

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO*
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. LA INEXPLICABLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA DE 1946 TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL CASO *SOCIEDAD ANÓNIMA DEL UCIEZA C. ESPAÑA*, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2014.—II. UNA NUEVA CONDENA A ESPAÑA POR LA DESPROPORCIONADA RIGUROSIDAD FORMAL EN EL ACCESO A LA CASACIÓN.—III. LA «ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL» COMO CRITERIO DE ADMISIÓN EN EL RECURSO DE AMPARO ESPAÑOL.—IV. PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD PÚBLICA DE LAS RELIQUIAS ARQUEOLÓGICAS HISTÓRICAS Y ARTÍSTICAS EN POSESIÓN DE PRIVADOS.—V. LIBERTAD DE REUNIÓN: LA SANCIÓN POR PARTICIPAR EN UNA MANIFESTACIÓN PACÍFICA NO ATIENDE AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.—VI. DERECHO DE SINDICACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS.—VII. DERECHO A LA INSTRUCCIÓN: 1. *Respeto a las convicciones religiosas de los padres*. 2. *Derecho a la educación de los reclusos en situación de prisión preventiva*.—VIII. EL PROBLEMA HUMANITARIO DE LA INMIGRACIÓN EN LA FRONTERA SUR DE EUROPA: 1. *Interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros: la problemática del rechazo inmediato e indiscriminado en frontera*. 2. *La devolución de una familia afgana solicitante de asilo de Suiza a Italia, en base al Reglamento «Dublín II», sin garantías efectivas de recibir un cuidado adecuado, supondría una violación del Convenio*.

I. LA INEXPLICABLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA DE 1946 TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL CASO *SOCIEDAD ANÓNIMA DEL UCIEZA C. ESPAÑA*, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2014

La sentencia recaída en el caso *Sociedad Anónima del Ucieza c. España*, de 4 de noviembre de 2014, plantea dos problemas del Derecho español que deberían ser corregidos sin dilación. En primer lugar, la inexplicable y continuada aplicación del artículo 206 de la Ley Hipotecaria de 31 de diciembre de 1946 tras la promulgación de la Constitución española de 1978, que expresamente ordena en su Disposición Derogatoria la eliminación de las normas preconstitucionales contrarias a lo establecido en la Constitución. Dicho precepto de la Ley Hipotecaria equipara a la Iglesia Católica con el Estado, la provincia, el

* obouazza@der.ucm.es.

municipio y las corporaciones de Derecho público, en la inmatriculación de bienes inmuebles de titularidad eclesiástica, al legitimarse a los diocesanos a expedir las certificaciones pertinentes, considerándoles como auténticos funcionarios públicos, bien que nuestra Norma Fundamental proclama que ninguna confesión tendrá carácter estatal. O sea, que tras la Constitución resulta del todo injustificable dicha disposición, aparte que, de mantenerse, supondría una clara discriminación con respecto de las demás confesiones religiosas. Se trata de una prerrogativa preconstitucional otorgada a los obispos católicos que, incomprensiblemente, se ha seguido aplicando y se seguirá aplicando hasta que no se derogue formalmente el precepto o algún tribunal, sin recurrir al Constitucional, lo considere formalmente derogado por la Constitución en el ámbito registral y judicial¹.

El segundo de los problemas a los que me refería es el del rigorismo formal exigido por el Tribunal Supremo español en el acceso a la casación, en este caso en el orden civil, que ya ha provocado numerosas sentencias de condena a España sin que se haya reaccionado.

Debido a que se trata de dos deficiencias graves existentes en el ordenamiento jurídico español que, como he dicho, deben ser corregidas cuanto antes, he separado las dos cuestiones en epígrafes distintos para recalcar de esta manera la importancia y autonomía de los pronunciamientos recaídos al respecto. Comenzaré con el relato de los hechos acontecidos y la argumentación en relación con la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de una iglesia por parte del Obispado de Palencia.

