

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO
Universidad Complutense de Madrid¹

Cómo citar/Citation

Bouazza Ariño, O. (2022).
Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Revista de Administración Pública, 218, 279-302.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.10>

SUMARIO

I. LA EXPULSIÓN DE LA FEDERACIÓN RUSA DEL CONSEJO DE EUROPA Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. II. EL DERECHO DE LOS PRESOS AISLADOS A HABLAR CON LOS DEMÁS Y PROHIBICIÓN DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES. III. DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: 1. Injerencia del poder ejecutivo y del legislativo en el nombramiento de jueces. 2. Polonia: Represión por la aplicación del derecho europeo. 3. Arbitrariedad del legislador y violación de la garantía de la inamovilidad de los jueces. 4. Derecho del acusado incomunicado a la asistencia letrada de su elección. IV. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y DEL DOMICILIO: 1. Detención administrativa de migrantes y uso injustificado de las esposas. 2. Derecho a la salud y consentimiento informado. 3. Inactividad de la Administración, servicios sociales y acogimiento de menores. V. LIBERTAD DE ASAMBLEA Y PROHIBICIONES GENERALES ANTICOVID. VI. DESPLAZAMIENTOS INTERNOS Y PROHIBICIÓN GENERAL DE DISCRIMINACIÓN.

¹ obouazza@der.ucm.es Este trabajo ha sido realizado en el seno del proyecto «La europeización de las sanciones administrativas: la incidencia del derecho europeo en el concepto de sanción, en sus garantías y en su función (PID2020—115714GB—I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación».

I. LA EXPULSIÓN DE LA FEDERACIÓN RUSA DEL CONSEJO DE EUROPA Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Consejo de Europa surge tras la Segunda Guerra Mundial con el objetivo fundamental de crear un espacio común de libertad, democracia y respeto del imperio de la ley y de los derechos humanos con la idea de que las atrocidades cometidas en el conflicto bélico no se volvieran a producir. Como indica el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [...] que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen» en base al principio de primacía del derecho.

El éxito de la organización supranacional es indudable. Se ha consolidado a lo largo de los años como un espacio pionero en la protección de los derechos humanos con una clara vocación expansiva. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los demás órganos integrantes desempeñan un papel fundamental en esta empresa.

Al margen del trasfondo histórico y político, con la invasión y anexión rusa de la península de Crimea en 2014, en el contexto del conflicto del Donbás, la presencia de Rusia en el Consejo de Europa cuestionaba de alguna manera los principios que lo fundamentan. La tensión en la zona ha continuado, causando una violación continuada de los derechos humanos, que ha desencadenado, finalmente, en la invasión y el ataque armado de Rusia a Ucrania, como colofón que supone una grave infracción del derecho internacional.

La invasión, acontecida el 24 de febrero de 2022, a la que precedió el reconocimiento ruso de las autoproclamadas Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk como entidades independientes, dos días antes, supuso la suspensión de Rusia del Consejo de Europa, decidida por el Comité de Ministros, teniendo en cuenta la opinión de la Asamblea Parlamentaria, en base al art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa, según el cual:

El Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3, e invitarle a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7. Si no atiende a dicha invitación, el Comité puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo a partir de una fecha que determinará el propio Comité.

Se trató de un primer paso hacia la decisión final de la expulsión. No obstante, en un intento de evitar dicha solución, el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos dictó sendas medidas cautelares el 1 y el 4 de marzo de 2022 a la Federación Rusa en base al art. 39 del Reglamento del Tribunal, centrando la atención en la garantía y protección del derecho a la vida y otros derechos humanos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, el presidente del TEDH consideró que la acción militar iniciada el pasado 24 de febrero de 2022 en diversas partes de Ucrania suponía un riesgo real y continuado de violaciones graves de derechos humanos de la población civil como el derecho a la vida (art. 2 CEDH), la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Con la finalidad de evitar dichas violaciones y en base al art. 39 del Reglamento del Tribunal, el TEDH indicó al Gobierno de Rusia que no atacara a la población civil ni a sus infraestructuras, como edificios residenciales, vehículos de emergencia, colegios y hospitales y que asegurara la seguridad de los establecimientos médicos, vehículos de personal y de emergencia en el territorio atacado o sitiado por las tropas rusas. Se requirió al Gobierno de Rusia informar tan pronto como fuera posible de las medidas adoptadas para garantizar el pleno cumplimiento del Convenio. El TEDH comunicaría asimismo al Comité de Ministros las medidas cautelares establecidas.

El TEDH también ha recibido solicitudes de medidas cautelares por parte de las víctimas directas del conflicto contra el Gobierno de Rusia. Se trata de personas que se encuentran en refugios antiaéreos, búnkeres y otras instalaciones, que temen por sus vidas, sin acceso a comida, asistencia sanitaria, agua, electricidad y demás servicios esenciales necesarios para sobrevivir, que necesitan asistencia humanitaria y una evacuación segura.

Esta medida cautelar de carácter general deberá concretarse en las solicitudes de las personas que acrediten que están expuestas a un peligro grave e inminente de daño irreparable a su integridad física y a su derecho a la vida.

Por todo ello, el TEDH indicó al Gobierno de Rusia, en base al art. 39 del Reglamento del TEDH que, de acuerdo con sus compromisos adquiridos en base al CEDH, especialmente en relación con los arts. 2, 3 y 8, debe asegurar el acceso de la población a rutas de evacuación seguras, asistencia sanitaria, comida y víveres esenciales, un acceso rápido de la ayuda humanitaria y de los trabajadores de organizaciones humanitarias.

El Consejo de Europa requirió asimismo a las autoridades rusas a cumplir con los principios y valores de la democracia, los derechos humanos y el principio de legalidad en su propio territorio.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a la vista de la escalada de violencia militar, adoptó la Opinión de 15 de marzo de 2022 sobre las consecuencias de la agresión de la Federación Rusa contra Ucrania. La Asamblea lamenta que las autoridades rusas hayan optado por el uso de la fuerza frente a la continuación de la vía del diálogo y de la diplomacia para alcanzar sus objetivos de política exterior; condena la violación rusa del derecho internacional mediante el ataque a la soberanía territorial de Ucrania, teniendo en cuenta no solo el

presente ataque militar, sino que también la precedente anexión ilegal de Crimea y el reconocimiento de Donetsk y Lugansk como Estados independientes, deplora asimismo la injerencia en los asuntos internos de otros Estados vecinos, así como el desprecio de las medidas cautelares adoptadas por el TEDH el 1 y el 4 de marzo de 2022 habida cuenta del ataque indiscriminado contra la población civil e infraestructuras esenciales como hospitales y colegios. Por todo ello, considera que la presencia actual de Rusia en el Consejo de Europa no es compatible en el Consejo de Europa, por lo que sugiere al Comité de Ministros la retirada de Rusia de la entidad supranacional². Ese mismo día Rusia notificó al Consejo de Europa su retirada de la entidad supranacional y su intención de denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, esto es, la declaración unilateral por la que decide retirar su consentimiento del CEDH, rompiendo su compromiso internacional. Por lo demás, en esta opinión el Consejo de Europa declara por primera vez la autoproclamada República Moldava de Transnistria como territorio ocupado por Rusia, frente a la consideración que se había mantenido hasta ahora de «territorio bajo el control efectivo de la Federación Rusa».

