

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO¹
Universidad Complutense de Madrid
obouazza@der.ucm.es

Cómo citar/Citation

Bouazza Ariño, O. (2017).
Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Revista de Administración Pública, 204, 217-234.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.08>

SUMARIO

I. DERECHO A LA LIBERTAD: 1. Ilegalidad de los actos de entidades políticas no reconocidas internacionalmente. 2. Detención ordenada por tribunales no reconocidos internacionalmente. II. DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO. III. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 1. Responsabilidad médica. 2. Toma de muestra de ADN: intimidad y protección de los derechos de los demás. 3. Derecho a la imagen de los menores. 4. Derecho al respeto de la vida familiar. IV. LIBERTAD RELIGIOSA Y VIDA PRIVADA: ¿IR POR LA CALLE CON LA CARA TAPADA? V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA INCITACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, EL ODIO Y LA VIOLENCIA COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. VI. DERECHO AL RESPETO DE LOS BIENES: 1. Expropiación forzosa y fines privados. 2. Propiedad, desahucio y bienes de la Iglesia.

¹ Profesor titular de Derecho Administrativo. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «El reto de la reafirmación del Estado del Bienestar en la protección de los derechos humanos» (DER2015-65524-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER, UE).

I. DERECHO A LA LIBERTAD

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH» o «el Tribunal», en adelante) se ha pronunciado en los últimos meses acerca de varios casos referidos a decisiones adoptadas por órganos o estructuras políticas fácticas no reconocidas internacionalmente. Me refiero a las sentencias recaídas en los casos *Mitrović c. Serbia*, de 21 de marzo de 2017, y *Mozzer c. la República de Moldavia y Rusia*, de 23 de febrero de 2016, referida a la complicada situación política y socioeconómica del territorio separatista de Transnistria (Moldavia), que indudablemente tiene una enorme incidencia en la garantía y protección de los derechos humanos de sus habitantes.

1. ILEGALIDAD DE LOS ACTOS DE ENTIDADES POLÍTICAS NO RECONOCIDAS INTERNACIONALMENTE

En la sentencia recaída en el caso *Mitrović c. Serbia*, de 21 de marzo de 2017, el demandante fue condenado en 1994 a una pena privativa de libertad de 8 años por la comisión de un delito de asesinato. La condena fue dictada por un tribunal bajo el control de la «República de Serbia Krajina», una entidad «autoproclamada», no reconocida internacionalmente, establecida en el territorio de la República de Croacia durante las guerras de la antigua Yugoslavia. El demandante cumpliría su condena en una prisión de Serbia. La entidad dejó de existir en 1995 y nunca fue reconocida como Estado por Serbia. El demandante se queja de que su detención en una prisión de Serbia supuso una violación del art. 5 CEDH.

El TEDH comienza su argumentación señalando que el demandante fue condenado por un delito de asesinato por un tribunal que funcionaba fuera del sistema judicial de Serbia, bien que cumplió su condena en una prisión de Serbia. Las autoridades serbias no habrían llevado a cabo un procedimiento de reconocimiento de la decisión extranjera como requiere el derecho interno. Dado que el demandante fue detenido en base a una decisión de un tribunal que no pertenece al sistema judicial interno, no reconocido, tampoco, por el sistema internacional, y en ausencia de cualquier otra base en el derecho interno para la detención, el requisito de la legalidad de la medida que exige el art. 5.1 CEDH no se habría cumplido. De ahí que el TEDH concluya, por unanimidad, que ha habido una violación del derecho a la libertad del demandante.

2. DETENCIÓN ORDENADA POR TRIBUNALES NO RECONOCIDOS INTERNACIONALMENTE

Un nuevo caso llega a Estrasburgo sobre la región separatista de Transnistria, en la República de Moldavia. Se trata, como se recordará, de un territorio que se integra en la República de Moldavia pero que, de hecho, depende en gran medida de Rusia. Me refiero a la sentencia de la Gran Sala recaída en el caso *Mozer c. la República de Moldavia y Rusia*, de 23 de febrero de 2016².

El demandante, un ciudadano moldavo que pertenece a la minoría étnica germana, fue detenido por las autoridades de la autoproclamada «República Moldava de Transnistria» (RMT, en adelante), sospechoso de la comisión de un delito de fraude contra la empresa para la que trabajaba. Se queja de que no recibió tratamiento médico para sus dolencias mientras estaba privado de libertad y que las condiciones eran inhumanas (art. 3 CEDH), que su privación de libertad fue ilegal (art. 5 CEDH), que su derecho a encontrarse con sus padres y pastor fueron restringidos indebidamente (arts. 8 y 9) y que no ha dispuesto de un recurso efectivo (art. 13). También alegó que tanto las autoridades moldavas como rusas fueron responsables por las violaciones a sus derechos.

El TEDH comienza su argumentación indicando que no hay motivo para distinguir este caso de otros acontecidos en la región separatista desde la perspectiva de la consideración de la jurisdicción de Moldavia. Aunque Moldavia no tiene un control efectivo sobre los actos de la RMT, el hecho de que la región está reconocida en base al derecho internacional público como parte del territorio de Moldavia hace surgir la obligación de Moldavia, en base al art. 1 del Convenio, de emplear los medios legales y diplomáticos disponibles para asegurar la garantía del disfrute de los derechos y libertades definidos en el Convenio para quienes viven ahí. Por ello, el TEDH considera, correcta por unanimidad, la jurisdicción de Moldavia en este caso. También reconoce, por dieciséis votos a uno, la jurisdicción de Rusia. A falta de nueva información que muestre que la situación haya cambiado desde los últimos casos referidos a esta región, el TEDH mantiene sus consideraciones anteriores de que la RMT solo continuará existiendo y resistiendo los esfuerzos internacionales de Moldavia de resolver el conflicto y traer la democracia y el respeto del principio de legalidad a la región mientras se mantenga el apoyo militar, económico y político de Rusia. La fuerte dependencia de la RMT del

² Véase la nota a la Sentencia *Catan y otros c. la República de Moldavia y Rusia*, de 19 de octubre de 2012, que realicé en el número 190 de esta revista, sobre los derechos lingüísticos de la minoría rumano-parlante en el territorio separatista, en el que el ruso es la lengua mayoritaria (págs. 296 y ss).

apoyo de Rusia ofrece una indicación clara de que Rusia continúa ejerciendo un control efectivo y una decisiva influencia en las autoridades de la región.