* * *

¹ Al respecto, la doctrina ya había tenido ocasión de pronunciarse. Me remito, por ejemplo, a los trabajos de Pilar DE LA HAZA DÍAZ, «Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 630, 1995, 1587-1600; Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, «Las certificaciones de dominio de la Iglesia Católica: análisis del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», *Revista Jurídica del Notariado*, 34, 2000, 265-301; y Alejandro TORRES GUTIÉRREZ, «En torno a la inconstitucionalidad del proceso inmatriculador de fincas de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su reglamento», en *Protección del patrimonio cultural de interés religioso: Actas del V Simposio Internacional de Derecho Concordatorio* (coords. Ana María VEGA GUTIÉRREZ, María del Mar MARTÍN GARCÍA, Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, José María VELÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA), Comares, Granada, 2012, 529-544. Parece que antes de dictarse la sentencia que ahora se va a comentar se inició el proceso de reforma de este controvertido precepto, suprimiendo este privilegio de la Iglesia (Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, *BOC* de 23 de junio de 2014). En el momento de cerrar esta Crónica, el Proyecto de Ley se encontraba en el debate de totalidad de iniciativas legislativas (*BOC* de 11 de diciembre de 2014). Hay que subrayar, sin embargo, que esta reforma supondrá la solución a medias del problema, pues implicará la legalización de las apropiaciones de bienes, en algunos casos ilegítimas, por parte de la Iglesia Católica.

La demandante, la Sociedad Anónima del Ucieza, adquirió una finca en 1978 y realizó la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. En el acto de inscripción se menciona que la propiedad incluía una iglesia del antiguo monasterio cisterciense, del siglo XII, de Santa Cruz de la Zarza, una casa, dos norias, un corral y un molino. Al parecer, los bienes habrían pertenecido a la Orden Premostratense hasta su venta en 1835 y 1841, tras la Desamortización. El Obispado de Palencia, en 1994, inscribió en el mismo Registro, a su nombre, la iglesia que se encontraba en los terrenos de la demandante. Esta inscripción se efectuó sobre la base de un certificado de fecha de 16 de diciembre de 1994 emitido por el Obispado mismo, con la firma de su secretario general, con el visto bueno del vicario general. Sorprende que el Registrador no objetara que el bien ya figuraba inscrito a favor de otra persona. La inscripción se realizó sin dar audiencia ni, por tanto, haber sido oída la sociedad demandante y sin darle ninguna opción a oponerse, si bien su nombre figuraba como titular del terreno. Todos los recursos que presentó la demandante serían rechazados, al considerarse errónea la inscripción anterior a la de la Iglesia.

En relación con el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio, el TEDH alega que la nueva inscripción, a iniciativa del secretario general del Obispado, ha constituido una injerencia en su derecho al respeto de los bienes de la demandante. No parece, continúa el Tribunal, que se haya dado una expropiación de hecho ni una medida de reglamentación del uso de los bienes, en el sentido del segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Debe apreciarse como relevante, dice el Tribunal, la primera frase del primer párrafo, según la cual «toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes». La injerencia producida no respetaba las exigencias del interés general: la seguridad jurídica en el comercio de bienes inmuebles mediante su inscripción en los Libros de los Registros de la Propiedad².

La inscripción que realizó el Obispado se basaba en el certificado de 1994. La inscripción a nombre del Obispado debió ser rechazada por el responsable del libro registral, que no debió permitir la coexistencia de dos inscripciones aparentemente contradictorias sobre el mismo bien. Inscribió automáticamente el bien sin dar la posibilidad a la demandante de formular objeciones. Ello en base al artículo 206 de la Ley Hipotecaria, de 31 de diciembre de 1946, en base al cual: «*El Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y*

² Sobre este tema, me remito a Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*, 5.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

las de la Iglesia Católica, cuando carezcan de título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos». Es decir, mediante esta norma se estaría dando a la Iglesia Católica la potestad de actuar como registrador público, inscribiendo bienes que considera suyos.

Por otro lado, el TEDH observa que no se dio en el ámbito interno discusión alguna sobre las disposiciones aplicables a este caso. En consecuencia, la inscripción de la iglesia a nombre del Obispado ha sido realizada de una manera arbitraria, sin que la demandante haya disfrutado de unas garantías procedimentales elementales en la defensa de sus intereses. La demandante se ha encontrado en una situación de imposibilidad de defenderse contra el efecto de la medida de inmatriculación litigiosa, lo que la convierte en desproporcionada.