Al día siguiente, el 16 de marzo de 2022, el Comité de Ministros decidió, en el contexto del procedimiento iniciado en base al art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa, el cese inmediato de la pertenencia de Rusia al Consejo de Europa³.

Finalmente, el 22 de marzo de 2022, el Comité de Ministros adoptó una nueva resolución acerca de las consecuencias de la salida de Rusia de la entidad supranacional a la luz del art. 58 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que regula su denuncia por una alta parte contratante. Este precepto dispone:

- «1. Una alta parte contratante solo podrá denunciar el presente convenio al término de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del convenio para dicha parte, y mediante un aviso de seis meses dado en una notificación dirigida al secretario general del Consejo de Europa, quien informará a las restantes partes contratantes.
2. Esta denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la alta parte contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente convenio en lo que se refiere a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto.
3. Bajo la misma reserva, dejará de ser parte al presente convenio toda alta parte contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa.
4. El convenio podrá ser denunciado de acuerdo con lo previsto en los párrafos precedentes respecto a cualquier territorio en el cual hubiere sido declarado aplicable en los términos del art. 56».

² Puede encontrarse el contenido íntegro de la Opinión en el enlace <https://pace.coe.int/en/files/29885/html> (últ. cons. 17 de abril de 2022).

³ Result details (coe.int) (últ. cons. 17 de abril de 2022).

En base a este precepto, el Comité de Ministros declara que la Federación Rusa dejará de ser una alta parte contratante del convenio el 16 de septiembre de 2022. El TEDH tendrá competencia para conocer de los asuntos que lleguen hasta esa fecha, con lo cual el sistema del convenio continuará siendo una garantía en la protección de los derechos de cualquier persona que se encuentre en territorio ruso y, asimismo, debemos entender que tendrá competencia para conocer de las demandas que se presenten contra actos cometidos por Rusia en Ucrania.

En la historia del Consejo de Europa hay un precedente de retirada de un Estado. Se dio en 1967 en relación con Grecia, debido al golpe de Estado que derrocó el gobierno electo e instauró un régimen autoritario. Debido a la incompatibilidad del régimen con los principios y valores democráticos del Consejo de Europa, Grecia salió de la entidad supranacional y regresaría al club en 1974, con el derrocamiento de la dictadura y la restauración del sistema democrático.

El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene como finalidad la protección de derechos reales y efectivos de las personas. La retirada de Rusia a partir del 16 de septiembre de 2022 impedirá el acceso de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del país a la vía supranacional en la protección de sus derechos y libertades, vía trascendental que ofrece a los ciudadanos una oportunidad en la salvaguarda de sus derechos frente a actuaciones arbitrarias cometidas en el seno de los sistemas nacionales. Asimismo, las personas que se encuentran en el territorio de Transnistria, ocupado por Rusia, parece que también quedarán despojadas de la protección internacional del sistema del Convenio por las acciones u omisiones imputables a las autoridades del territorio separatista, así como las personas que se encuentran en los territorios ocupados de Ucrania por hechos u omisiones no imputables a Ucrania.

Hay que tener en cuenta la vía que plantea la Asamblea Parlamentaria en su Opinión de 15 de marzo de 2022 de favorecer iniciativas que apoyen la defensa de los derechos humanos, las fuerzas democráticas, los medios de comunicación independientes y la sociedad civil en la Federación Rusa. Todo ello, hasta que, como ocurrió en el caso griego, pueda reincorporarse este país de nuevo en la entidad supranacional.

Finalmente, el Comité Asesor del Convenio marco para la protección de las minorías ha subrayado en una Declaración de 20 de mayo de 2022⁴ que la intervención militar de Rusia en Ucrania ha exacerbado la situación de las relaciones interétnicas, especialmente en las zonas más atacadas del sur y este del país, profundizando en la desconfianza entre las personas de etnia rusa y la población mayoritaria. Esto afecta también a las personas pertenecientes a otras minorías nacionales, así como a los ucranianos que usan el ruso como su idioma principal de comunicación. La expulsión de Rusia del Consejo de Europa no afecta a su pertenencia a este Convenio, abierto a Estados no contratantes, con lo que sigue vinculado a sus obligaciones, así como, lógicamente, Ucrania.

⁴ 1680a69959 (coe.int) (últ. cons. 23 de mayo de 2022).

II. EL DERECHO DE LOS PRESOS AISLADOS A HABLAR CON LOS DEMÁS Y PROHIBICIÓN DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES

En la sentencia recaída en el caso *Ivan Karpenko c. Ucrania*, de 16 de diciembre de 2021, el demandante, Ivan Ivanovych Karpenko, cumple cadena perpetua desde 2004. El 13 de junio de 2009 saludó a un preso durante un paseo por el patio de la prisión. El guardia le advirtió que su condena le prohibía comunicarse con otros presos. Elaboró un informe en el que expresó que «había intentado entrar en contacto verbal» con otro preso, en violación del art. 23 del Reglamento de las Instituciones Penitenciarias. Hay que decir que esta norma fue suprimida en 2015. No obstante, la nueva regulación prohíbe a los presos la comunicación con otros presos u otras personas que infrinjan las normas de aislamiento o que pretendan llevar a cabo acciones ilegales.

El demandante recurrió el apercibimiento. Su recurso fue inadmitido en tres instancias de jurisdicción administrativa. El demandante, entonces, recurrió ante la jurisdicción civil solicitando la declaración de ilegalidad de la medida disciplinaria y una indemnización. Tampoco tendría éxito en esta vía. En ambas vías los órganos jurisdiccionales resolvieron que no tenían competencia para conocer del asunto.

El demandante se quejó al menos en trece ocasiones entre 2009 y 2017 acerca del deterioro de su salud física y mental debido a la falta de contacto con otros presos. Solicitó tratamiento médico y psicológico. Se le diagnosticó astenia neurocirculatoria de tipo hipertónico. Sin embargo, no recibió tratamiento. También solicitó sin éxito acceso a la formación profesional.

Agotada la vía interna, el demandante acude ante el TEDH. Alega una violación del art. 3 CEDH (prohibición de los tratos inhumanos y degradantes) y 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) en relación con el art. 3, 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada) y el art. 6.1 CEDH (derecho a un proceso equitativo), quejándose de la prohibición permanente de contacto con otros presos y de que no ha dispuesto de un recurso efectivo para defender sus pretensiones.

La Red Europea de Litigios Penitenciarios participó en el proceso ante el TEDH como tercera parte interviniente. Alegó que el impacto negativo del aislamiento social en la salud de los presos está confirmado en el campo de la investigación de la psiquiatría. Es la medida más drástica que se puede aplicar a los presos que cumplen cadena perpetua. Finalmente, argumentó que, de conformidad con la investigación en el área de la filosofía, prohibir a una persona el derecho a hablar, bajo pena de castigo, es lo mismo que negar su derecho a existir en el mundo.

El TEDH observa que la norma por la que se prohibió al demandante la comunicación con otros presos fue derogada en 2015. La prohibición se aplicó al demandante al menos diez años antes de su derogación y posiblemente continuó aplicándosele después.

Aunque el demandante compartió celda con un preso hasta agosto de 2019 y con dos presos a partir de entonces, no podía tener contacto con nadie más, con lo que el TEDH considera que ha sido sometido a una segregación sistemática. De conformidad con la información proporcionada por las autoridades de la prisión, durante todos esos años el demandante ha estado confinado en una celda de 22 a 24 horas al día sin actividades. El paseo diario de una hora suponía la única posibilidad de tener alguna interacción social con otros presos. Sin embargo, no se lo permitieron. El TEDH observa que prohibir a los presos hablar entre ellos durante el tiempo de esparcimiento fuera de las celdas es contrario a las normas penitenciarias europeas que dicen que la prohibición de comunicación entre los presos impide un nivel adecuado de interacción humana y social.