En relación con el art. 5 CEDH, el TEDH reitera que las decisiones tomadas por los tribunales, incluyendo los tribunales penales, de entidades no reconocidas, pueden considerarse «legítimas» a los efectos del Convenio, en la medida en que formen parte de un sistema judicial que funcione con una base legal y constitucional compatible con el Convenio. Corresponde en primer lugar a Rusia, como Estado contratante con un efectivo control sobre la entidad no reconocida, mostrar que la RMT satisface dicho test. En la sentencia recaída en el caso *Ilașcu y otros*, el TEDH observó que el test no se cumplía a la vista, en concreto, de la naturaleza claramente arbitraria de las circunstancias en las que los demandantes en el caso fueron juzgados y condenados. A falta de información del Gobierno de Rusia y a la vista de la escasez de información oficial sobre el sistema legal y judicial en la RMT, el TEDH no puede verificar si los tribunales de la RMT y su práctica cumplen ahora con dichos requisitos. Lo que estaba claro, sin embargo, es que el sistema legal de la RMT creado en 1990 no ha seguido el análisis cuidadoso al que se sometió el derecho moldavo antes de que Moldavia se uniera al Consejo de Europa en 1995. Así, no hay base para asumir que el sistema legal de la RMT refleje una tradición judicial considerada compatible con los principios del Convenio. Esta conclusión se refuerza, entre otras cosas, por el arresto y detención del demandante. Especialmente, la orden de su detención por un tiempo indefinido y el examen de su recurso *inaudita parte* y los informes de los medios de comunicación que muestran la preocupación sobre la independencia y calidad de los tribunales de la RMT. Ni los tribunales de la RMT ni ninguna otra autoridad de la región habrían estado legitimados para ordenar el arresto y detención del demandante, en el sentido del art. 5.1 del Convenio.

A continuación, el TEDH analizará la responsabilidad concreta de la República de Moldavia. A este respecto el TEDH recuerda que en su sentencia *Ilașcu y otros* subrayó que las obligaciones positivas de Moldavia en la adopción de medidas apropiadas y suficientes para asegurar los derechos del demandante de conformidad con el art. 5.1 se refieren tanto a medidas de restablecimiento del control sobre el territorio separatista como a una expresión de su jurisdicción así como a medidas de garantía del respeto de los derechos individuales del demandante.

En relación con la obligación de restablecimiento del control, no hay nada que indique que el Gobierno moldavo, que ha adoptado todas las medidas en su poder de restablecimiento del control sobre el territorio de Transnistria, haya cambiado su posición durante el periodo de detención del demandante. En relación con la obligación de asegurar el respeto de los derechos del demandante, el Gobierno de Moldavia ha hecho esfuerzos considerables para apoyarle, en

concreto mediante demandas de varias organizaciones intergubernamentales y países extranjeros, una decisión del TS de Moldavia anulando la condena del demandante y una investigación sobre las alegaciones de detención ilegal. Moldavia, por tanto, habría cumplido con sus obligaciones positivas. En conclusión, el TEDH entiende por unanimidad que no ha habido una violación.

El TEDH analizará en concreto la responsabilidad de Rusia en el caso. A este respecto, indica que si bien no hay pruebas de que hayan participado personas en nombre de la Federación Rusa en la adopción de medidas contra el demandante, hay responsabilidad de Rusia en base al Convenio por su apoyo militar, económico y político continuado a la RMT, sin el cual no podría sobrevivir. Por ello, el TEDH entiende por dieciséis votos a uno que ha habido una violación.

En relación con el artículo 3: el demandante se queja de que no ha recibido asistencia médica y de las condiciones de su detención.

Es indiscutible que el demandante sufría de ataques de asma. Aunque los médicos consideraron que la condición del demandante empeoraba y que el equipamiento que se requería para tratarle era insuficiente, las autoridades de la RMT no solo rechazaron transferirle a un hospital civil, sino que le expusieron a un mayor riesgo a su salud al dejarle en una prisión ordinaria. A la vista de la ausencia de explicaciones para la denegación de un tratamiento apropiado, el TEDH considera que la asistencia médica recibida por el demandante no estaba adecuadamente asegurada.

El TEDH, además, observa, a la luz de los informes del Comité Europeo de Prevención de la Tortura, que las condiciones en la prisión supusieron un trato degradante por la masificación, falta de acceso de luz natural, falta de ventilación, humo de tabaco y humedad, circunstancias que agravaron sus ataques de asma. Por estas razones, el TEDH observa, por dieciséis votos a uno, que Rusia ha violado el art. 3 CEDH en este caso. Concluye que no ha habido violación, sin embargo, en relación con Moldavia.

En lo que respecta al artículo 8 CEDH: el demandante se queja de que no ha podido encontrarse con su familia durante un tiempo considerable y que durante las visitas que se han autorizado eventualmente no se le ha permitido hablar en su alemán nativo.