El TEDH subraya que es sorprendente que un certificado deliberado por el secretario general del Obispado pueda tener el mismo valor que los certificados deliberados por funcionarios públicos investidos de las prerrogativas de las potestades públicas. El TEDH igualmente considera asombroso que la norma interna que permite este mecanismo se refiera únicamente a los obispos diocesanos de la Iglesia Católica, excluyendo a los representantes de otras confesiones. Hay que decir al respecto que, a pesar de lo contundente que es el Tribunal en relación a la arbitrariedad de esta disposición legislativa, ésta se sigue aplicando con normalidad, sin que todavía se haya producido una derogación formal.

El Tribunal también subraya que no hay limitación alguna para realizar el registro y que se puede realizar de una manera intempestiva, como en este caso, sin establecerse ningún requisito de publicidad, menospreciando el principio de seguridad jurídica. En fin, los tribunales internos han considerado que la iglesia ha pertenecido desde siempre al Obispado, en base a su carácter parroquial, sin contemplar indemnización alguna para la demandante.

En estas circunstancias, sobre todo en base a la excepcionalidad de la medida en cuestión, debido a que el Obispado no ostenta un título de propiedad sobre los bienes, la ausencia de un debate contradictorio y de la desigualdad de armas, combinados con el obstáculo para el pleno disfrute de los derechos de propiedad y la falta de compensación, el TEDH considera que la demandante ha soportado una carga especial y exorbitante. Concluirá, por seis votos contra uno, que ha habido una violación del artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio.

II. UNA NUEVA CONDENA A ESPAÑA POR LA DESPROPORCIONADA RIGUROSIDAD FORMAL EN EL ACCESO A LA CASACIÓN

Decía al comenzar esta Crónica que la sentencia ***Sociedad Anónima del Ucieza c. España***, de 4 de noviembre de 2014, presenta otra arista igualmente de gran trascendencia, en relación con los requisitos de acceso a la casación en el ámbito interno español, alegando una violación del artículo 6 del Convenio. La demandante observa que se le ha privado de su derecho a interponer el recurso de casación al haberse demostrado debidamente que el valor de la iglesia sobrepasaba la cuantía fijada en la ley para la apertura de la vía en casación, ya que el valor de los bienes es inestimable.

El TEDH recuerda que el artículo 6 CEDH no obliga a los Estados contratantes a contemplar en sus ordenamientos jurídicos tribunales de apelación o casación. Sin embargo, una vez los establece, adquiere la obligación de velar por que los justiciables gocen ante ellos de las garantías fundamentales del artículo 6. Así, cita sentencias previas en las que sentó este principio, como las recaídas en los casos ***Delcourt c. Bélgica***, de 17 de enero de 1970, y ***Viard c. Francia***, de 9 de enero de 2014.

El Tribunal estima que la reglamentación relativa a las formalidades y a los plazos a respetar para la preparación de un recurso tiene como finalidad asegurar una buena administración de justicia y el respeto, en particular, del principio de seguridad jurídica. Los interesados deben atenerse a las reglas que son aplicables. El Tribunal también recuerda su jurisprudencia en base a la cual el «derecho a un tribunal», del que el derecho de acceso constituye un aspecto particular, no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en cuanto a las condiciones de admisión de un recurso, que requiere, por su naturaleza misma, una reglamentación del Estado, que goza a este respecto de un cierto margen de apreciación. No obstante, estas limitaciones no deben restringir el acceso al tribunal de una manera tal que el derecho quede despojado de su esencia. En fin, las limitaciones no se conciliarán con el artículo 6.1 CEDH a menos que tengan un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

El TS inadmite en base al artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para justificar esta decisión, dice que la estimación del valor del bien en 600.000 euros no era suficiente para contradecir la cuantificación inicial del bien como inestimable. Observó que la demandante persistió en la afirmación del carácter inestimable, en términos eco-