El Gobierno admite que la prohibición en cuestión ha sido aplicada automáticamente en base únicamente a que fue condenado a cadena perpetua. La medida no se revisó ni se adoptaron garantías procesales contra la arbitrariedad. El Gobierno no razonó las posibilidades de rehabilitación del demandante en estas circunstancias. El TEDH observa que las autoridades ucranianas adoptaron una pasividad total ante el progresivo deterioro de la salud del demandante, acreditado pericialmente.

El TEDH concluye que ha habido una violación de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH). El TEDH asimismo considera que ha habido una violación del art. 13 en relación con el art. 3, ya que el demandante no pudo hacer valer sus pretensiones ante un tribunal. Tanto la jurisdicción administrativa como la civil resolvieron que no tenían jurisdicción para conocer del asunto.

III. DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO

1. INJERENCIA DEL PODER EJECUTIVO Y DEL LEGISLATIVO EN EL NOMBRAMIENTO DE JUECES

La sentencia de la Gran Sala *Grzęda c. Polonia*, de 15 de marzo de 2022, ofrece un nuevo asunto acerca de la reforma del poder judicial polaco. En el momento de redactar estas líneas, hay más de 100 recursos presentados ante el TEDH sobre cuestiones referidas a dicha reforma que entró en vigor en virtud de varias leyes implementadas en 2017 y 2018.

En las elecciones de 2005, el Partido Ley y Justicia tomó el control de la presidencia y del *Sejm*, la cámara baja del Parlamento. El anterior *Sejm* eligió a cinco jueces nuevos del Tribunal Constitucional con la finalidad de ocupar tres asientos que debían quedar vacantes durante la legislatura de ese *Sejm* y dos que quedarían vacantes poco después. El presidente de Polonia se negó a que dichos jueces tomaran posesión. El nuevo *Sejm* revocó su elección, eligiendo en su lugar a otros cinco jueces. Prestaron juramento de inmediato.

El TC dijo que cada *Sejm* solo podía elegir jueces para cubrir las vacantes dentro de su legislatura. Por tanto, el anterior *Sejm* debió elegir tres, y el nuevo, dos.

Esta elección de jueces para puestos que ya habían sido válidamente ocupados fue el comienzo de lo que se ha descrito ampliamente como la crisis del Estado de derecho en Polonia.

El Gobierno, en 2017, impulsó tres leyes con la finalidad de reformar los tribunales ordinarios, el TS y el Consejo Nacional del Poder Judicial. Entre otras cosas, se reforzaban los poderes de la Fiscalía General —que, en base a una ley de 2016, la ocupa de oficio el ministro de Justicia— en materia de organización interna de los tribunales y el nombramiento y cese de los presidentes y vicepresidentes de los tribunales; transfería el poder de elegir a los miembros jueces del Consejo Nacional del Poder Judicial al *Sejm*; se cesaban del Consejo Nacional del Poder Judicial a los miembros elegidos de conformidad con el anterior sistema; se alteró significativamente la responsabilidad disciplinaria de los jueces; y se crearon dos nuevas cámaras del TS, la Cámara Disciplinaria y la Cámara de Revisión Extraordinaria y de Asuntos Públicos, con miembros designados por el presidente de la República, siguiendo las recomendaciones del nuevo Consejo Nacional del Poder Judicial.

El demandante, Jan Grzęda, es juez desde 1986. Fue elegido en 2016 para formar parte del Consejo Nacional del Poder Judicial por un mandato de cuatro años.

En base a la reforma aprobada en 2017, terminó su adscripción al Consejo antes de lo previsto. En efecto, finalizó cuando el *Sejm* eligió 15 jueces nuevos para el Consejo Nacional del Poder Judicial el 6 de marzo de 2018. Según el demandante, no pudo impugnar la decisión. En la actualidad, el demandante es juez del Tribunal Supremo.

En base al art. 6. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo) y al 13 (derecho a un recurso efectivo), el demandante se queja de que se le ha denegado el acceso a un tribunal ya que no ha tenido la posibilidad de recurrir la terminación de su pertenencia al Consejo Nacional del Poder Judicial, y de una falta de un recurso efectivo a este respecto.

Los gobiernos de Dinamarca y Holanda, el comisario para los Derechos Humanos de la República de Polonia, así como organizaciones internacionales y fundaciones en defensa de los derechos de los jueces referidos a la imparcialidad e independencia, entre otros, han participado en el proceso.

Las partes discrepaban en torno a la cuestión de si el demandante tenía derecho a permanecer la totalidad del mandato en su cargo. El TEDH observa que, teniendo en cuenta la Constitución, la jurisprudencia y la normativa aplicable, se trata de una cuestión que admite diversas interpretaciones.

A continuación, el TEDH dirá que dicho derecho atrae la protección del art. 6 CEDH ya que no se ha probado que la exclusión del acceso al tribunal se haya justificado objetivamente y que solo la supervisión por parte de un órgano

judicial podría garantizar a los jueces la protección esencial contra la arbitrariedad por parte del legislativo o del ejecutivo.

El TEDH destaca que el principio fundamental de legalidad es inherente a todos los artículos del Convenio. La arbitrariedad es una transgresión del principio de legalidad. No puede tolerarse ni en relación con derechos sustantivos ni procesales. También subraya que el asunto se refiere a cuestiones constitucionales internas. El TEDH, en base al principio de subsidiariedad, no entrará en cuestiones de interpretación de la Constitución y limitará su tarea a la interpretación y aplicación del Convenio, como establece el art. 32 del Convenio.

El TEDH, además, enfatiza la necesidad de proteger la autonomía judicial del consejo nacional, especialmente en materia de nombramientos judiciales, de la injerencia de los poderes legislativo y ejecutivo. La autonomía judicial es, en efecto, un baluarte contra la influencia política en este poder central de la democracia. Al contemplar cualquier justificación para excluir el acceso a un tribunal en relación con la pertenencia a los órganos de gobierno judicial, el TEDH considera necesario tener en cuenta el interés público en el mantenimiento de la independencia del poder judicial y el principio de legalidad. Recuerda a este respecto el contexto global de las diversas reformas llevadas a cabo por el Gobierno polaco —de las que este caso refleja un aspecto problemático— que ha implicado el debilitamiento de la independencia judicial y de la adherencia a los estándares del principio de legalidad.

El TEDH subraya que el Gobierno no ha ofrecido razones que justifiquen la ausencia de una revisión judicial, sino que simplemente ha reiterado los argumentos en relación con la aplicabilidad del art. 6 CEDH a este caso.

El TEDH observa que los hechos acontecidos en Polonia, es decir, las irregularidades en la elección de los jueces del TC en diciembre de 2005, la remodelación del consejo judicial que implicó el establecimiento de nuevas cámaras en el TS, mientras se extendió el control del ministro de Justicia a los tribunales y se incrementaron sus competencias en materia de disciplina judicial, muestran claramente que las reformas judiciales tenían como finalidad el debilitamiento de la independencia judicial. Debido a las sucesivas reformas, el poder judicial ha quedado expuesto a la interferencia de los poderes legislativo y ejecutivo, lo que lo ha debilitado profundamente. Este caso es una manifestación de una tendencia general.