El TEDH rechaza la restricción de las visitas en un periodo de seis meses tras su detención, así como a la vigilancia física de un guardia en esos encuentros transcurridos los seis meses. El TEDH ve claro que la función del guardia era la de lo que la familia discutía, por lo que también se le impidió comunicarse con su familia en su lengua materna. Si bien la interferencia en los derechos del demandante tenía una base legal, el TEDH concluye, por dieciséis votos a uno, que las restricciones en las visitas a prisión implicaron una violación del art. 8 por parte de Rusia. En relación con Moldavia, concluye por unanimidad que no ha habido una violación del precepto.

En fin, en relación con el art. 9, sobre la libertad religiosa, el demandante también alega que se le ha impedido ver a su pastor. No ha obtenido, por tanto, asistencia religiosa. El TEDH reitera que la denegación de permitir a un preso encontrarse con un clérigo constituye una interferencia en su libertad religiosa (art. 9 CEDH). No se sabe si había una base legal para ello ni se han dado razones al respecto.

II. DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO

En la sentencia recaída en el caso *Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta c. España*, de 10 de enero de 2017, los demandantes son dos propietarios a los que no se les notificó el procedimiento administrativo sobre la legalidad del permiso de obra de su apartamento.

Los demandantes compraron su apartamento en Sanxenxo (Galicia) en septiembre de 2001. Un vecino denunció la legalidad de las obras en el bloque de apartamentos ante los tribunales de lo contencioso en julio de 2002. Solicitó su suspensión. El Ayuntamiento solo informó al constructor acerca del procedimiento iniciado, único tenedor del permiso de obra. Los demandantes no fueron notificados.

El Juzgado de lo Contencioso núm. 3 de Pontevedra admitió parcialmente las quejas de los demandantes en enero de 2004 y anuló el permiso de obra. Sin embargo, no ordenó la demolición de los apartamentos. A los compradores tampoco se les notificó esta sentencia. En apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG, en adelante) ordenó la demolición de varios apartamentos. A solicitud del vecino, se adoptaron las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. Las autoridades municipales y el constructor recurrieron dichas medidas sin éxito. La sentencia final fue entregada por las autoridades municipales a los demandantes en febrero de 2009, les informaron de que el permiso de obra otorgado al constructor había sido anulado y que la orden afectaba a varios apartamentos, de entre los cuales se hallaba el suyo.

Los demandantes recurrieron sin éxito ante el TSJG con la finalidad de que se declarase la nulidad e invalidez del procedimiento. También interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), argumentando que no se habían dado pasos para informarles sobre el procedimiento. El TC inadmitió su recurso. La demolición se encontraba en situación de suspensión en el momento de dictarse la presente sentencia y se ha iniciado un procedimiento para la regularización del permiso de obra originario.

Agotada la vía interna, los demandantes acuden ante el TEDH alegando una violación del art. 6.1 (derecho a un proceso equitativo). Argumentan en

su demanda que no fueron informados, como partes interesadas, del procedimiento ante el Juzgado núm. 3 de Pontevedra.

El TEDH destaca que el objeto de este litigio es la ausencia de participación de los demandantes en el proceso contencioso que se ha generado por una decisión de demolición de su alojamiento. El procedimiento de demolición como tal y los recursos que pueden interponer los demandantes para atacarlo son elementos que el TEDH tiene en cuenta, pero escapan de las quejas presentadas por los demandantes ante el TEDH.

A este respecto, el TEDH observa que el TSJG rechazó la demanda de nulidad de los demandantes debido a que su existencia no estaba suficientemente probada, ya que el proceso contencioso-administrativo fue iniciado por el vecino y que el órgano judicial, por tanto, no les podía identificar.

En principio, corresponde a las autoridades nacionales, y sobre todo a los tribunales, la interpretación de los hechos y la legislación interna. Y al TEDH la verificación de la compatibilidad con el CEDH de los efectos de dicha interpretación. El TEDH no sustituirá la apreciación de los hechos y del derecho aplicable realizados en el ámbito interno por la suya propia en ausencia de arbitrariedad, salvo si se ha podido dar una amenaza a los derechos y libertades protegidas por el Convenio. Sin embargo, podrá intervenir si observa que las jurisdicciones internas han examinado la causa de los demandantes de una manera que hayan podido significar una amenaza a la sustancia misma de su derecho de acceso a un tribunal tal y como viene garantizado por el art. 6.1 del Convenio.

El TEDH observa, en línea con las alegaciones de los demandantes, que en el recurso de apelación presentado por el promotor se menciona la existencia de terceros adquirentes de buena fe, propietarios de apartamentos en el inmueble en cuestión. Los demandantes además constaban en el registro de la propiedad desde 2001 y han pagado los impuestos correspondientes a su inmueble desde 2002. También debe subrayarse que el Ayuntamiento reconoció que la ausencia de notificación del procedimiento a los demandantes se debía analizar como una infracción real en sus derechos de defensa. Por ello, el TEDH constata que los demandantes, a diferencia de lo indicado por el TSJG, eran perfectamente identificables, su identidad era accesible y que había suficientes informaciones en el expediente que permitía a la Administración y a los tribunales su notificación. Observa que la interpretación del TSJG en cuanto a la justificación de la ausencia de notificación a los demandantes ha sido demasiado restrictiva y contraria a la sustancia misma del derecho de acceso a un tribunal. Asimismo, el recurso de amparo no ha supuesto un remedio a la ausencia de participación en el procedimiento contencioso-administrativo.

