

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. R. PARADA VÁZQUEZ

La segunda descentralización:
del Estado autonómico al municipal

G. ARIÑO ORTIZ

El enigma del contrato administrativo

**R. BOCANEGRA SIERRA
y J. GARCÍA LUENGO**

La potestad de dictar actos administrativos
como intromisión en la libertad

F. J. VILLAR ROJAS

La concesión como modalidad de colaboración
privada en los servicios sanitarios y sociales

M.^a R. ALONSO IBÁÑEZ

Extensión y límites del control por el Tribunal
Constitucional de las resoluciones judiciales
que afecten a los derechos fundamentales

172

Madrid
enero/abril
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 172,
Madrid, enero/abril (2007)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

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

Vocales:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

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

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

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

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO*

Profesor Titular Interino de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. JURISPRUDENCIA AMBIENTAL: 1. *Dominio público forestal, respeto de los bienes y control judicial de la discrecionalidad administrativa*. 2. *Aplicación analógica del Derecho penal*. 3. *Alcance de la libertad de expresión en temas ambientales: la sentencia Mamère c. Francia, de 7 de noviembre de 2006*.—II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA DIFUSIÓN RADIOFÓNICA DE CONVERSACIONES PRIVADAS DE POLÍTICOS SOBRE ASUNTOS DE INTERÉS GENERAL.—III. SENTENCIAS Y DECISIONES REFERIDAS A ESPAÑA.

I. JURISPRUDENCIA AMBIENTAL

Las cuestiones administrativas vinculadas a problemas ambientales han tenido una importancia destacada en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «el Tribunal», «el Tribunal de Estrasburgo» o, simplemente, «el TEDH»). Por esta razón, en este apartado reúno algunas de las sentencias más destacadas con independencia del precepto que sirve de soporte para integrar lo ambiental en el ámbito de los derechos fundamentales.

1. *Dominio público forestal, respeto de los bienes y control judicial de la discrecionalidad administrativa*

Ante la problemática que golpea año tras año a los bosques españoles —y a buena parte de los de los países mediterráneos y atlánticos de nuestro entorno—, el Estado de Derecho ofrece útiles para luchar por la protección del entorno frente a comportamientos especuladores que, en ocasiones, se encuentran tras los incendios forestales. En concreto, en el caso de España, por acotar la perspectiva geográfica¹, nuestra Constitución propone pistas para prevenir y reaccionar. En efecto, nuestro artículo 45 CE, que

* *obouazza@der.ucm.es*. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia «El reto de los derechos fundamentales en el seno de una sociedad pluralista» (SEJ-08538), que dirige el Prof. Dr. D. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Un repaso de la acogida de los derechos medioambientales en Europa, en mi libro *Ordenación del Territorio y Turismo (un modelo de desarrollo sostenible del turismo desde la ordenación del territorio)*, Atelier, Barcelona, 2006, 78-81 y 120-122 (notas al pie de página 67 a 71 y 132), donde mido las intensidades con las que se plantea el fenómeno de la protección ambiental, desde el punto de vista constitucional y jurisprudencial.

consagra el derecho a un medio ambiente adecuado, se refuerza a través del artículo 53.3, que dice, como se sabe, aunque no estará de más recordar, que «*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*»². Por consiguiente, los poderes públicos, en virtud del artículo 45 CE, pueden —y acaso deberían— adoptar medidas para desalentar actitudes especuladoras y hacer efectivo el mandato del artículo 45 CE. En materia de incendios forestales, una de las posibilidades es la prohibición de la clasificación del suelo como suelo urbanizable y la reforestación de las zonas devastadas³.

Sirva esta introducción para presentar la sentencia recaída en el caso **Lazaridi c. Grecia**, de 13 de julio de 2006⁴, en el que se muestra la diligencia de las autoridades judiciales griegas en la aplicación efectiva del artículo 24 de la Constitución helénica (referido al medio ambiente), protegiendo suelo afectado directa o indirectamente por incendios forestales, interés general que delimitará el contenido del derecho de propiedad.

Hechos y vía interna.

Para conocer de una manera más precisa el contexto del caso hay que remontarse a los antecedentes, las actuaciones administrativas anteriores a los hechos determinantes de este caso.