En base a todo ello, el TEDH considera que la ausencia de una revisión judicial ha implicado una violación del derecho del demandante de acceso a un tribunal, por lo que concluye que ha habido una violación del art. 6.1 CEDH.

2. POLONIA: REPRESIÓN POR LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO

En el mismo contexto de la problemática del sistema judicial polaco, en la sentencia recaída en el caso *Reczkowicz c. Polonia*, de 22 de julio de 2021, el

TEDH dijo que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), surgido de la ley de reforma de este órgano, de 8 de diciembre de 2017, no presenta garantías suficientes de independencia de los poderes legislativo y ejecutivo. La ley de reforma de 2017 ha privado al poder judicial del derecho a elegir a los miembros judiciales del CNM, derecho que disponía en virtud de la legislación anterior, lo que significa que los poderes legislativo y ejecutivo pueden interferir directa o indirectamente en el nombramiento de los jueces, como sabemos. El TEDH señala que un procedimiento de nombramiento de los jueces indebidamente influido por los poderes legislativo y ejecutivo es incompatible con el art. 6.1 del Convenio. Como consecuencia de la reforma, los jueces integrantes de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo fueron nombrados por el CNM a propuesta del presidente de la República. Ello supone una violación radical del principio de separación de poderes. La Cámara Disciplinaria tiene naturaleza política, por lo que no puede considerarse un tribunal establecido por la ley, como exige el art. 6 CEDH.

En el asunto *Głowacka c. Polonia*, de 31 de marzo de 2022, la demandante, Anna Głowacka, es juez en el Tribunal Regional de Cracovia. Corre el riesgo de ser suspendida por aplicar, en una decisión judicial, lo establecido en la sentencia *Reczkowicz c. Polonia*, de 22 de julio de 2021.

La demandante es juez desde hace treinta años. En una decisión judicial de 22 de febrero de 2022 se negó a ejecutar una sentencia del tribunal de apelación de Cracovia. En base a las sentencias del TEDH *Reczkowicz c. Polonia*, de 22 de julio de 2021 y *Advance Pharma Sp. z o.o. c. Polonia*, de 3 de febrero de 2022, la demandante concluye que la sentencia del tribunal de apelación de Cracovia no es realmente una sentencia, ya que el único juez que lo conformaba ha sido designado por recomendación del Consejo Nacional del Poder Judicial, cuya independencia no está garantizada. Tres días después, el presidente del Tribunal Regional de Apelación de Cracovia dictó una orden inmediata de suspensión en las funciones judiciales de la demandante por un periodo de un mes. La acusó de haberse extralimitado en sus funciones al evaluar la legalidad de una sentencia del tribunal regional de Cracovia y cuestionar la legitimidad de los nombramientos judiciales ordenados por el presidente de Polonia. Unos días después, el representante disciplinario adjunto de los jueces presentó cargos disciplinarios contra la demandante. Asimismo, se le imputan cargos de abuso de poder, con lo que podría afrontar una pena prisión de tres años.

La demandante ha podido reanudar sus funciones desde el 25 de marzo de 2022. Sin embargo, la Cámara Disciplinaria puede, en cualquier momento, dictar una resolución suspendiéndola de sus funciones judiciales hasta que se dicte sentencia firme.

La suspensión de un juez en sus funciones implica automáticamente una reducción de su salario en un 25—50%. El proceso contra la demandante se llevará a cabo ante la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo. Si es suspendida,

puede apelar ante la segunda instancia de la Cámara Disciplinaria. Este recurso no tiene efecto suspensivo.

En base al art. 6.1. (derecho a un proceso equitativo), la demandante solicitó al TEDH que se adopten medidas cautelares hasta que se conozca su caso. El TEDH decide indicar al Gobierno de Polonia, en base al art. 39 del Reglamento del Tribunal, que notifique al TEDH y a la demandante con 72 horas de antelación cualquier audiencia programada ante la Cámara Disciplinaria del TS.

3. ARBITRARIEDAD DEL LEGISLADOR Y VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA INAMOVILIDAD DE LOS JUECES

En la sentencia recaída en el caso *Gumenyuk y otros c. Ucrania*, de 22 de julio de 2021, los demandantes son ocho magistrados del Tribunal Supremo ucraniano, elegidos entre 1994 y 2008 con carácter vitalicio.

Tras las protestas antigubernamentales del Maidán —la denominada *Revolución de la Dignidad* ucraniana—, que consistieron en manifestaciones y disturbios de carácter nacionalista, a favor de la celebración de un Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, hubo un cambio de Gobierno con la salida del líder prorruso, Víktor Yanikóvich. Como consecuencia de ello, se reformó la Constitución en relación con la organización y funcionamiento del sistema judicial. Se aprobó una nueva ley del poder judicial en 2016, que introducía cambios en el estatuto judicial. La ley tenía como finalidad optimizar el sistema judicial y prever mecanismos apropiados para la renovación de la plantilla del poder judicial en Ucrania. El TS sería la única autoridad judicial suprema, con poderes de casación, y sus jueces debían ser elegidos mediante un proceso competitivo. La ley establecía que los jueces del antiguo TS tenían el derecho de participar en el proceso de elección del nuevo TS.

El pleno del antiguo TS impugnó, en octubre de 2016, las disposiciones de la ley del poder judicial de 2016 ante el TC. Argumentó, entre otras cosas, que su remoción del puesto, impidiéndoles ejercer sus funciones judiciales, sería contraria a la Constitución.

En noviembre de 2016 se anunció un proceso competitivo para la elección de 120 jueces para el Tribunal Supremo. Participaron 846 candidatos. 17 de los 21 jueces del Tribunal Supremo constaban en la lista de candidatos. Ninguno de los jueces del antiguo TS fue elegido. El nuevo TS comenzó a funcionar el 15 de diciembre de 2017.

En febrero de 2020, el TC resolvió que, de conformidad con la Constitución, solo existía un órgano judicial suprema. También consideró que, a la vista del principio de inamovilidad de los jueces, los jueces del antiguo TS deben continuar en el ejercicio de sus funciones como jueces del nuevo TS.

En junio de 2020 se presentó un proyecto de ley en el Parlamento proponiendo que los jueces del antiguo TS se integraran en el nuevo TS. A junio de

2021, la ley no se ha adoptado, con lo que los jueces demandantes no han podido retomar sus funciones como magistrados del TS.

Los demandantes acuden ante el TEDH alegando una violación del art. 6.1 CEDH (derecho a un proceso equitativo). Argumentan que no han podido recurrir la decisión por la que se les impedía el ejercicio de sus funciones judiciales como resultado de las reformas de 2016.

En base al art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada), se quejan de que no han podido ejercer sus funciones judiciales como jueces del TS, lo que ha supuesto una interferencia ilegal e infundada en su derecho al respeto de la vida privada.

El TEDH comienza su argumentación subrayando que el CEDH no impide a los Estados adoptar decisiones legítimas y necesarias para reformar el poder judicial. El TEDH es consciente de la complejidad del contexto que motiva la reforma judicial ucraniana. Adelanta que su papel no consiste en pronunciarse acerca de su finalidad ni procedencia u opinar si estaba justificada en base el derecho constitucional ucraniano. Como ha dicho la Comisión de Venecia, es necesaria la adopción de medidas para atajar la corrupción e incompetencia en el seno del poder judicial. Sin embargo, el TEDH debe examinar si los derechos de los demandantes en base al Convenio fueron inculcados por la manera en la que la reforma fue aplicada. A este respecto, la primera cuestión que el TEDH analizará es la de determinar si el art. 6 CEDH es aplicable a este caso.