Por otro lado, contrariamente a lo que alega el Gobierno, no hay nada en el expediente que permita constatar que los demandantes tuvieran un cono-

cimiento extrajudicial del procedimiento contencioso-administrativo sobre la legalidad del permiso de obra, si bien dicho proceso podía tener consecuencias negativas para ellos. En cuanto a una eventual falta de diligencia de los demandantes, el TEDH subraya que han presentado su solicitud de nulidad en el momento en el que se les ha notificado la Sentencia de 29 de marzo de 2007.

El TEDH observa que ni el cambio de la legislación urbanística de 2013, ni la suspensión de la demolición, ni la potencial regularización de la situación del alojamiento, son elementos suficientes para reparar el perjuicio real causado por la ausencia de participación de los demandantes en el procedimiento que ha concluido con la sentencia de demolición de 2007. En consecuencia, el TEDH rechaza las objeciones del Gobierno sobre la ausencia de la condición de víctima de los demandantes al no haberse dado, a su modo de ver, un perjuicio significativo. En lo que concierne a las vías de recurso mencionadas por el Gobierno, a saber, una eventual acción civil de desahucio contra el promotor o una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el TEDH subraya que son medidas de reparación a los demandantes en caso de demolición, pero que no suponen un resarcimiento por la ausencia de participación en un procedimiento en el que constituían parte interesada.

En fin, en relación con la posibilidad de regularización del apartamento de los demandantes por la nueva reglamentación urbanística, el TEDH observa que si bien puede tener una incidencia en los derechos de los demandantes protegidos por el art. 8 CEDH e incluso el art. 1 del protocolo núm. 1 al Convenio, es una posibilidad demasiado incierta para considerar que los demandantes la han omitido de manera abusiva o para hacer desaparecer la violación del derecho de los demandantes a un proceso equitativo. Por todo ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del artículo 6 CEDH.

III. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

1. RESPONSABILIDAD MÉDICA

En la sentencia recaída en el caso *Erdinç Kurt y Otros c. Turquía*, de 6 de junio de 2017, los demandantes son una pareja y su hija, gran inválida debido a dos intervenciones quirúrgicas: la primera, con la que se pretendía tratar una enfermedad cardíaca congénita muy grave; la segunda, con la que se trataba de remediar una complicación de la primera, pero que ha supuesto secuelas neurológicas graves.

Los padres plantearon una acción de reparación ante las jurisdicciones civiles. El tribunal solicitó un informe de una experta. En el informe se citaba

bibliografía relevante y se enumeraban los altos niveles de complicaciones y fallecimientos ligados a las intervenciones a las que se sometió su hija. Tales riesgos tan elevados le hicieron concluir la ausencia de responsabilidad de los médicos. Los demandantes denunciaron una falta de motivación del informe y solicitaron en vano un nuevo informe de otro experto.

El TEDH indica que en este caso la cuestión a dilucidar es si, independientemente del riesgo que presenta la intervención, los médicos han contribuido a la realización del daño. A este respecto, el TEDH constata que el informe del experto no aborda esta cuestión. Se apoya solamente en la bibliografía que se refiere a la existencia de riesgos, pero no analiza si los médicos concernidos en este caso han actuado de conformidad con las normas deontológicas de la medicina moderna, durante y después de la operación. No se apoyan en ningún elemento concreto. La conclusión de ausencia de responsabilidad no se apoya en prueba alguna.

A modo de ver del TEDH, el informe no está suficientemente motivado a la vista de la cuestión sobre la que debía aportar claridad técnica. Debido a dicha carencia, la solicitud de informes de otros expertos debió ser concedida. Como no ha sido el caso, los demandantes no han gozado de un derecho de recurso judicial adecuado a la vista de las exigencias inherentes a la protección del derecho a la integridad física de la paciente. El TEDH concluye, por unanimidad, que ha habido una violación del art. 8 CEDH. De modo que nos encontramos ante un nuevo caso en el que el derecho a la integridad física se protege de una manera refleja a través del derecho al respeto de la vida privada y familiar.

2. TOMA DE MUESTRA DE ADN: INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DEMÁS

En la sentencia recaída en el caso *Aycaguer c. Francia*, de 22 de junio de 2017, el TEDH examina, desde la óptica de la ponderación de los derechos fundamentales en relación con los intereses generales, la normativa francesa en materia de toma de muestras de ADN en los casos de comisión de ilícitos penales.

El demandante participó en una manifestación organizada por un sindicato agrícola y por una mutua con ocasión de una reunión profesional en el departamento Pirineos-Atlánticos. La manifestación se desarrolló en un contexto político y sindical difícil. Se produjo un enfrentamiento entre los manifestantes y los gendarmes y el demandante fue puesto a disposición judicial por haber cometido voluntariamente actos de violencia. Fue condenado a dos meses de prisión.

Ante el tribunal, se le requirió una muestra de su ADN (la cual sería incorporada al fichero nacional automatizado de huellas genéticas), a lo que se negó. Por ello, el tribunal de gran instancia le impuso una multa de 500 euros.

El tribunal de apelación confirmó la sentencia. El demandante interpuso un recurso de casación, que sería inadmitido.

Agotada la vía interna, el demandante alega ante el TEDH una violación de su derecho al respeto de la vida privada (art. 8 CEDH), por la orden de prestar su material genético para ser incorporado al fichero automatizado de material genético, cuya negativa supuso una condena penal.

El TEDH comienza su argumentación indicando que el simple hecho de memorizar los datos relativos a la vida privada de un individuo constituye una injerencia en el sentido del artículo 8 CEDH. Los perfiles de ADN contienen una cantidad importante de datos únicos de carácter personal.