nómicos, de los bienes reivindicados. El TEDH observa que, habida cuenta de la naturaleza de los bienes, la interpretación del TS es demasiado rigurosa, pues constata que incluso el Obispado consideraba que el valor de los bienes excedía los 600.000 euros. En efecto, el Tribunal observa que no se le puede reprochar a la demandante el haber considerado como inestimable el valor de un bien del que no se ha podido establecer su precio de mercado, a pesar de la intervención de un perito que, en cualquier caso, concluyó que su valor sería superior a los 600.000 euros que impone la nueva regulación de la casación para acceder a esta vía. En estas circunstancias, el Tribunal estima que no se trata de un problema ordinario de interpretación de la ley, sino de la interpretación de una exigencia procedimental que ha impedido el examen del fondo del asunto, como ha dicho en sentencias anteriores como, por ejemplo, la recaída en el caso *Stone Court Shipping Company, S.A. c. España*, de 28 de octubre de 2003. El TEDH apunta que no se ha dado una relación suficiente de proporcionalidad entre las limitaciones aplicadas en este caso y las consecuencias de su aplicación. Así, *la interpretación particularmente rigurosa de una regla de procedimiento ha privado a la demandante del derecho de acceso a un tribunal competente para examinar su recurso de casación*. Por ello, concluye que ha habido una violación del artículo 6.1 del Convenio³.

Hay que recordar sin falta que no es la primera vez que el TEDH condena a España por el rigorismo en la interpretación de la Ley en la admisión del recurso de casación, como he tenido ocasión de examinar. Hasta ahora, los problemas se habían dado en el orden contencioso-administrativo, pero parece que es un problema común también en el orden civil⁴.

III. LA «ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL» COMO CRITERIO DE ADMISIÓN EN EL RECURSO DE AMPARO ESPAÑOL

Una de las principales novedades de la Ley Orgánica española 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979,

³ Sobre la casación civil, véase el reciente libro, dirigido por Rafael BELLIDO PENADÉS, *El recurso de casación civil*, La Ley, Madrid, 2014, 544 págs.

⁴ Sobre la problemática de la casación contencioso-administrativa, véanse el libro de Andrés BETANCOR, *La revisión casacional de la prueba en el contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, 256 págs.; y María José ALONSO MAS, «Recurso de casación contencioso-administrativo y Derecho autonómico», *RAP*, 190, 2013, 101-148. Me remito también a *El recurso contencioso-administrativo común. Estudio de Legislación y de Jurisprudencia y propuestas para su reforma*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, 260 págs., del que yo mismo soy autor.

de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, es la reforma del trámite de admisión del recurso de amparo. Frente al sistema de causas de inadmisión tasadas, introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal, debido a su especial trascendencia constitucional. Se trata de un nuevo mecanismo que venía siendo reclamado por una parte de la doctrina, no sólo en el ámbito del amparo, sino también en la casación. Nuevo criterio que ha suscitado un destacado debate. De hecho, ya ha sido cuestionado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se deduce de la lectura de la sentencia recaída en el caso *Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015. Veamos a continuación los hechos y la argumentación del TEDH para resolver el caso.

El demandante, D. Agustín Arribas Antón, fue sancionado por el director del Hospital Psiquiátrico de Zamudio, donde ejercía como auxiliar de enfermería, por una falta disciplinaria grave, a saber: intentar mantener relaciones sexuales no consentidas con pacientes hospitalizados. Se le suspendió en el ejercicio de sus funciones durante un año.

El demandante interpuso un recurso administrativo, que sería desestimado por el director general del Servicio Vasco de Salud. Acudió entonces ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sede en la que se anuló la resolución administrativa que le suspendía en el ejercicio de sus funciones, por un vicio procedimental. El Servicio Vasco de Salud apeló y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ordenó la reanudación del procedimiento administrativo. Al término de este procedimiento se ordenó la sanción inicial contra el demandante. Los recursos que interpuso contra esta decisión serían desestimados.

Agotada la vía ordinaria, el demandante acudió ante el Tribunal Constitucional, interponiendo un recurso de amparo, que fue declarado inadmisión debido a que el demandante no satisfizo la obligación de mostrar que su recurso revestía una «especial trascendencia constitucional».

En base al artículo 6.1 (Derecho a un proceso equitativo) y al 13 (Derecho a un recurso efectivo) del CEDH, el demandante se queja de la inadmisión del recurso considerando que el motivo de inadmisión de la especial trascendencia constitucional es excesivamente formal y que la interpretación del criterio de admisión que ha realizado el TC es contraria al Convenio. Estima que no se ha respetado su derecho a un recurso efectivo a este respecto ni a un proceso equitativo en relación con el fondo del asunto.