En relación con el art. 6 CEDH

El TEDH observa que los demandantes tenían derecho a permanecer en su puesto hasta su jubilación siempre que no concurriera ninguna de las causas excepcionales que justificaran su separación de conformidad con el art. 126 de la Constitución. Estas causas, antes de la reforma de 2016, eran: 1) expiración del mandato; 2) por alcanzar la edad de los 65 años; 3) inhabilitación por problemas de salud; 4) violación de las exigencias de compatibilidad; 5) violación del juramento judicial; 6) condena penal; 7) pérdida de la ciudadanía; 8) fallecimiento o declaración de desaparición; y 9) renuncia. Tras la reforma, el art. 126 establece de manera similar que los jueces ostentan su condición de manera indefinida y ofrece una lista exhaustiva de causas de separación de los jueces. Sin embargo, de conformidad con las disposiciones finales y transitorias de la ley del poder judicial de 2016, que ordena la terminación del antiguo TS y el establecimiento de un nuevo TS y como resultado de medidas posteriores adoptadas para llevar a cabo la reforma judicial, los demandantes, aunque no fueron separados formalmente, no pudieron ejercer sus funciones judiciales, al menos durante un cierto periodo de tiempo, a pesar de que el TC confirmó la validez de su permanencia en el ejercicio de sus funciones judiciales. Se les impidió el ejercicio de sus funciones por la vía de hecho.

El TEDH señala que los principios constitucionales aplicables protegen a los demandantes frente a remociones arbitrarias de sus deberes judiciales. A este respecto, el TEDH recuerda que en muchas ocasiones ha enfatizado el papel especial que juega el poder judicial en la sociedad. En efecto, el poder judicial, como garante de la justicia, un valor fundamental presidido por el principio de legalidad, gozará de confianza ciudadana si cumple exitosamente con sus responsabilidades.

Dado el papel preponderante que tiene la separación de poderes y la necesidad de la salvaguarda de la independencia del poder judicial en una sociedad democrática, el TEDH debe estar especialmente atento a la protección de los integrantes del poder judicial contra medidas que afectan a su estatus o carrera que pueden amenazar su independencia y autonomía judicial. En efecto, los jueces pueden reclamar legítimamente el derecho de protección frente a separaciones arbitrarias de sus responsabilidades judiciales en base a dichos principios. Además, el TC ucraniano dijo que la reforma legislativa ucraniana no constituye un fundamento para separar jueces del TS o su traslado a otro tribunal, sino que «los Jueces del Tribunal Supremo de Ucrania tienen que continuar en el ejercicio de sus poderes como jueces del TS». En base a esta interpretación, el TC deja claro que los demandantes tienen derecho a permanecer en el órgano judicial superior.

El derecho de acceso a un tribunal es uno de los derechos procesales fundamentales. Los demandantes, en principio, deberían gozar de legitimación en el ejercicio de ese derecho, por lo que el ordenamiento debía contemplar algún recurso para hacerlos efectivos. Sin embargo, el derecho nacional no contempla un derecho de demanda individual ante el TC, único órgano jurisdiccional con jurisdicción para anular las disposiciones legislativas conflictivas, ya que los tribunales ordinarios no tienen competencia para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Por ello, el TEDH concluirá que ha habido una violación del art. 6.1 CEDH. La reorganización del poder judicial en ningún caso justifica la restricción de los derechos de acceso a un tribunal de los demandantes, afectados directamente por la reforma.

En relación con el art. 8 CEDH

Si bien los jueces no fueron formalmente destituidos, fueron apartados, por lo que no pudieron continuar en el ejercicio de sus funciones judiciales, lo que les afectó desde un punto de vista personal y profesional. El TEDH considera que las medidas han afectado significativamente a sus vidas privadas.

A este respecto, el TEDH tiene en cuenta la sentencia del TC en la que declara la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas en virtud de las que se separó a los demandantes de sus funciones. El Alto Tribunal ucraniano dijo que los jueces del antiguo TS debían continuar en el ejercicio de sus funciones

en el nuevo TS y que se violó el principio de inamovilidad de los jueces, que constituye una garantía constitucional de su independencia.

Por todo ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del art. 8 CEDH.

4. DERECHO DEL ACUSADO INCOMUNICADO A LA ASISTENCIA LETRADA DE SU ELECCIÓN

En la sentencia recaída en el caso *Atristain Gorosabel c. España*, de 18 de enero de 2022, el demandante fue condenado a 17 años de privación de libertad por pertenencia a un grupo terrorista y posesión de explosivos.

El demandante fue detenido en Francia en base a una orden de arresto europeo y extraditado a España en 2010, investigado por la comisión de delitos relativos a la banda terrorista ETA. El demandante negó pertenecer a la organización.

Se inició una segunda investigación por pertenencia del demandante a una célula terrorista de ETA. La Audiencia Nacional ordenó en septiembre de 2010 su detención preventiva incomunicada con la finalidad de proteger la integridad de la investigación. Se le asignó un abogado, pero no pudo hablar con él ni se le permitió asesoramiento legal. A la luz de las pruebas incautadas durante el registro de su casa, como explosivos e información en discos duros, la detención se prolongó. Fue interrogado por la policía. Afirmó que había cooperado con ETA. Asimismo, reveló la localización de un alijo de armas de fuego, memorias USB que contenían manuales entrenamiento en actividades terroristas, etc.

Durante su detención fue examinado por un médico. No parece que fuera sometido a malos tratos. No obstante, el demandante alegó que la policía le amenazó.

Una vez levantada la prisión incomunicada, la Audiencia Nacional le condenó por los delitos, por lo que se le imputó en base a las pruebas obtenidas y a declaraciones autoincriminatorias. El TS ratificó la sentencia de la AN y el TC inadmitiría el recurso de amparo presentado por el demandante.

Agotada la vía interna, el señor Gorosabel acude ante el TEDH alegando una violación de los arts. 6.1 y 6.3.c) CEDH. Argumenta que durante la detención incomunicada se le denegó el acceso a un abogado de su propia elección en el transcurso de los interrogatorios.

El TEDH recordará que el art. 6 CEDH se aplica no solo en el proceso ante un tribunal, sino también en las diligencias previas de un juicio. El acceso a un abogado surge desde el momento en que se da una «acusación penal». Recuerda que la prisión incomunicada solo puede ordenarse por un juez instructor en circunstancias excepcionales y únicamente para las finalidades establecidas por la ley.

A continuación, el TEDH subraya que la detención incomunicada se ha realizado de conformidad con la ley. Sin embargo, observa que se trata de una medida demasiado general, ya que no se ha realizado una evaluación y justifica-

ción individualizada de la necesidad de la restricción del derecho del demandante de asistencia letrada de su elección.

El TEDH tiene en cuenta que las declaraciones realizadas por el demandante en la comisaría conforman una base sustancial de la condena del demandante. La Audiencia Nacional no tuvo en cuenta la queja del demandante de que durante dichas declaraciones no tuvo asistencia letrada de su elección. El TEDH considera que el proceso no ha sido justo, ya que el demandante no ha tenido asesoramiento en las declaraciones que realizaría ante la policía, que fueron decisivas para la determinación del fallo de la sentencia condenatoria. Los tribunales internos no ofrecieron razones individualizadas para justificar la restricción del derecho del demandante de asistencia letrada de su elección. Por ello, concluye que ha habido una violación de los arts. 6.1. y 6.3.c) CEDH.