El TEDH precisa que las autoridades nacionales, con la finalidad de cumplir con su deber de protección de la población, constituyen ficheros que contribuyen eficazmente a la represión y prevención de ciertas infracciones, sobre todo las infracciones de naturaleza sexual, razón por la cual se ha creado el fichero que se trata en este caso.

El TEDH constata que el demandante no está registrado en el fichero porque ha rechazado ofrecer una muestra de su ADN, como exige la ley, y que por ello ha recibido una condena penal.

Si bien la injerencia está prevista en la ley y persigue un fin legítimo, conviene subrayar que en virtud del artículo R.53-14 del código procesal penal, la duración de la conservación de los perfiles de ADN no puede superar los cuarenta años tratándose de personas condenadas por infracciones que suponen, según el Gobierno, «un cierto grado de gravedad». El TEDH subraya que se trata en principio de un periodo máximo que debe ser concretado por decreto. Sin embargo, dicho decreto no ha sido aprobado todavía. El TEDH observa que el Consejo Constitucional ha dictado una decisión el 16 de septiembre de 2020 declarando que las disposiciones relativas al fichero son conformes a la Constitución, bajo reserva, entre otras, «de proporcionar la duración de la conservación de tales datos personales teniendo en cuenta el objeto del fichero, la naturaleza o la gravedad de las infracciones cometidas». El TEDH observa que dicha reserva no ha recibido a día de hoy una regulación apropiada. Actualmente no hay diferencia en función de la naturaleza y de la gravedad de la infracción cometida, a pesar de la importante disparidad de las situaciones que se pueden dar, como la del demandante. Los hechos cometidos por el demandante, que deben contextualizarse en un contexto sindical y político, son muy diferentes de los hechos de naturaleza especialmente grave para los que se prevé la norma, básicamente, de naturaleza sexual, terrorismo o referidos a crímenes contra la humanidad o de tráfico de seres humanos.

El TEDH constata que la ley no contempla un procedimiento de eliminación de las muestras de ADN para las personas condenadas, como el demandante. El TEDH estima, sin embargo, que las personas condenadas

deben gozar de la oportunidad de solicitar la eliminación de las muestras de ADN almacenadas.

El TEDH considera que el régimen actual de conservación de perfiles de ADN en el fichero no ofrece, en cuanto a su duración y a la ausencia de posibilidad de eliminación, una protección suficiente al interesado y no se traduce en un justo equilibrio entre los intereses concurrentes, públicos y privados, en juego.

El TEDH concluye que el Estado ha sobrepasado su margen de apreciación en la materia. La condena penal del demandante por no ofrecer una muestra de su ADN destinado al registro de su perfil en el fichero ha constituido una interferencia desproporcionada a su derecho al respeto de su vida privada y no puede considerarse como necesaria en una sociedad democrática. Por ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del art. 8 CEDH.

3. DERECHO A LA IMAGEN DE LOS MENORES

En la sentencia recaída en el caso *Bogomolova c. Rusia*, de 20 de junio de 2017, la demandante es la madre de un niño que apareció fotografiado en la portada de un panfleto de un centro de apoyo psíquico, médico y social, con el titular «los niños necesitan una familia». El TEDH considera que se ha producido una violación del derecho a la imagen, ya que no ha habido consentimiento y la imagen puede sugerir que el niño no tiene familia, afectando a los derechos de la personalidad y relativos a la vida familiar tanto de la demandante y su hijo. El TEDH concluye, por ello, que ha habido una violación del art. 8 CEDH.

4. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR

En la sentencia recaída en el caso *Barnea y Caldararu c. Italia*, de 22 de junio de 2017, los demandantes y sus cuatro hijos son una familia gitana que viven en un campamento en condiciones precarias. La Administración retiró a los padres la custodia del menor de sus hijos. En junio de 2009 pasó a depender de una institución de acogida y fue dado en acogimiento, al comprobarse que su familia biológica no le podía ofrecer unas condiciones materiales adecuadas. En octubre de 2012, sin embargo, el tribunal de apelación declaró el retorno progresivo del menor a su familia de origen en el plazo de seis meses. Los servicios sociales no siguieron dichas prescripciones y en noviembre de 2014 el tribunal prolongó la permanencia del menor con su familia de acogida. En enero de 2015 el tribunal de apelación anuló esta decisión pero mantuvo al menor con su familia de acogida, en la que estaba integrado tras seis años con ellos.

Finalmente, en agosto de 2016, el tribunal ordenó la vuelta del niño con sus padres biológicos. Esta vuelta se produjo al mes siguiente, siendo una situación difícil para el menor. Agotada la vía interna, los demandantes acuden ante el TEDH al considerar que las instituciones internas han violado su derecho al respeto de la vida familiar.

El TEDH comienza su argumentación indicando que las autoridades nacionales no han realizado los esfuerzos necesarios para garantizar que los demandantes y su hijo pudieran vivir juntos desde 1999 a 2016. A la vista de las condiciones de su separación y de la sentencia del tribunal de apelación de 2012, que preveía la vuelta del niño con su familia de origen, se ha despreciado el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar.

En primer lugar, los motivos ofrecidos por el tribunal para rechazar la vuelta del niño con los demandantes y para declarar su posibilidad de acogimiento no constituyen circunstancias excepcionales susceptibles de justificar una ruptura del vínculo familiar. Las autoridades internas debieron realizar los esfuerzos necesarios para adoptar medidas concretas que le permitieran vivir con los demandantes. En efecto, en ningún momento del proceso se han invocado situaciones de malos tratos, abusos sexuales o de carencias afectivas, un estado de salud inquietante o un desequilibrio psíquico de los padres. Al contrario, los vínculos entre los padres y el niño eran especialmente fuertes. Los demandantes eran aptos para ejercer su rol paterno y no tuvieron influencia negativa en el desarrollo del menor.