Por decisión administrativa núm. 50113/2580, de 20 de marzo de 1935, una superficie de 14.500.000 m², sita en la periferia de Tesalónica, fue destinada a reforestación. Una decisión posterior, de 1973, amplió la zona a reforestar a los 29.790.000 m². Únicamente catorce parcelas, afectadas a usos particulares (colegios, cementerios, acueductos, etc.), fueron excepcionadas de la reforestación. Seis años después, en 1979, otra decisión administrativa eximiría de la reforestación a las propiedades privadas y tierras agrícolas cultivadas de la zona. Esta decisión sería revocada en 1990,

² Se trata de un precepto de suma importancia que permite, si se quiere, rellenar de contenido al artículo 45 CE, mediante una práctica administrativa y judicial acorde con su mandato. Lo que permite huir de poner etiquetas al derecho al medio ambiente, cuya trascendencia no habría que ponerla más en duda, y desplazar las tesis de los recalitrantes que pretenden incentivar el desarrollo a toda costa *minusvalorando* el calado del artículo 45 leído conjuntamente con el artículo 53.3 CE. Nos encontramos, por consiguiente, ante un ámbito en el que la actividad administrativa y judicial —y, por supuesto, la legislación— deberá guiarse de conformidad con este mandato, con independencia de que la exigencia de este derecho ante los tribunales requiera la intermediación legislativa. El caso **Lazaridi**, como se verá a continuación, ofrece un buen ejemplo en esta línea.

³ Como se sabe, en nuestro ordenamiento, algunas leyes urbanísticas y ambientales lo disponen expresamente. Véase, por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (*BOCM* 27.VII.2001 y *BOE* 12.X.2001).

⁴ Para la elaboración de las notas a las sentencias y decisiones he manejado indistintamente las versiones en inglés y en francés, que ofrece el Tribunal en su página web: <http://www.echr.coe.int>.

por el prefecto de Tesalónica, por motivos de legalidad y de orden público. En efecto, consideró que con esa excepción se estaba levantando ilegalmente la medida de la reforestación. Se atacaba, en fin, el espíritu de la política que se quería implantar. Con ello, la decisión de 1973 entró de nuevo en vigor. Sin embargo, el 6 de julio de 1997 un incendio destruiría 16.640.000 m² de la región. La Administración reaccionó y, mediante sendos actos administrativos, destinó a reforestación 14.869.000 m² de tierras forestales abrasadas, a las cuales se añadieron 1.117.800 m² de tierras no forestales para constituir una unidad. La Administración exceptuó las parcelas sobre las que se había construido legalmente antes de 1973 y entre 1979 y 1990. Posteriormente, dos asociaciones ecologistas, vigilantes ante el correcto servicio de la Administración al interés general⁵, interpusieron un recurso contra los dos actos administrativos. El Tribunal Supremo anuló los actos atacados considerando que habían limitado arbitrariamente la extensión de la zona destinada a reforestación. Es decir, la Administración se habría excedido en el ejercicio de su poder de discreción. Por otro lado, el Alto Tribunal consideró ilegal la exención de reforestación operada por los actos inculminados beneficiando a las parcelas construidas. Los afectados interpondrían un recurso ante el mismo Tribunal Supremo, que dictaminó que la calificación de un terreno como forestal o destinado a reforestación no conllevaba privación alguna de la propiedad, sino que, tras la calificación, la propiedad seguía siendo privada, si bien con las limitaciones necesarias derivadas de su calificación forestal; básicamente, la prohibición de construir.

La propiedad de la demandante era una de las afectadas por la decisión del Tribunal Supremo. La Sra. Lazaridi acudirá a Estrasburgo considerando que se ha violado su derecho a un proceso equitativo, por la excesiva duración del procedimiento ante el Tribunal Supremo (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; en adelante, «el Convenio» o, simplemente, «el TEDH»), y una violación de su derecho de propiedad, previsto en el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1.

Argumentación del TEDH.

En el caso concreto de la Sra. Lazaridi, el proceso ante el Tribunal Supremo duró más de cinco años, periodo de tiempo que el TEDH considera excesivo, con lo que se condena a Grecia en virtud del artículo 6 CEDH. El Tribunal reafirmará que incumbe a los Estados contratantes organizar sus sistemas judiciales de una manera idónea para garantizar la solución de los casos en un plazo razonable (párrafo 28 *in fine*).