El TEDH tiene en cuenta que ha habido una reforma en la regulación de esta materia, posterior a la solución del presente caso en la vía interna. Así, la Ley 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, introduce la exigencia de la evaluación de las circunstancias de cada caso para declarar la prisión incomunicada, que deberá ser excepcional y limitada al tiempo estrictamente necesario. Así lo expresa en la exposición de motivos:

La denominada «prisión incomunicada» también ha sido objeto de revisión en la presente reforma, al objeto de adecuarla a las exigencias del Derecho de la Unión Europea. La nueva regulación del artículo 527 permite aplicar esta modalidad de detención cuando concurren los presupuestos legalmente previstos de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 509. Además, se faculta al juez para limitar algunos derechos según las necesidades de cada caso, sin que esta restricción opere automática e indiferenciadamente respecto de todos, y por el tiempo estrictamente imprescindible.

Si bien el Gobierno español recurrió la sentencia ante la Gran Sala, una sección de 5 jueces de esta Sala inadmitió el 9 de mayo de 2022.

IV. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y DEL DOMICILIO

1. DETENCIÓN ADMINISTRATIVA DE MIGRANTES Y USO INJUSTIFICADO DE LAS ESPOSAS

En la sentencia recaída en el caso *Sabani c. Bélgica*, de 8 de marzo de 2022, la demandante, la señora Aferdita Sabani, es una ciudadana serbia. Llegó a Bélgica, donde vive su marido, con su hija. Presentó varias solicitudes de asilo y de regularización de su estancia en el país. Todas las solicitudes fueron rechazadas con las consiguientes órdenes de expulsión.

La última de las órdenes de expulsión se complementaba con una decisión de mantenerla localizada en un lugar concreto. El mismo día, la Oficina de Extranjería ordenó a la policía local comprobar si la demandante había cumplido con una orden previa de expulsión y arrestarla, en caso negativo. La policía llegó a su domicilio. La demandante abrió la puerta. La policía, al comprobar que había incumplido la orden de expulsión, entró, la esposó y la llevó al centro de internamiento de Brujas.

La demandante invocó el art. 8 del Convenio ante los tribunales internos debido a que los servicios de policía entraron en su domicilio y la esposaron.

Las autoridades judiciales decidieron mantener detenida a la demandante.

El tribunal de apelación dijo que las autoridades administrativas actuaron según el procedimiento previsto por la ley, que no forzaron la puerta de su casa y que el uso de las esposas estaba justificado en el riesgo de fuga, ya que la demandante había incumplido sucesivas órdenes de expulsión. La demandante recurriría sin éxito en casación y sería expulsada.

Agotada la vía interna, la demandante acude ante el TEDH alegando una violación del art. 8 CEDH. Considera que la detención administrativa supuso una interferencia injustificada en su derecho al respeto de su domicilio y que el uso de las esposas no fue necesario.

El TEDH, en primer lugar, analiza si la entrada en el domicilio de la demandante fue ilegítima. Las versiones de la demandante y del Gobierno son divergentes. La demandante argumentó que efectivamente los agentes entraron en su domicilio, mientras que el Gobierno dice que no llegaron a entrar, sino que se mantuvieron fuera y que la demandante salió del mismo con la finalidad de someterse al control policial. El TEDH dirá a este respecto que no parece coherente que la demandante saliera de su domicilio para someterse al control, lo que no consta en el informe policial, y mostrara poca colaboración, como sí indica el informe policial. Tampoco se ha demostrado que la demandante haya renunciado a su derecho al respeto del domicilio. El TEDH, en este sentido, recuerda su jurisprudencia reiterada según la cual, para ser válida la renuncia a un derecho fundamental debe demostrarse inequívocamente que se ha realizado con pleno conocimiento de causa (es decir, sobre la base de un consentimiento informado) y llevarse a cabo sin coacción (véanse, por ejemplo, las sentencias recaídas en los casos *D.H. y otros c. la República Checa*, de 7 de febrero de 2006; y *Oršuš y otros c. Croacia*, de 16 de marzo de 2010). En el proceso verbal se indica que la demandante abrió la puerta y que la policía se identificó. De ahí no se puede deducir, según el TEDH, una autorización de entrada en el domicilio. El TEDH considera que ha habido una injerencia no autorizada en el domicilio.

A continuación, el TEDH analizará si la injerencia estaba justificada en base al art. 8.2. La injerencia, en este sentido, debe basarse en un marco legal estricto que ofrezca garantías suficientes y adecuadas contra la arbitrariedad. El TEDH observa que la Constitución belga garantiza la protección del domicilio frente a entradas ilegítimas como las que se producen sin autorización judicial. Asimismo,

tiene en cuenta que el Tribunal de Primera Instancia señaló en su auto de 15 de abril de 2015 que la Sala del Consejo del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas se basó en la ilegalidad de la estancia de la demandante para justificar la privación de libertad y desestimar el motivo de la ilegalidad de la entrada en el domicilio basado en la violación del art. 8 CEDH. Los tribunales internos dijeron que el arresto de la demandante en su domicilio no violaba el art. 8 CEDH, ya que se había realizado de conformidad con la ley de funcionamiento de la policía, que autoriza a la policía a detener extranjeros que no posean documentos de identidad requeridos y a adoptar las medidas establecidas por la ley.

El TEDH no comparte esta visión. A su juicio, dicha ley no permite a la policía entrar en el domicilio de un extranjero, excepto en caso de calamidades, catástrofes o siniestros en los que la integridad física de las personas pueda estar comprometida gravemente.

Por todo ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del art. 8 CEDH.

En cuanto al uso de las esposas, el Gobierno no ha negado que esposaran a la demandante en su domicilio delante de su hija. El TEDH considera que la necesidad del uso de las esposas no ha sido justificada por el Gobierno. Por ello, el TEDH dirá que ha habido también una violación del art. 8 CEDH a este respecto.

2. DERECHO A LA SALUD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

En la sentencia recaída en el caso *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, el demandante, cuando tenía seis años, fue sometido a varios exámenes médicos. Finalmente, se le diagnosticó un tumor cerebral. Fue intervenido quirúrgicamente en tres ocasiones. El estado de salud físico y neurológico del demandante se deterioró gravemente. Actualmente se encuentra encamado en una situación de discapacidad y dependencia total. Sufre una parálisis general, lo que le impide moverse, comunicarse, hablar, ver, masticar y tragar.

Los padres del demandante reclamaron una indemnización, ya que no prestaron consentimiento informado para la segunda intervención. Agotada la vía interna sin éxito, acuden ante el TEDH alegando una violación del art. 8 CEDH. Dicen que no han recibido una información total y adecuada en relación con las operaciones quirúrgicas realizadas a su hijo y que no pudieron dar su libre consentimiento para las mismas.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dictada en base al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, exige explícitamente a los médicos proporcionar una información adecuada y preliminar a cada una de las actuaciones a realizar para asegurar el consentimiento informado a las operaciones quirúrgicas. Así, el art. 4 dispone que: «Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información

disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley». Y en esta línea, el art. 8 dice que: «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso».