En segundo lugar, tras la sentencia del tribunal de apelación de 2012, no se ha llevado a cabo proyecto alguno de acercamiento del menor a su familia de origen en el plazo indicado de seis meses. Es más, el tribunal prorrogó la continuación del menor con su familia de acogida y redujo el número de encuentros del niño con sus padres biológicos a cuatro por año, fundándose en el comportamiento y condiciones materiales de vida de los demandantes, en las dificultades potenciales de integración del menor en la familia de origen y en los vínculos profundos desarrollados con la familia de acogida.

El hecho de que se considere que la puesta en acogimiento de un niño sea más adecuada para su educación, no justifica su sustracción de su familia biológica. En concreto, las capacidades educativas de los demandantes no se han puesto en cuestión. Es más, han sido reconocidas positivamente por el tribunal de apelación, recuerda el TEDH.

En tercer lugar, si bien la decisión del tribunal fue anulada en 2015, el tribunal de apelación consideró la situación de acogida basando su decisión en el paso del tiempo (6 meses), los fuertes vínculos con la familia de acogida y que una vuelta a la casa de los demandantes no era aconsejable.

Un respeto efectivo de la familia exige que las relaciones futuras entre padres e hijos se rijan sobre la base de un conjunto de elementos pertinentes y

no sobre el simple paso del tiempo. En concreto, los motivos ofrecidos por los servicios sociales a las autoridades judiciales para rechazar la vuelta del niño con los demandantes no constituyen circunstancias excepcionales que puedan justificar una ruptura del vínculo familiar.

El TEDH observa que debido al paso del tiempo y a su integración en la familia de acogida, las jurisdicciones nacionales pueden rechazar la vuelta del niño. Sin embargo, el tiempo transcurrido, como consecuencia de la inercia de los servicios sociales en la puesta en funcionamiento de un proyecto de acercamiento y los motivos avanzados por el tribunal para prorrogar el acogimiento provisional del niño, han contribuido de manera decisiva a impedir la vuelta del niño con sus padres biológicos, que debió tener lugar en 2012.

Por todo ello, el TEDH concluye por unanimidad que ha habido una violación del art. 8 CEDH, reconociendo una indemnización de 40 000 euros por daño moral³.

IV. LIBERTAD RELIGIOSA Y VIDA PRIVADA: ¿IR POR LA CALLE CON LA CARA TAPADA?

En la sentencia recaída en el caso *Belcacemi y Oussar c. Bélgica*, de 11 de julio de 2017, el TEDH vuelve a conocer sobre las leyes que prohíben el *nicab* y el *burka* en ciertos países del viejo continente, tras la sentencia recaída en el caso *S.A.S. c. Francia*⁴.

Las demandantes son dos ciudadanas residentes en Schaerbeek y Lieja (Bélgica) respectivamente. Ambas son musulmanas y solicitan la suspensión o

³ Véanse, a modo de precedentes, las sentencias recaídas en los casos *Kutzner c. Alemania*, de 26 de febrero de 2002; *Couillard Maugery c. Francia*, de 1 de julio de 2004; *Clemeno y otros c. Italia*, de 21 de octubre de 2008; *Saviny c. Ucrania*, de 18 de diciembre de 2008; *B. c. Rumanía*, de 19 de febrero de 2013; *R.M.S. c. España*, de 18 de junio de 2013; *Zhou c. Italia*, de 21 de enero de 2014; y *Soares de Melo c. Portugal*, de 16 de febrero de 2016.

⁴ Al respecto, me remito al trabajo de L. Martín-Retortillo Baquer (2015), «El debate sobre el uso de los espacios públicos, ¿andar por la calle desnudo o con la cara tapada?», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 33, págs.13-72; J. González Pérez (2017), «El derecho a ir tapado hasta la cara y el ir desnudo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* 268, págs. 339-361; J. Ponce Solé (2015), «¿Hacia un nuevo concepto de orden público? A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el burka: ¿Obligación jurídica de ir juntos o Derecho a autoexcluirse y ser un “outsider”?», *REDA*, 170, págs. 215-240.

derogación de la Ley de 1 de junio de 2011, que prohíbe ir por la calle con la cara parcial o totalmente cubierta. La primera demandante, desde la aprobación de la Ley, tiene miedo de ir por la calle de conformidad con sus convicciones religiosas, por la elevada multa que debería pagar si fuera sancionada o por ser condenada a pena privativa de libertad. La segunda demandante no sale de casa, debido a la prohibición, lo que ha afectado a su vida privada y social.

El TEDH observa, en primer lugar, que la restricción persigue garantizar la «vida en comunidad» y la «protección de los derechos y libertades de los demás», por lo que entiende que es necesaria en una sociedad democrática.

Como en el caso *S.A.S. c. Francia*, el TEDH observa que la preocupación de asegurar las mínimas garantías de vida en sociedad puede observarse como un elemento de «protección de los derechos y libertades de los demás» y que la prohibición estaba justificada, en principio, solamente en la medida en que garantizara las condiciones de «vida en comunidad». Así, el TEDH explica que mediante un contacto directo y constante con las partes interesadas en el país, las autoridades estatales están en principio mejor situadas que un tribunal internacional en la valoración del contexto y de las necesidades locales. Por consiguiente, al adoptar las previsiones en cuestión, el Estado ha intentado responder a una práctica que considera incompatible, en la sociedad belga, con la comunicación social y el establecimiento de relaciones humanas, las cuales son indispensables para la vida en sociedad. Se trata de proteger la interacción de los ciudadanos, lo que para Bélgica es esencial para asegurar el funcionamiento de una sociedad democrática. La cuestión de si se debe aceptar el velo integral en el ámbito de lo público en Bélgica es una elección de sociedad, dice el TEDH