El Tribunal Europeo recuerda que el «derecho a un tribunal» no es absoluto y que se presta a limitaciones, sobre todo en lo que con-

cierte a las condiciones de admisión del recurso, pues se refiere a una reglamentación del Estado en la que goza de cierto margen de apreciación. El Tribunal recuerda igualmente que el artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear jurisdicciones de apelación o de casación ni jurisdicciones competentes en materia de amparo. El TEDH subraya que su papel no es apreciar la oportunidad de la elección de la política jurisprudencial de las jurisdicciones internas, sino verificar la conformidad con el Convenio de las consecuencias de tal elección. Recuerda que no tiene como tarea sustituir a las jurisdicciones internas y que corresponde a los tribunales internos, en primer lugar, la interpretación de la legislación interna. Esto es especialmente cierto en relación con la interpretación de las reglas procesales como las que fijan los plazos a respetar para la presentación de documentos o las condiciones de admisión para la interposición del recurso. La normativa relativa a las formalidades y plazos a observar para la preparación de un recurso tiene como finalidad asegurar el respeto del principio de seguridad jurídica.

El TEDH considera que *no es contrario al Convenio que una jurisdicción rechace un recurso al observar que las cuestiones en base a las cuales se formula no revisten una importancia particular o si el recurso no presenta perspectivas suficientes de éxito*. Con ello da por buena esta nueva condición de admisibilidad.

El Tribunal observa que el fin perseguido por el cambio legislativo de 2007 es legítimo. Como menciona el Gobierno, dicho cambio tiene como finalidad mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional y reforzar la salvaguarda de los derechos fundamentales, para evitar la congestión del TC con cuestiones menores. El hecho de subordinar la admisión de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas, que son criterios previstos por la ley e interpretados por la jurisprudencia constitucional, así como su justificación por el autor del recurso, no es desproporcionado ni contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional. El TEDH concluye, por consiguiente, que el demandante no ha sufrido una interferencia desproporcionada en su derecho de acceso a un tribunal, tal y como garantiza el artículo 6 CEDH.

A la vista de las argumentaciones ofrecidas en relación con el artículo 6 CEDH, el TEDH observa innecesario ofrecer razonamientos adicionales en torno al artículo 13 CEDH⁵.

⁵ Sobre este tema, me remito al trabajo de Francisco Javier MATIA PORTILLA, «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *REDC*, 86, 2009, 343-368. Una visión global del significado de la reforma de Ley Orgánica en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *REDC*, 81, 2007, 11-62.

IV. PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD PÚBLICA DE LAS RELIQUIAS ARQUEOLÓGICAS HISTÓRICAS Y ARTÍSTICAS EN POSESIÓN DE PRIVADOS

En la *Decisión de Inadmisión Guisepppe Torno y otros c. Italia*, de 23 de septiembre de 2014, el Ministerio de Patrimonio Cultural y Medio Ambiente italiano entabló una acción judicial ante el Tribunal de distrito de Milán contra el padre del primer demandante y sus hermanos, reivindicando que varias reliquias arqueológicas de las épocas romana, griega y etrusca que se hallaban en la casa de los demandantes formaban parte del denominado en el país «patrimonio indisponible del Estado» (*patrimonio indisponibile dello Stato*). El Tribunal de distrito desestimó el recurso. Consideró que el principio de propiedad pública de objetos pertenecientes al patrimonio arqueológico fue establecido por primera vez en la Ley núm. 364, de 20 de junio de 1909, por lo que el Ministerio debió probar que la posesión de los demandantes era ilegítima. En concreto, que el material arqueológico en cuestión procedía de excavaciones que se llevaron a cabo después de que la Ley mencionada entrara en vigor.

El Ministerio recurrió esta decisión, considerando que el reconocimiento de que la posesión de hecho de los demandantes era suficiente para probar su derecho de propiedad conllevaba una prueba imposible para el Estado. En cambio, la carga de probar la legalidad de su posesión era perfectamente factible. En cualquier caso, el ministro alegaría que un experto había probado la ilegalidad de la posesión de dos piezas arqueológicas y que era indiscutible que el padre de los demandantes habría reunido su colección entre los años treinta y los sesenta, en fechas, por consiguiente, posteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1909.

El Tribunal de Apelación de Milán desestimó el recurso del demandante, excepto en relación con las dos piezas que se descubrieron después de 1909, que fueron declaradas de propiedad pública.