Por tanto, la ley establece que para cada acto médico indicado en la misma el consentimiento en cuestión debe darse por escrito, con algunas excepciones, especialmente cuando hay un riesgo inminente y grave a la vida del paciente y cuando el paciente o su familia no pueden dar consentimiento (art. 9).

Los tribunales internos argumentaron que la segunda intervención estaba estrechamente vinculada a la primera y que los padres han estado en contacto con los médicos entre las dos intervenciones. El TEDH observa, en concreto, que los tribunales internos no han dado ninguna razón por la que el consentimiento para la segunda operación no cumpliera las exigencias establecidas en el derecho nacional. Si bien las dos operaciones tenían como objetivo extirpar el tumor cerebral, la segunda se llevó a cabo en una fecha posterior después de que parte del tumor fuera extraído y cuando el estado de salud del niño ya no era el mismo que el que tenía durante la primera intervención. Los tribunales internos consideraron que el primer consentimiento era suficiente para practicar la segunda operación sin considerar las consecuencias de la primera operación ni especificar por qué no se ha dado un acto quirúrgico que hubiera necesitado el consentimiento escrito separado que requiere la legislación española. El TEDH tiene en cuenta que la tercera intervención se tuvo que realizar por razones de urgencia como consecuencia de las complicaciones derivadas de la segunda operación. En este caso sí se obtendría un consentimiento informado de los padres, a diferencia de lo que ocurrió con la segunda intervención.

El TEDH enfatiza la importancia del consentimiento informado y el hecho de que su no obtención puede causar graves daños corporales a la persona afectada. Cualquier infracción por parte del equipo médico en el respeto del derecho del paciente a ser informado debidamente para consentir válidamente implica la responsabilidad del Estado. El proceso en la vía interna no ha sido suficientemente efectivo, ya que no se han dilucidado las importantes cuestiones relativas al consentimiento y la posible responsabilidad de los profesionales de la salud.

El TEDH subrayará a este respecto que las sentencias del TSJ de Murcia y del TS no ofrecen una solución ajustada a la ley interna en materia de consentimiento informado. En concreto, no han explicado por qué la ausencia de consentimiento informado no ha infringido los derechos del demandante.

El TEDH concluye que en la vía interna no se ha proporcionado una respuesta adecuada a la cuestión de si los padres del demandante han dado su consentimiento a cada una de las intervenciones quirúrgicas de conformidad con el derecho interno. Por ello, el TEDH dirá que ha habido una violación del derecho a la vida privada del demandante (art. 8 CEDH).

3. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, SERVICIOS SOCIALES Y ACOGIMIENTO DE MENORES

En la sentencia recaída en el caso *Q. y R. c. Eslovenia*, de 8 de febrero de 2022, los demandantes acogieron a sus nietos de 3 y 5 años de edad cuando su hija fue asesinada por su marido. Unos meses después, los servicios sociales decidieron dar en acogida a los menores en otra región. La primera demandante solicitó un permiso de acogimiento. Se queja de la duración del procedimiento. En el momento en el que se dictó esta sentencia habían transcurrido más de seis años y el caso todavía no se había resuelto en la vía interna.

El hecho de que los tribunales internos tengan que recabar informes de expertos acerca de la aptitud de los abuelos para acoger a los niños no justifica la excesiva prolongación del proceso. Tampoco lo justifican las medidas restrictivas adoptadas debido a la pandemia de la COVID-19. En efecto, las autoridades debieron clasificar este caso como urgente habida cuenta del contacto limitado entre la primera demandante y sus nietos y la importancia del caso, ya que expresó la voluntad de cuidar a sus nietos tras el fallecimiento de su hija. Estas circunstancias exigían a las autoridades una diligencia especial. La Administración y los tribunales internos despreciaron el efecto del paso del tiempo en la relación de los demandantes con sus nietos. Por ello, concluye que el caso no ha sido resuelto en un plazo razonable, por lo que ha habido una violación del art. 6.1 CEDH.

Por otro lado, los demandantes alegan una violación del art. 8 CEDH. Argumentan que no se ha tenido en cuenta un informe preparado por el psiquiatra del niño. Los tribunales internos rechazaron su consideración por su limitada experiencia. No obstante, se consideraría la pericial preparada por un experto designado por el Tribunal de Primera Instancia. Tampoco se tuvo en cuenta la opinión de los menores. El TEDH, en base al informe del experto, consideró que no tenían capacidad para formar su propia opinión sobre la materia. El TEDH considera que no ha habido una violación del art. 8 CEDH.

En fin, se trata de una sentencia importante, ya que supone un límite a la regresión en el reconocimiento de los derechos sociales en este caso, desde una perspectiva procesal, que los ciudadanos padecen desde la eclosión de la crisis económica y financiera a finales de 2007 y, en la actualidad, con la pandemia de la COVID-19⁵.

V. LIBERTAD DE ASAMBLEA Y PROHIBICIONES GENERALES ANTICOID

En la sentencia recaída en el caso *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suiza*, de 15 de marzo de 2022, la asociación demandante acude ante

⁵ Sobre este tema, me remito a la monografía de A. Garrido Juncal (2020), *Los servicios sociales en el s. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 313 págs. (pág. 56 y ss).

el TEDH quejándose de que no se le permitió organizar y participar en actos públicos tras la adopción de las medidas del Gobierno Federal contempladas en la Ordenanza de 13 de marzo de 2020 para atajar la COVID-19. En base a dicha norma, se prohibieron los actos públicos y privados a partir del 16 de marzo de 2020. El incumplimiento de la medida implicaba una sentencia de custodia o una multa. Las medidas referidas a las asambleas públicas se suavizaron a partir del 30 de mayo de 2020.

El TEDH comenzará su argumentación indicando que los Estados gozan de cierto margen de apreciación en la determinación de las medidas más adecuadas para la lucha contra la pandemia. Le corresponderá al TEDH, en el marco de sus tareas de control y a la luz de las circunstancias concretas acontecidas en el presente caso, pronunciarse de manera definitiva sobre la compatibilidad de la restricción con el Convenio. A este respecto, reconoce que la amenaza para la salud pública que supone el nuevo coronavirus es muy seria, que los conocimientos sobre las características y la peligrosidad del virus eran muy limitadas en la fase inicial de la pandemia y que los Estados reaccionaron rápidamente en el periodo considerado en este asunto por razones imperiosas de salud pública. A este respecto, el TEDH recordará que el CEDH debe interpretarse de una manera armoniosa teniendo en cuenta la coherencia interna de sus preceptos. El TEDH deberá ponderar los intereses en conflicto en el contexto tan complejo de la pandemia y de la obligación positiva impuesta a los Estados parte del Convenio de proteger la vida y la salud de las personas que se encuentran en su jurisdicción en virtud, especialmente, de los arts. 2 y 8 del Convenio, como dijo en la sentencia recaída en el caso *Vavříčka y otros c. la República Checa*, de 8 de abril de 2021, sobre la vacunación obligatoria infantil.