⁵ El TEDH ha dicho en su sentencia *Vides Aizsardzibas klubs c. Letonia*, de 24 de mayo de 2004, que las ONGs ambientales, en tanto que especialistas en esta materia, juegan un auténtico papel de *chien de garde* en la protección del medio ambiente (párrafo 36). Yo mismo he comentado esta sentencia, en mi trabajo «Mecanismos participativos contra actos de las corporaciones locales que atentan contra el entorno», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 130, 2006, 361-371.

En relación con su pretensión en torno al derecho de propiedad, la demandante dice que ya no podrá usar sus tierras de acuerdo con su naturaleza agrícola y prevé que en el futuro su propiedad será expropiada. Piensa igualmente que, en caso de ser expropiada, la recompensa económica, si se le indemniza, sería inferior al valor del bien, debido a la calificación de los terrenos como área forestal.

Ante esta pretensión algo estrambótica, el Tribunal dice que la demandante invoca de forma prematura un riesgo futuro que se basa en simples especulaciones y, por consiguiente, no será tenido en cuenta al examinar su demanda. Si al final se produce la expropiación, la demandante tendrá que agotar la vía interna, de conformidad con el artículo 35.1 CEDH. En particular, dice el TEDH, la demandante podrá atacar la decisión expropiatoria y participar en el procedimiento de fijación de la indemnización. El Tribunal, por ello, examinará la causa desde la perspectiva de la limitación del derecho de propiedad al quedar incluido su solar en la zona forestal, no pudiendo, por tanto, construir. Veamos lo que dispone el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1 (respeto de los bienes):

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

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

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 debe leerse según lo establecido en la primera. Consecuentemente, la injerencia a este derecho debe respetar un justo equilibrio entre los imperativos del interés general y las exigencias de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. Debe existir una proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. En esta materia, cuando tiene que ver con lo ambiental, se otorga al Estado un amplio margen de apreciación, salvo que el juicio de proporcionalidad realizado en el ámbito interno carezca de base razonable.

Sentados los principios generales en la materia, el Tribunal constata en el presente caso que la calificación del terreno de la demandante como suelo a reforestar se encuentra en las decisiones administrativas de 1935, 1973 y 1990. En concreto, la última de ellas, la de 1990, fue adoptada conforme a las disposiciones de la Constitución sobre protección ambiental. Conviene, por ello, tener en cuenta que *la injerencia litigiosa responde a la condición de legalidad. Es decir, las disposiciones constitucionales en mate-*

ria de medio ambiente legitiman la adopción de las medidas administrativas necesarias para lograr ese fin. Igualmente, el Tribunal considera que el fin de las limitaciones impuestas a la demandante, a saber, la protección de la naturaleza y de los bosques, encaja en el marco del interés general protegido por el segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo adicional. En cuanto a la exigencia de proporcionalidad entre la injerencia en el derecho de propiedad de la demandante y el fin de interés general perseguido, el Tribunal subraya que la única limitación en el uso de la propiedad como consecuencia de la reforestación consiste en la prohibición de construir. Además, la demandante en ningún momento ha mostrado la intención de construir en su propiedad, que ella misma califica de suelo agrícola. En estas condiciones, el Tribunal estima que no puede considerarse que la medida incriminada haya causado a la demandante un perjuicio tal que implique la desproporción de la medida en relación con el fin perseguido. Por todo ello, se rechaza la demanda en este punto al considerarse manifiestamente mal fundada.

2. Aplicación analógica del Derecho penal

Hechos y vía interna.

En la sentencia **Pessino c. Francia**, de 10 de octubre de 2006, la justicia ordinaria francesa tratará de aplicar analógicamente un precepto penal para evitar, por razones de justicia, la construcción inoportuna de un nuevo hotel de magnitudes significativas. Sin embargo, se topará ante la regla de oro de que *no hay pena sin ley*. Veamos con más calma los hechos y los fundamentos de Derecho que conducen a esta sentencia condenatoria.