El Tribunal de Casación anuló la decisión y remitió el caso al Tribunal de Apelación para un nuevo juicio. El Tribunal de Casación consideró que la legislación aplicable recogía un principio preexistente en el ámbito jurisprudencial en base al cual se asumía que los objetos del patrimonio arqueológico se consideran integrantes del imperio de la propiedad pública. En este sentido, siendo la propiedad privada de los demandantes la excepción y no la regla, en base al Código Civil, debían probar que su posesión de los bienes era legal, lo que implicaba probar que la adquisición de los bienes se realizó antes de la aprobación de la Ley de 20 de junio de 1909.

Al fallecer el padre de los demandantes, los hijos mostraron su interés en continuar con el procedimiento como herederos.

El Tribunal de Apelación de Milán declaró, por sentencia de 20 de diciembre de 2002, que las reliquias eran de propiedad pública y ordenó a los demandantes su devolución al Ministerio. Los demandantes recurrieron. El Tribunal de Casación desestimaría el recurso, al considerar que la interpretación de las normas que rigen la carga de la prueba en el caso de los demandantes no era desproporcionada ni irrazonable, especialmente a la luz de la conservación del patrimonio arqueológico, histórico y artístico. Es más, consideró que esta interpretación no constituye una expropiación de hecho sin indemnización, ya que no infringe el derecho de acceso a un tribunal o el derecho de defensa en un procedimiento en relación con los bienes en cuestión.

En respuesta a una consulta realizada por el TEDH el 15 de enero de 2014, los demandantes sostuvieron que el Tribunal de Casación no había ejecutado todavía su sentencia.

Agotada la vía interna, los demandantes acuden ante el TEDH invocando una violación del artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio, que garantiza el derecho de propiedad. Los demandantes discrepaban con respecto de la interpretación del Tribunal de Casación sobre el Derecho interno que regula la propiedad de los bienes arqueológicos. En concreto, consideran, en línea con lo que argumentaron los tribunales de primera y segunda instancia, que la carga de la prueba recae en el Estado. Los demandantes consideran que la interpretación del Tribunal de Casación supone una expropiación *de facto* de sus bienes sin indemnización.

El Tribunal Europeo subrayará que la sentencia dictada en casación todavía no ha sido ejecutada. Incluso asumiendo que se ha dado una interferencia en el derecho de los demandantes en el goce pacífico de sus posesiones, la demanda es en cualquier caso inadmisibles por las siguientes razones. El Tribunal reitera que, como cuestión de principio, en base al artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio, no va a revisar la interpretación o aplicación del Derecho interno realizada por las autoridades nacionales a menos que se haya aplicado de una manera «manifiestamente errónea o haya alcanzado conclusiones arbitrarias». El Tribunal también reitera que el primer y más importante requisito del artículo 1 del Protocolo núm. 1 es que cualquier interferencia por una autoridad pública en el goce pacífico de las posesiones debe ser legal. La segunda frase del mismo párrafo autoriza la privación de las posesiones sólo «en las condiciones previstas por la ley», y el segundo párrafo reconoce que los Estados tienen el derecho a controlar el uso de la propiedad dictando leyes, al indicar que «las disposiciones pre-

cedentes [primer párrafo] se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general...». Esto quiere decir que debe tener una base en una norma nacional y que dicha norma debe ser accesible, precisa y previsible en su aplicación. A continuación recordará que cualquier interferencia en el goce pacífico de las posesiones requerirá una ponderación adecuada entre los derechos individuales y el interés general. El TEDH considera que este caso debe decidirse a la luz de la primera frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Recordemos su dicción literal: «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes».

En este caso, la interferencia alegada en el derecho de los demandantes es el resultado de la interpretación del Tribunal de Casación de las normas que rigen la carga de la prueba. El TEDH recuerda que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación al establecer medidas de regulación del uso de la propiedad, así como en la determinación de si sus consecuencias están justificadas, teniendo en consideración el interés general, con la finalidad de alcanzar la finalidad de la ley en cuestión. El margen de apreciación es incluso mayor cuando se trata de posesiones de valor histórico y cultural o cuando, como en el presente caso, la finalidad es preservar el patrimonio arqueológico del país, considerado un valor esencial, cuya protección y promoción incumben a las autoridades públicas. A este respecto, el TEDH considera que los demandantes tuvieron la posibilidad de refutar la presunción de propiedad pública en cuestión probando que antes de 1909 ya poseían los bienes. A modo de ver del Tribunal, la inversión de la carga de la prueba en esta materia parece razonable dados los intereses públicos inherentes al reconocimiento de la propiedad pública de las reliquias arqueológicas, así como en relación a la consideración de la parte del procedimiento que se encontraba en mejor posición para probar la legalidad de la posesión, así como en la determinación de su origen, que en este caso, claro está, sería la de los demandantes. Finalmente, el Tribunal considera que el principio de presunción de propiedad pública del material arqueológico se asienta sobre la base de una consolidada jurisprudencia interna. En fin, el Tribunal considera que la interferencia en el goce pacífico de las posesiones de los demandantes fue proporcionada, por lo que se inadmitirá la demanda⁶.