En relación con la proporcionalidad de la restricción, el TEDH observa que la sanción por no cumplimiento de la prohibición en base al derecho belga puede oscilar entre una multa y una sentencia de prisión. La prisión se reserva, sin embargo, para personas que cometen la infracción repetidamente. Además, no se aplica de una manera inmediata. El delito se clasifica como «híbrido» en el derecho sancionador belga, es decir, queda cubierto parcialmente por el derecho penal y el derecho administrativo. Así, en el contexto de la acción administrativa, se podían adoptar medidas alternativas en el plano municipal. Si bien la restricción del derecho por motivos de convivencia e, incluso, seguridad colectiva puede justificar una respuesta sancionadora administrativa, parece que la intervención del derecho penal es excesiva. La mera existencia de una pena privativa de libertad por la forma de ir vestido por la calle, no parece que se compadezca con el principio de proporcionalidad. En cualquier caso, el TEDH concluye que no ha habido una violación del art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) ni del art. 9 (libertad religiosa).

Tampoco observa una violación del art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con los arts. 8 y 9.

El TEDH resolvió el mismo día la sentencia recaída en el caso *Dakir c Bélgica*, sobre una prohibición similar que se adoptó con carácter anterior, en junio de 2008, vía reglamentaria, por los municipios de Pepinster, Dison y Verviers. Si bien declara que la prohibición de ir por la calle con la cara cubierta perseguía la finalidad legítima de la protección de las condiciones de «vida en comunidad» como un elemento de la «protección de los derechos y libertades de los demás», observa que el proceso seguido ante el *Conseild'État* ha supuesto una violación del derecho a un proceso equitativo de la demandante (art. 6 CEDH). En efecto, el *Conseild'État* rechazó la demanda de la demandante en base a que se había basado únicamente en el art. 113 bis del reglamento, sin referirse al 113. El TEDH subraya que el art. 113 puede considerarse como una previsión general (se refiere a la utilización de una máscara o cualquier estratagema para ocultar la identidad) y que el art. 113 bis representa una aplicación concreta del mismo (se refiere específicamente a la ocultación del rostro con la vestimenta). Los municipios en cuestión se han basado en el art. 113 bis del reglamento porque consideran que el art. 113 es insuficiente para prohibir el burka por la calle. También observa que las alegaciones presentadas por la demandante en su recurso ante esta sede jurisdiccional se han realizado de una manera sustanciada y estructurada, que eran de particular importancia y que se han discutido en el seno de un procedimiento escrito contradictorio ante el *Conseild'État*. En consecuencia, el TEDH observa que la decisión del *Conseild'État* de declarar la inadmisión del recurso ha sido excesivamente formalista y que el acceso de la demandante al *Conseild'État* se ha limitado de tal manera que se ha quebrado el justo equilibrio que debe respetarse entre la legítima preocupación de asegurar el respeto al procedimiento y el derecho de acceso a los tribunales. En consecuencia, sostiene que ha habido una violación del art. 6.1 CEDH⁵.

V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA INCITACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, EL ODIOS Y LA VIOLENCIA COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En la Decisión de Inadmisión *Belkacem c. Bélgica*, de 20 de julio de 2017, el demandante, Fouad Belkacem, es un ciudadano belga nacido en 1982 que reside en Boom (Bélgica). Fue el dirigente y portavoz de la organización salafista «Sharia4Belgium», que fue disuelta en 2012.

⁵ El juez Spano planteó una opinión concurrente a la que se unió el juez Karakaş.

El demandante fue procesado por diversas infracciones previstas en la Ley de 10 de mayo de 2007 sobre la lucha contra ciertas formas de discriminación. Colgó varios vídeos en su canal de YouTube en los que apelaba, entre otras cuestiones, a someter a los no musulmanes, a darles una lección y a combatirlos. También apeló a la ley islámica (*Sharia*) y a la guerra santa (*Yihad*).

El 10 de febrero de 2012, el tribunal correccional de Amberes le condenó a una pena de prisión de dos años y al pago de una multa de 550 euros. La pena privativa de libertad sería modulada en sucesivas instancias jurisdiccionales. En casación, finalmente, se consideró que el demandante no solo expresaba una opinión, sino que incitaba al odio, la discriminación, la segregación y la violencia en relación con la población no musulmana y que lo hizo de una manera consciente e intencionada.

El TEDH constata que el discurso del demandante en sus vídeos tiene un tenor fuertemente odioso. A su modo de ver, buscaba la promoción de la discriminación y la violencia contra las personas que no son de confesión musulmana. Para el TEDH, un ataque tan general y vehemente contradice los valores de la tolerancia, la paz social y no discriminación sobre los que se sostiene el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En relación con las menciones a la *sharia*, el TEDH recuerda que su defensa y promoción, apelando a la violencia, puede considerarse un «discurso de odio» y que cada Estado contratante puede tomar postura contra movimientos políticos basados en el fundamentalismo religioso.

El TEDH rechaza, por tanto, la demanda estimando que es incompatible con las disposiciones del Convenio y que el demandante ha intentado utilizar la invocación del art. 10 CEDH para fines que son contrarios al espíritu del Convenio. Por todo ello, el TEDH inadmite la demanda.