El Sr. Dominique Pessino solicita y obtiene del Ayuntamiento de Cannes una licencia para la construcción de un hotel. Tras la interposición de un recurso por la asociación *Information et Défense de Cannes*, el Tribunal Administrativo de Niza ordenó la suspensión de la licencia. El demandante hizo caso omiso y las obras continuaron. El demandante obtendría una nueva licencia. Si la Administración municipal persistía en su línea, el Tribunal Administrativo de Niza hizo lo propio anulando ambas licencias de obras. Se recurre ante la Audiencia Territorial de Grasse (*Tribunal de Grande Instance*), que dictamina la culpabilidad del demandante por ejecutar una licencia de obra mayor en contra de la orden de suspensión impuesta por el Tribunal de Instancia. Se le impone una multa de 1.500.000 francos franceses. En apelación, los hechos se recalifican y se considera que el demandante ha cometido el delito de realización de obras sin obtener la licencia oportuna. A continuación se ordenará la demolición de lo indebidamente construido. Se adopta esta solución al constatar la mala fe del demandante, que, a pesar de la orden de suspensión, continuó con las obras. Por consiguiente, *se establece una aplicación analógica del tipo previsto para el delito de construcción sin licencia a este supuesto de hecho que,*

en realidad, consistió en desobedecer la orden de suspensión de las obras realizadas en base a una licencia otorgada por el Ayuntamiento. Para solventar las deficiencias de la Ley ante la gravedad de los hechos cometidos, pues, se tendrá a la licencia como no concedida y se aplicarán las consecuencias jurídicas que se consideran equitativas a la infracción cometida. Se trata, en consecuencia, del recurso a criterios de equidad, de justicia, para alcanzar el resultado deseado, ante la imposibilidad de llegar al mismo a través de una subsunción del supuesto de hecho en el supuesto de la norma. El demandante agotará la vía interna sin éxito.

Argumentación del TEDH.

El Sr. Pessino acudirá a Estrasburgo alegando una violación del artículo 7 CEDH, en el que se reconoce el principio «no hay pena sin ley». Se le ha aplicado una pena por un delito que no estaba tipificado en el momento de producirse los hechos, a saber, la realización de obras a pesar de la orden judicial de suspensión de las mismas.

El Tribunal recordará que si bien las autoridades nacionales se encuentran mejor situadas a la hora de interpretar el Derecho interno, también es cierto que el principio de legalidad de los delitos y las penas, contenido en el artículo 7 del Convenio, prohíbe que el Derecho penal sea interpretado extensivamente en detrimento del acusado, por ejemplo, por analogía (párrafo 35). Igualmente, establece que del análisis del Código Urbanístico no se desprende que de una decisión judicial que ordene la suspensión de una licencia se derive necesariamente que las obras de construcción deban ser paralizadas (?). En estas circunstancias, Estrasburgo considera que el demandante, a pesar de tener asesoramiento legal, no podía prever la condena penal por los hechos cometidos, por lo que se considera, finalmente, que Francia ha violado el artículo 7 CEDH. La decisión se adopta por unanimidad⁶.

⁶ Las cuestiones relacionadas con la construcción indebida llegan a Estrasburgo cada vez con más frecuencia. En efecto, el Tribunal habría conocido meses antes de un supuesto de hecho sobre edificación sin licencia. Me refiero al caso *Saliba c. Malta*, de 8 de noviembre de 2005. En este caso, como las autoridades aplicarían correctamente la consecuencia jurídica a esos hechos tipificados por el sistema penal, el Tribunal diría que actuaron diligentemente al exigir la demolición de lo indebidamente construido. El profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO ha comentado este caso, en su trabajo «Orden de derribo de lo edificado sin licencia y protección del Medio Ambiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 130, 2006, 349-360.

3. *Alcance de la libertad de expresión en temas ambientales: la sentencia Mamère c. Francia, de 7 de noviembre de 2006*

Hechos.

El Sr. Noël Mamère, miembro del partido «Los Verdes», ex diputado del Parlamento Europeo y alcalde del municipio de Bègles, participó como comentarista en el programa de televisión *Tout le monde en parle*, emitido por *France 2*. Al hilo de la conversación, otro comentarista evocó el accidente de la central nuclear de Tchernobyl, el 26 de abril de 1986. El demandante intervendría e hizo referencia al Sr. Pellerin, Director del Servicio Central de Protección contra las Radiaciones Ionizantes en la época en la que se produjo el accidente. El demandante, por la actuación que el Sr. Pellerin tuvo durante la tragedia, dijo que era un personaje siniestro, «que no paró de contarnos que Francia era tan fuerte —complejo de Astérix— que la nube de Tchernobyl no había traspasado nuestras fronteras». Éste es el comentario en virtud del cual se considera en el ámbito interno que el Sr. Mamère cometió el delito de difamación contra funcionario público, delito previsto en los artículos 29 y 31 de la Ley de 29 de julio de 1881, sobre libertad de prensa⁷. El demandante, a juicio de los tribunales internos, con su comentario, únicamente tenía como propósito difamar, atentar contra el honor y la reputación del Sr. Pellerin.