El TEDH considera que la interdicción general de un comportamiento es una medida radical que exige una justificación sólida y un control particularmente riguroso por los tribunales autorizados para alcanzar un equilibrio de los intereses en juego, como ha dicho, por ejemplo, en la sentencia recaída en el caso *Lacatus c. Suiza*, de 19 de enero de 2021, sobre la prohibición general de la mendicidad en ese país. El TEDH constata que desde el 16 de marzo al 30 de mayo de 2020 todas las manifestaciones que la asociación demandante pretendiera convocar en virtud de sus fines estatutarios fueron objeto de una interdicción general, lo cual es un periodo de tiempo considerable. A este respecto, el TEDH enfatiza que el Gobierno no ha respondido al planteamiento de la cuestión sugerida por la demandante según la cual el mantenimiento de este tipo de actividad era posible siempre que los empleadores tomaran medidas organizativas y técnicas para garantizar el cumplimiento de las recomendaciones sobre higiene y distanciamiento social. A este respecto, el TEDH subraya que, para que una medida pueda considerarse proporcionada y necesaria, debe excluirse la existencia de una medida que vulnere menos gravemente el derecho fundamental implicado y que logre el mismo objetivo.

El TEDH dice que la calidad del examen parlamentario y judicial de la necesidad de la medida establecida a nivel nacional reviste una importancia específica en la determinación de la proporcionalidad de una medida general, lo que afectará asimismo al margen de apreciación que se reconocerá al Estado. Teniendo en cuenta la urgencia de ofrecer una respuesta apropiada a la amenaza inédita del coronavirus en sus inicios, es cierto que no se puede esperar, necesariamente, a nivel nacional, debates muy profundos, en concreto, con la participación del Parlamento, con vistas a adoptar las medidas urgentes que se consideren necesarias. Por ello, la revisión judicial independiente y efectiva de las medidas adoptadas por el ejecutivo es aún más imperativa.

El TEDH subraya que las sanciones por el incumplimiento de la prohibición general eran penales. Podían implicar una privación de libertad de hasta tres años. El TEDH observa que se trataba de sanciones muy graves, con un significativo efecto disuasorio, y que, en principio, no debiera sancionarse con la privación de libertad por ejercer el derecho de manifestación pacíficamente.

Asimismo, el TEDH dice que Suiza no ha solicitado, para hacer frente a la crisis sanitaria, la aplicación del art. 15 CEDH que permite a un Estado parte adoptar ciertas medidas que derogan las obligaciones previstas por el Convenio en caso de guerra o de peligro público que amenaza la vida de la nación, como sí hizo, por ejemplo, Rumanía (Decisión de inadmisión *Cristian-Vasile Terbeș c. Rumanía*, de 13 de abril de 2021). Por ello, Suiza debía respetar el Convenio en virtud de su art. 1 y, teniendo en cuenta las circunstancias de este caso, en base al art. 11 CEDH en sus justos términos, en el marco del margen de apreciación del Estado.

El TEDH, siendo plenamente consciente de la amenaza que representa el coronavirus para la sociedad y la salud pública, concluye que las medidas se han prolongado durante un periodo de tiempo considerable, que no han sido objeto de revisión judicial en dicho periodo, que han afectado al objeto y fin de la asociación demandante habida cuenta de la importancia que tiene la libertad de manifestación en una sociedad democrática; y que la naturaleza y gravedad de las sanciones previstas han supuesto una injerencia injustificada en la libertad de asamblea pacífica. Por todo ello, el TEDH observa que Suiza ha sobrepasado su margen de apreciación, por lo que concluye por cuatro votos contra tres que ha habido una violación del art. 11 CEDH.

Me da la impresión de que la mayoría ha adoptado esta decisión analizando el supuesto de hecho desde una perspectiva actual descontextualizada del momento concreto al que se refiere. En efecto, el TEDH dice que tiene en cuenta la gravedad de la pandemia, que no la subestima, pero que se ha producido una restricción de la libertad de asamblea pacífica durante un tiempo considerable y que las sanciones previstas eran excesivas, entre otras cuestiones. Sin embargo, no tiene en consideración la contagiosidad del virus, el número de fallecidos dia-

rios, la saturación hospitalaria, la vía de transmisión aérea, que posteriormente se probó que era la principal, o la inexistencia de vacunas ni tratamientos específicos. Habida cuenta del conjunto de circunstancias concretas concurrentes parece que la aplicación del principio de precaución que subyace en la adopción de los confinamientos domiciliarios y la restricción de los derechos y libertades fundamentales como la libertad de asamblea pacífica atendían a una justificación objetiva y razonable, tenida en consideración en la mayoría de los Estados del Consejo de Europa. Por ello, las restricciones adoptadas por Suiza en el periodo en cuestión quizá sí encajan en el margen de apreciación que Estrasburgo debe ofrecer a los Estados.

Se trata, en fin, de una sentencia con un resultado que admite un amplio debate. No en vano, como he señalado, no se ha adoptado por mayoría. Así, los jueces Krenc y Pavli ofrecieron una opinión concurrente, mientras que los jueces Ravarani, Seibert—Fohry Rossmá plantearon una opinión disidente.

VI. DESPLAZAMIENTOS INTERNOS Y PROHIBICIÓN GENERAL DE DISCRIMINACIÓN

La sentencia recaída en el caso *Selygenenko y Otros c. Ucrania*, de 21 de octubre de 2021, ofrece un nuevo supuesto de hecho relacionado con la inestabilidad política y social del país acontecida tras el *Maidán* de 2014 y los conflictos bélicos subsiguientes.

Las demandantes, Oleksandra Selygenenko, Anastasiya Martynovska, Darya Svyrydova y Yevgeniya Terekhova, son originarias de los territorios ucranianos de Sevastopol (las señoras Selygenenko y Martynovska), Alupka (la señora Svyrydova) y Donetsk (la señora Terekhova). En el momento en el que presentaron la demanda, y durante el proceso en Estrasburgo, vivían en Kiev.

Cuando se desató el conflicto en Donetsk y Crimea, las demandantes se trasladaron a Kiev, donde se les reconoció el estatus de personas desplazadas en el interior del país. Sin embargo, sus documentos de identidad seguían indicando que eran residentes de sus lugares de origen en Donetsk y Crimea.

Se inscribieron para la votación en las elecciones locales de Kiev a finales de 2015, pero sus solicitudes fueron rechazadas.

La señora Terekhova se quejó ante la Comisión Electoral Central, que contestó que el lugar de residencia del ciudadano es el que indica el documento nacional de identidad. La demandante podría votar en su localidad de origen cuando se convocaran elecciones. Las demandantes recurrieron sin éxito ante los tribunales.

Agotada la vía interna, acuden ante el TEDH alegando una violación del art. 1 del Protocolo nº 12 (prohibición general de discriminación). Dicen que han sido discriminadas en el ejercicio de su derecho de voto en las elecciones locales.

El TEDH tiene en cuenta que las demandantes han sido tratadas como cualquier otro ciudadano. En efecto, el derecho de voto en las elecciones locales se vincula al municipio de empadronamiento que consta en el documento nacional de identidad. Sin embargo, las demandantes no se encontraban en la misma situación que la generalidad de los ciudadanos, ya que ostentaban la condición de ciudadanas desplazadas en el interior del país. En este sentido, si se desplazaban a sus lugares de origen para ejercer su derecho de voto, podían perder dicho estatus. Además, el TEDH tiene en cuenta que las demandantes se encontraban en Kiev desde hacía alrededor de un año, que habían satisfecho las tasas locales y, por consiguiente, tenían interés en los resultados de las elecciones locales de Kiev, por lo que se les debería reconocer sus derechos de participación.

El TEDH, finalmente, señala que las autoridades no han tenido en cuenta la situación particular de las demandantes, por lo que ha habido una discriminación en el ejercicio de su derecho de voto en las elecciones locales en violación del art. 1 del Protocolo nº 12 del Convenio.