VI. DERECHO AL RESPETO DE LOS BIENES

1. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y FINES PRIVADOS

En la sentencia recaída en el caso *Volchkova y Mironov c. Rusia*, de 28 de marzo de 2017, la Administración expropió una propiedad situada en el municipio de Lyubertsy, cerca de Moscú, para un proyecto de construcción de inversión privada. Los demandantes, propietarios de una finca y una casa en el pueblo, se quejan, en concreto, de que han sido privados de sus propiedades con la única finalidad de beneficiar a un proyecto de inversión privada, que consistía en la edificación de unos bloques de apartamentos, que no ha perseguido un fin social y que la indemnización ha sido irrisoria.

El TEDH observa que la expropiación de la propiedad de los demandantes se ha realizado en base a la ley y que no hay ninguna razón para cuestionar la interpretación y aplicación de esta ley en el caso de los demandantes. Sin embargo, no tiene claro si la privación de la propiedad ha perseguido un interés público imperante. La decisión expropiatoria ha sido adoptada por las autoridades locales en base a la necesidad de realizar mejoras estéticas en el pueblo y no para solucionar un problema de importancia general. Es más, nada sugiere que alguna parte de los nuevos bloques de viviendas se destine a vivienda social. Finalmente, el TEDH coincide con los demandantes en cuanto a sus alegaciones en torno a la indemnización, constatando que no se ha tenido en cuenta el valor de mercado de sus propiedades para su cálculo. Por todo ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del art. 1 del protocolo adicional al Convenio.

2. PROPIEDAD, DESAHUCIO Y BIENES DE LA IGLESIA

En la sentencia recaída en el caso *Kosmas y Otros c. Grecia*, de 29 de junio de 2017, los demandantes son cinco ciudadanos griegos: el Sr. George Kosmas, su mujer y sus tres hijos. Viven en la isla de Skopelos. El caso trata sobre los privilegios de los que gozan los monasterios en Grecia en relación con las fincas cuya propiedad reclaman ante los tribunales.

El Sr. Kosmas alega que es propietario de unas tierras en la localidad de Glysteri, en la isla de Skopelos. Ha construido una taberna en un extremo de la finca, la cual funciona desde hace décadas. En invierno el demandante y su esposa son los únicos habitantes de este estrecho de la costa en la isla. La tierra adyacente pertenece a un monasterio y está deshabitada. Los hijos tienen dos barcos que llevan a los turistas desde el pueblo a la playa y a la taberna. Los demandantes alegan que el valor global de su propiedad está estimado en 2400000 euros.

El monasterio reclamó la propiedad de la finca de los demandantes en 2004. Como título subsidiario, el monasterio sostiene que, como la isla de Skopelos pasó a quedar integrada en el Estado griego en 1830, adquirió los terrenos por usucapión. Por su parte, el demandante presentó las actas de propiedad del terreno a nombre de miembros de su familia. El primer acta tenía fecha de 1883. También aportó un documento de 19 de septiembre de 1916 según el cual su abuelo adquirió la propiedad del terreno, un testamento según el cual el abuelo transmitió los terrenos al padre, un acta de aceptación de la sucesión del padre, así como un acta de aceptación de la sucesión por el demandante, levantada ante notario, sobre la transmisión de la propiedad por su padre y transcrito por el servicio del registro de la propiedad de Skopelos.

El tribunal de distrito declaró que efectivamente la propiedad correspondía al monasterio. El demandante recurrió y el tribunal de apelación constató

que el monasterio ostenta de buena fe la propiedad de la finca desde 1824. El Tribunal de apelación dice que no hay nada que indique, en las tres actas referidas por el demandante, que los predecesores del demandante tuvieran la posesión de los bienes en cuestión. El demandante agotó la vía interna sin éxito, tras ser confirmada la decisión de la apelación por el tribunal de casación.

Los demandantes fueron desahuciados en octubre de 2013.

Agotada la vía interna, los demandantes acuden ante el TEDH. Alegan una violación del art. 1 del protocolo adicional al Convenio (Derecho al respeto de los bienes).

El TEDH comenzará su argumentación indicando que los monasterios creados en la época bizantina adquirieron bienes por donaciones imperiales o privadas y que a lo largo de los siglos sus títulos de propiedad fueron destruidos, perdidos o usurpados, con lo que la usucapión ha sido la vía para recuperar los títulos no conservados. El recurso a la usucapión, por tanto, ha sido necesario con la finalidad de proteger sus tierras por las frecuentes reivindicaciones por personas privadas de las tierras poseídas de buena fe por los monasterios. A partir de la reforma del Código Civil de 1946 los bienes de los monasterios y de la Iglesia no son susceptibles de ser adquiridos por usucapión por terceros.

El TEDH, por otro lado, también constata la calidad de propietario del primer demandante, fundándose en toda una serie de títulos de propiedad legalmente reconocidos desde hace decenas de años. El TEDH observa que se trata de un propietario legal de buena fe del terreno en litigio que regenta, con su familia, una empresa de restauración y ha desarrollado en torno a dicho negocio otras actividades ligadas al turismo. El TEDH también da importancia al hecho de que varias autoridades públicas de la isla de Skopelos han otorgado al primer demandante varias autorizaciones como propietario del terreno. Así, en 1986, se le otorgó una autorización de construcción de un edificio de superficie de 135 metros cuadrados para la explotación de un restaurante. A ello se une el hecho de que el demandante debía pagar los impuestos al Estado. El TEDH tiene en cuenta asimismo que los tribunales internos no han tenido en cuenta los títulos de propiedad presentados por el primer demandante.

A la luz de todo lo anterior, y teniendo en cuenta la especificidad de las circunstancias, el TEDH estima que el demandante ha soportado una «carga especial y exorbitante», que no se puede justificar por la existencia de un interés general legítimo perseguido por las autoridades. El TEDH concluye, por tanto, que ha habido una violación del art. 1 del protocolo adicional al Convenio.