⁶ Sobre este tema, véanse en nuestra doctrina los trabajos de Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, «El patrimonio arqueológico: aspectos sobre su régimen jurídico», *Patrimonio Cultural y Derecho*, 1, 1997, 121-130; y José TUDELA, «Las exigencias jurídicas del patrimonio arqueológico», en *El patrimonio arqueológico a debate: su valor cultural y económico. Actas de las jornadas celebradas en Huesca los días 7 y 8 de mayo de 2007* (coord. María Almudena DOMÍNGUEZ ARRANZ), Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 2009, 23-40.

V. LIBERTAD DE REUNIÓN: LA SANCIÓN POR PARTICIPAR EN UNA MANIFESTACIÓN PACÍFICA NO ATIENDE AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La lucha por el mantenimiento de unos servicios de salud de calidad parece que también está muy presente en otros países de nuestro entorno. En la sentencia recaída en el caso *Yılmaz Yildız y otros c. Turquía*, de 14 de octubre de 2014, los demandantes son miembros muy significados del Sindicato turco de los trabajadores del sector de lo social y la salud. Participaron en concentraciones ante dos hospitales locales en las que leyeron un comunicado en el que criticaban la transferencia de los hospitales, gestionados por la Institución de la Seguridad Social, al Ministerio de Salud. La policía no impidió ni interfirió en ninguna de las dos concentraciones, pero les avisó que eran ilegales y ordenó su dispersión. Se inició un proceso judicial contra los demandantes, del que resultarían condenados al pago de una multa de unos 62 euros cada uno. Sus condenas se mantuvieron en apelación.

El TEDH comienza su argumentación indicando que la persecución de los demandantes por llamar la atención en torno a la transferencia de hospitales al Ministerio de Salud, un tema sin duda de interés en el momento en el que se producen los hechos, podría desalentar a los convocantes en la participación de más reuniones de ese tipo en el futuro. Constituye, por tanto, una interferencia en el derecho de reunión pacífica. El Tribunal reitera que cualquier manifestación en la vía pública inevitablemente causa alteraciones en la vida ordinaria. Las autoridades deben mostrar cierto grado de tolerancia hacia las concentraciones pacíficas. En caso contrario, la libertad de asamblea que garantiza el artículo 11 quedaría privada de contenido. Además, una manifestación pacífica, en principio, no debe ser objeto de una sanción penal. El TEDH observa que en este caso los demandantes fueron condenados simplemente por participar en una manifestación pública, sin que los tribunales internos hayan realizado ponderación alguna de la proporcionalidad de tal interferencia en su libertad de asamblea. Las razones dadas por los tribunales internos no fueron ni relevantes ni suficientes. Aparte de lograr el reconocimiento de que su derecho a la libertad de asamblea pacífica ha sido violado por Turquía, el TEDH reconoció a cada uno de los demandantes una indemnización de 1.500 euros, por daños no pecuniarios, y los 62 euros de sanción que se les impusieron, como daño pecuniario. Ante esta solución, uno puede preguntarse: ¿es correcto que haya una regulación? ¿Y si hay que defender a los que recurren? Pienso que en este tema debe

imperar un criterio más ponderado, ajustado a las finalidades de las exigencias en el uso de la calle por todos. Al respecto, me remito al trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO «Derechos fundamentales y vía pública», de próxima publicación en la *Revista Andaluza de Administración Pública*.