Antes de conocer la argumentación del Tribunal de Estrasburgo es necesario ofrecer una serie de datos sobre el organismo que dirigía el Sr. Pellerin en el momento de la tragedia, así como otros elementos colaterales que parecen de interés, al ser traídos a los hechos, lo que denota su relevancia para el caso.

El Servicio Central de Protección contra las Radiaciones Ionizantes, bajo la tutela de los Ministerios de Sanidad y Trabajo, tenía como misión supervisar el nivel de contaminación del territorio y avisar a sus ministros en caso de alerta. Fue sustituido por la Oficina de Protección contra las Radiaciones Ionizantes. El Sr. Pellerin fue llamado el pasado 31 de mayo de 2006 por el Juez de Instrucción de la Audiencia Territorial (*tribunal de grande instance*) de París a consecuencia de una demanda interpuesta por pacientes de cáncer de tiroides, por la Comisión de Investigación y de Información Independientes sobre Radioactividad y la Asociación Francesa de Enfermos de Tiroides. Los demandantes alegan que los servicios oficiales mintieron e infravaloraron la contaminación del suelo, del aire y de los alimentos derivada del accidente de Tchernobyl.

⁷ Un caso anterior motivado por este mismo delito, en la sentencia *Radio France c. Francia, de 30 de marzo de 2004*, comentada por el profesor LORENZO MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo «La necesaria diligencia de los periodistas», publicado en el núm. 137 de esta REVISTA, págs. 137-161.

Argumentación del TEDH.

El Tribunal comienza recalcando que *nos encontramos ante un caso en el que el artículo 10 CEDH exige un elevado nivel de protección de la libertad de expresión*: por una parte, los comentarios del demandante se referían a cuestiones de interés general, a saber, la protección del medio ambiente y de la salud pública; por otra, el interesado se expresó en su calidad de representante popular y en el marco de su vinculación ecologista, por lo que sus comentarios revelaban la expresión del político o del «militante». En esta línea, el Tribunal recuerda que en los debates de interés general se permiten comentarios algo inmoderados. En el caso concreto, la expresión del Sr. Mamère era sarcástica, pero no rebasó los límites de la exageración o de la provocación admisibles. Además, el Tribunal no observa una grave ofensa.

El Tribunal también considera la condición de funcionario del afectado en el momento al que se refiere el demandante. Sin embargo, en el momento en el que el demandante realiza sus apreciaciones, el Servicio ya no existía y el Sr. Pellerin ya no estaba en activo.

Teniendo en cuenta el debate de interés general en el que se inscribían los comentarios del demandante, la condena por difamación, dice el Tribunal, no ha sido proporcionada y, por consiguiente, no era necesaria en una sociedad democrática. Por ello, el Tribunal entiende, por unanimidad, que se ha violado el artículo 10 CEDH, es decir, que Francia hizo mal condenando penalmente al líder ecologista.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA DIFUSIÓN RADIOFÓNICA DE CONVERSACIONES PRIVADAS DE POLÍTICOS SOBRE ASUNTOS DE INTERÉS GENERAL

Hechos

En la sentencia *Radio Twist, a.s. c. Eslovaquia, de 19 de diciembre de 2006*, la empresa de radiodifusión Radio Twist, la demandante, establecida en Bratislava y con una audiencia diaria de más de 400.000 oyentes, incluyó en su programa de noticias *Journal* una conversación telefónica entre el Secretario de Estado de Justicia y el Primer Ministro. La conversación versaba sobre la lucha de poder de los dos partidos en el Gobierno de coalición en torno a la participación en la privatización de la mayor empresa de seguros del país, *Slovenská poisťovna, a.s.* (párrafo 13).

