razones especialmente graves para legitimar la injerencia del poder público. El Tribunal consideró, en el asunto contra Chipre, que el pleno respeto del artículo 8 hubiera exigido, conforme a su jurisprudencia anterior, que las autoridades nacionales procedieron a derogar la normativa interna incompatible con la interpretación del contenido actual del dere-

---

(20) Vid. en esta Revista, vol. 9 (1982), núm. 2, págs. 656-663, nuestro comentario a la sentencia dictada en 1981 en el asunto «Dudgeon c. Reino Unido», y *Publ. Cour Eur. des D. H.*, Serie A, n. 45, así como la sentencia de 1991 en el asunto «Norris», en *Publ. Cour Eur. des D. H.*, Serie A, n. 142.

(21) *Ibidem*.

(22) Sentencia de 22 de octubre de 1981, asunto «Dudgeon», cit. en nota 20, párs. 48 a 63.

cho a la vida privada. Exigiendo la abrogación de la normativa impugnada para la eficaz y plena garantía del derecho.

El alcance jurisprudencial de las decisiones del Tribunal europeo, al clarificar y adaptar el significado del disfrute de un derecho, trasciende del caso concreto, que obliga no sólo a las partes en litigio, según el artículo 53 del Convenio y pone de manifiesto la importancia de la receptividad de las autoridades nacionales que dispongan de una normativa interna análoga a la declarada incompatible con el Convenio (23).

Esto justifica su intervención en el procedimiento, cuando se consideren especialmente afectados por la solución del litigio concreto. La previsión del artículo 48.1.b del Convenio permite la intervención de terceros Estados (24).

La decisión del Tribunal no se adentró en la clarificación de la incidencia de orden constitucional, sino que se limitó a la aplicación práctica del derecho por parte de las autoridades chipriotas. No considerando adecuada al Convenio la valoración del Tribunal Supremo de la normativa interna.

Tampoco estimó procedente la alegación de la inaplicación práctica de la normativa para justificar la ausencia de infracción.

El Tribunal europeo declaró, con acierto, que la disposición normativa contraria al Convenio ha de ser formalmente derogada para evitar ambigüedades en su aplicación, y no es suficiente la existencia de una orientación jurisprudencial nacional más acorde a la doctrina europea.

Ciertamente esta práctica no evita el temor alegado por el interesado, que subsistirá en tanto no se derogue la norma contraria al Convenio. La actitud de las autoridades pone nuevamente de manifiesto la obligación positiva de obrar en tal sentido exigida por el Tribunal para garantizar plenamente el disfrute del derecho comentado, debiéndose adoptar las medidas pertinentes para lograr la plena eficacia del texto europeo en el ámbito nacional, y la de los compromisos internacionalmente asumidos.

---

(23) Por su lado, en la sentencia de 26 de octubre de 1988, en el asunto «Norris c. Irlanda», el Tribunal desestimó que existiera una «presión social suficiente que permitiera en Irlanda penalizar ciertos actos homosexuales cometidos en privado entre hombres adultos», *Publ. Cour Eur.*, Serie A, n. 21, pág. 52.

Respecto de la evolución social acontecida en el ámbito europeo, vid. *ibidem*, pág. 20.

Vid. en esta Revista nuestro comentario a la sentencia del Tribunal europeo de 23 de junio de 1993, vol. 21 (1994-1), págs. 157-170.

(24) Según las previsiones del artículo 48.1.b del Convenio.

## BIBLIOGRAFIA