El Secretario de Estado interpondría una demanda civil contra la empresa radiofónica en defensa de su integridad personal. En el ámbito interno se dirá que si bien el derecho a informar de los medios de comunicación constituye un importante instrumento de control del poder político, el derecho a la privacidad se extiende a las conversaciones de los políticos, lo que constituye un límite a la libertad de información. En primera instancia se condena a Radio Twist a pedir disculpas por escrito y a radiarlas durante

quince días. En segunda instancia se le condenará a pagar una indemnización por daños morales. En el ámbito interno, por tanto, no había duda sobre el traspaso de los límites tolerables en el ejercicio de la libertad de expresión.

Argumentación del TEDH

Radio Twist acudirá ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentando que las decisiones judiciales internas implicaron una violación de su libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 CEDH.

El Tribunal comienza recordando su doctrina asentada en torno a la libertad de expresión: dice que en temas de interés general hay poco margen para la restricción. Los políticos, a diferencia de los ciudadanos anónimos, en este sentido, deberán soportar un mayor grado de tolerancia en lo que a críticas se refiere.

El Tribunal no acepta el argumento de los tribunales internos de que la conversación era esencialmente privada y, por ello, no debía ser difundida. La conversación era entre dos destacados miembros del Gobierno. Además, el contexto y el contenido de la conversación eran claramente políticos y, por ello, era aplicable el estándar especial de tolerancia de la jurisprudencia del Tribunal. Al mismo tiempo, el Tribunal considera que las cuestiones referidas a la gestión y privatización de empresas del Estado son, por definición, materias de interés general. Interés que incluso se incrementa en procesos de transición política y económica.

El Tribunal, por otro lado, constata que los tribunales internos pusieron énfasis en el hecho de que la cinta había sido conseguida de una forma ilegal. No obstante, no se abrió ninguna investigación sobre la forma de obtención de la cinta ni, por consiguiente, se declaró en ningún momento la responsabilidad por ello. El Tribunal también observa que en las instancias internas no se ha declarado que la información contenida en la cinta fuera incierta o se hubiese distorsionado, ni tampoco se ha probado que efectivamente se hubiese causado daños a la reputación del demandante, que, por cierto, fue elegido juez del Tribunal Constitucional de Eslovaquia tras el escándalo.

A continuación, el Tribunal toma en consideración que el demandante ha sido condenado por transmitir el contenido de una cinta que otro ha obtenido ilegalmente. El Tribunal no considera que por el mero hecho de que un tercero haya conseguido ilegalmente la cinta se pueda privar a la empresa de comunicación que la difundió de su derecho a la libre expresión. Además, el Tribunal no observa que la demandante haya actuado de mala fe o guiada por un objetivo diferente al de acercar al público la información sobre un tema de interés público. Por consiguiente, la condena a la empresa de radiodifusión ha supuesto una injerencia injustificada en su libertad de expresión, reconocida en el artículo 10 CEDH. La decisión se adopta por unanimidad.

III. SENTENCIAS Y DECISIONES REFERIDAS A ESPAÑA

La sentencia *Dacosta Silva c. España* (2.XI.2006) plantea el debate sobre el régimen disciplinario de la Guardia Civil en razón de su condición de institución armada de naturaleza militar⁸. El Sr. Carlos Dacosta Silva es un guardia civil destinado en Gijón. De baja por enfermedad, decide viajar a Pontevedra, a la casa de sus padres, tras recibir una carta en la que se le comunicaba que un familiar suyo estaba gravemente enfermo. Aunque el demandante lo comunicó al Cuerpo, no esperó a recibir el permiso necesario. Se ausentó durante ocho días. El superior jerárquico del demandante le impuso una sanción disciplinaria de seis días de arresto domiciliario por haberse ausentado sin ser autorizado por el cuartel. Los recursos interpuestos por el demandante fueron rechazados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al Derecho interno e internacional pertinente, recuerda que España, al ratificar el Convenio, formuló una reserva en la aplicación de los artículos 5 (Derecho a la libertad) y 6 (Derecho a un proceso equitativo) del Convenio en materia de régimen disciplinario militar. A continuación destaca la normativa española aplicable al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. A estos efectos subraya que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece que «*la Guardia Civil, por su condición de instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica*». En virtud de esta disposición, que obtendría un destacado impulso de la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 194/1989, se aprobó la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, sobre el régimen disciplinario de la Guardia Civil, en la que se establece como objetivo prioritario el establecimiento de un régimen disciplinario específico para este Cuerpo. Esta Ley contempla el arresto domiciliario de uno a treinta días como sanción por la comisión de infracciones leves (art. 10.1). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos cerrará la exposición del Derecho interno e internacional aplicable enfatizando, en primer lugar, en lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999. Esta sentencia, tras indicar que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos basadas en la existencia de una relación de sujeción especial sólo son admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial, recogiendo a su vez jurisprudencia del TEDH, advirtió que: «(...) el arresto domiciliario (...) supone una verdadera privación de libertad y no una mera restricción de aquélla (SSTC 31/1985, FJ 3; 61/1995, FJ 4, en línea con la STEDH de 9 de junio de 1976, Caso *Engel*), de suerte que, sobre esta base, el indebido cumplimien-

⁸ Sobre el régimen jurídico de las Fuerzas Armadas, me remito al libro del profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Un estudio reciente sobre los derechos de participación política de los militares, en el libro del profesor Fabio PASCUAL MATEO, *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.

to de un día de arresto domiciliario, sí entrañaría una vulneración de la libertad personal por contravención de los términos del artículo 17.1 CE, que supedita la legítima privación de libertad a los casos previstos en la ley» (FJ 9). En segundo lugar, el TEDH recoge la Recomendación 1223/0993 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la que se invita a los Estados parte a examinar las reservas que han realizado a los preceptos del Convenio y a suprimirlas en la medida de lo posible. En cualquier caso, el TEDH no considerará aplicable la reserva a la Guardia Civil puesto que «la reserva española tenía y tiene por objeto el “régimen disciplinario de las fuerzas armadas”. Si desde 1991 la Guardia Civil (...) tiene por imperativo legal, recordado por el Tribunal Constitucional, un régimen disciplinario específico, diferente del de las fuerzas armadas, y regido por una ley orgánica propia, la reserva no se puede extender por consiguiente a una norma que tiene por finalidad una segregación del objeto reflejado en la reserva» (párrafo 37). Constatada la no aplicabilidad de la reserva, entra a conocer sobre el fondo. El Tribunal señala que para respetar las disposiciones del artículo 5 CEDH, la privación de libertad debe resultar de una decisión jurisdiccional. Deberá ser determinada por un juez competente, que goce de independencia con respecto del Ejecutivo y que presente las garantías judiciales adecuadas (párrafo 43). El Tribunal constata que, en este caso, el demandante ha cumplido una sanción de arresto domiciliario impuesta por su superior jerárquico, que ejerce su autoridad en la jerarquía de la Guardia Civil y es dependiente con respecto de otras autoridades superiores, con lo que no goza de independencia. Igualmente, el Tribunal subrayará que el procedimiento disciplinario que se desarrolla ante el superior jerárquico no cumple las garantías procesales requeridas por el artículo 5.1.a) CEDH. Por consiguiente, los arrestos domiciliarios del demandante no han tenido el carácter de una detención regular tras la condena por un tribunal competente. Por todo ello, el TEDH concluye, por unanimidad, que se ha violado el derecho a la libertad del demandante [art. 5.1.a) CEDH]⁹.

En la Decisión de Inadmisión *Murillo Saldías y otros c. España* (28.XI.2006), el Tribunal inadmite la demanda presentada por algunos de los familiares de los fallecidos en la catástrofe del Cámping «Las Nieves», de Biescas. Basaron su demanda en una violación del derecho a la vida (art. 2 CEDH), al considerar que las autoridades españolas no habrían adoptado las medidas preventivas necesarias para evitar la tragedia, lo que provocaría la muerte de sus familiares, y violaciones en relación con los artículos 6 (Derecho a un proceso equitativo), por cuestiones procedimentales, y 13 CEDH (Derecho a un recurso efectivo), al apreciar que no se había realizado una investigación adecuada para identificar a los responsables del desastre. En relación con el Sr. Murillo Saldías, el Tribunal con-

⁹ El Gobierno español no ha tardado en reaccionar frente a esta condena del Tribunal de Estrasburgo. En efecto, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil se suprime la sanción de arresto, tal y como se confirmó en el Consejo de Ministros del pasado viernes 12 de enero de 2006. Se puede acceder a esta información en la página web <http://www.la-moncloa.es>.

sidera razonable la indemnización establecida por la Audiencia Nacional: 210.354,24 € por cada familiar fallecido, y 9.200 € por los gastos funerarios. El TEDH considera que tras la sentencia de la Audiencia Nacional el primer demandante no puede considerarse una víctima de la violación de los derechos que reconoce el Convenio. En relación con el resto de demandantes, el Tribunal inadmite porque no agotaron la vía interna. Debieran haber iniciado la vía contencioso-administrativa, interponiendo una acción de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La Decisión de Inadmisión *J. M. M. c. España* (4.IX.2006) aporta un ejemplo de uno de los problemas más acuciantes en la sociedad española actual: las argucias que en ocasiones envuelven a la primera industria nacional en este momento, la industria de la construcción. El demandante, gerente de una sociedad inmobiliaria, celebró diversos contratos de compraventa de inmuebles aún no construidos. Los compradores pagaron por adelantado una parte del precio acordado. Como consecuencia del retraso en el otorgamiento de las licencias de construcción y por el hecho de que la Comisión de Patrimonio Histórico decidió realizar excavaciones arqueológicas en los terrenos, el inicio de las obras de construcción de los inmuebles se retrasó veinticuatro meses. La sociedad enviaría una carta a los acreedores comunicándoles que, como consecuencia de los problemas sobrevenidos, le era imposible cumplir sus obligaciones. No obstante, les invitaba a rescindir los contratos por la vía de un acuerdo amistoso. El demandante sería cesado en la gestión de la inmobiliaria y los afectados le llevarían a los tribunales. Tras una larga instrucción sería condenado, por un delito de apropiación indebida, a una pena de prisión de siete años y la prohibición de ejercer funciones públicas. Los recursos que interpone el demandante en la vía interna no prosperan. Tampoco tendrá éxito en Estrasburgo. En efecto, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alega, entre otras injerencias, una violación del derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH) como consecuencia de la excesiva tardanza del procedimiento. El TEDH constata que en el ámbito interno, a pesar de la complejidad del caso, se ha admitido la excesiva duración del procedimiento (más de diez años) y ha sido tenida en consideración a la hora de fijar la pena. El Tribunal apunta que se ha aplicado la pena mínima para el delito cometido, por lo que el demandante ha visto reparada la violación de su derecho a un proceso equitativo. Por ello, inadmitirá la demanda.

En la Decisión de Inadmisión *Youb Saoudi c. España* (18.IX.2006), el TEDH da por buena la aceptación por el Gobierno español de la demanda del Gobierno argelino de extraditar al demandante, sospechoso de haber cometido delitos relacionados con el terrorismo. El Tribunal constata que el Estado español ha recibido del Gobierno argelino suficientes garantías en lo que al respeto de los derechos a la vida y a la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos del demandante se refiere. El TEDH inadmite, por tanto, la demanda presentada por el Sr. Saoudi.

La problemática de la deficiente regulación de las escuchas telefónicas en España llega nuevamente de la mano de una Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque en este caso la solución ofrecida será distinta. En efecto, en la Decisión de Inadmisión **Abdulkadir Coban (Asim Babuscum) c. España** (25.IX.06), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco de unas escuchas telefónicas realizadas en virtud del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) —precepto que ha ocasionado la condena de España en los casos **Valenzuela Contreras** (30.VII.1998) y **Prado Bugallo** (18.II.2003), al considerar que es una norma imprecisa que impide la previsibilidad por el afectado—, al hilo de una investigación sobre tráfico de drogas, observa que la insuficiencia de la LECrím es aliviada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Aunque sería deseable, dice el TEDH, que los principios establecidos por su jurisprudencia fueran incorporados en la Ley, el artículo 579 LECrím, en la redacción dada por la modificación realizada por la LO 4/1988, de 25 de mayo de 1988, y completada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ofrece reglas claras y detalladas, y precisa, a priori, con suficiente claridad la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado. Por todo ello, el Tribunal inadmitirá la demanda¹⁰.

¹⁰ Sobre esta problemática, me remito al trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos “Valenzuela Contreras” y “Prado Bugallo”, ambos contra España)», *Derecho Privado y Constitución*, 17 (número monográfico sobre Fuentes del Derecho en homenaje al profesor Javier SALAS HERNÁNDEZ), 2003, 377-406.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

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

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

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

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

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00172

19,00 €