VI. DERECHO DE SINDICACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Uno de los derechos básicos de nuestra sociedad democrática actual es, sin lugar a dudas, la libertad de asociación. Se trata de un derecho que permite vivir en una *comunidad* cuyos valores, principios y retos pueden encajar con los que uno quiere. Es, por ello, un derecho con el que se pretende, mediante la unión de esfuerzos, alcanzar determinados objetivos que, en muchas ocasiones, tendrán que ver con la protección de otros derechos fundamentales. Será, en ocasiones, especialmente significativo el ejercicio de este derecho en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de tratar el tema del derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas. En concreto, el derecho a sindicarse en Francia. Me refiero a las sentencias recaídas en los casos *Matelly c. Francia* y *Adefdromil c. Francia*, ambas de 2 de octubre de 2014. A continuación glosaré los hechos acontecidos en ambos casos y la argumentación que el TEDH habrá empleado para concluir que, efectivamente, los miembros de las Fuerzas Armadas también deben disfrutar de este derecho.

En el asunto *Matelly*, el demandante es un oficial de Gendarmería. En marzo de 2008 creó una asociación cuyos Estatutos señalan que su finalidad es «la defensa de la situación material y moral de los gendarmes». El director general de la Gendarmería Nacional fue informado de la creación de esta asociación. En mayo de 2008, este último dio la orden de abandonar la asociación sin dilación. Consideró que la asociación presentaba las características de agrupación profesional de carácter sindical, destinada a participar en «la defensa de la situación material y moral de los gendarmes». El demandante, habiendo recibido la orden en cuestión, comunicó que la asociación estaba dispuesta a modificar en sus Estatutos las menciones ambiguas en relación con sus obligaciones militares. Abandonó la asociación algunos días más tarde. Todos los recursos que presentó fueron rechazados.

En el asunto *Adefdromil*, la demandante es una asociación creada en 2001 por dos militares. Tiene como objeto, según sus Estatutos, «el

estudio y la defensa de los derechos, los intereses materiales, profesionales y morales, colectivos o individuales, de los militares». Si bien en el momento de su creación no hubo reacción por parte de las instituciones del Estado, un año más tarde, en 2002, el director de Gabinete del Ministerio de Defensa informó a los militares en actividades de servicio que, bajo pena de medidas disciplinarias, no se podían adherir a la asociación y debían abandonarla si ya eran miembros. La demandante perdió así algunos de sus responsables. Acudió ante el Consejo de Estado impugnando los decretos del Ministerio de Defensa, al considerar que violaban el estatuto general de los militares y el principio de igualdad. El Consejo de Estado apuntó que la demandante no estaba legitimada para solicitar la anulación de dichos textos en la medida en que contravenían las prescripciones que impedían a los militares adherirse a agrupaciones que tuvieran por objeto la defensa de sus intereses profesionales.

El TEDH observa que las medidas contestadas deben contemplarse como injerencias en los derechos a fundar y afiliarse a sindicatos. Están previstas en el Código de Defensa y tienen como finalidad el mantenimiento del orden y la disciplina necesarios de las Fuerzas Armadas, de las que la Gendarmería forma parte igualmente. Las disposiciones del Código de Defensa concernidas prohíben, pura y simplemente, la adhesión de los militares a toda agrupación de naturaleza sindical. Están prohibidas las organizaciones de naturaleza sindical formadas por miembros de las Fuerzas Armadas, así como procedimientos especiales para velar por la defensa de sus intereses. Por consiguiente, está prohibida la fundación de sindicatos militares, así como la afiliación a los mismos.

La especificidad de las misiones que incumben a las Fuerzas Armadas exige una adaptación a la actividad sindical que, por su objeto, puede revelar la existencia de puntos de vista críticos sobre ciertas decisiones que afectan a la situación moral y material de los militares. A este respecto, las restricciones pueden afectar a los modos de expresión de las asociaciones y de los militares que se adhieren a las mismas. Sin embargo, tales restricciones no deben privar a los militares y sus sindicatos del derecho general de asociación para la defensa de sus intereses profesionales y morales.

Al no considerar la actitud del demandante ni considerar su deseo de cumplir con sus obligaciones, y al prohibir como cuestión de principio a la asociación demandante acceder a la justicia en base a su naturaleza sindical y su objeto social, sin determinar concretamente las restricciones que imponen las misiones específicas de la institución militar, las autoridades internas han atentado contra la esencia misma

del derecho de asociación. No han cumplido su obligación de realizar una ponderación adecuada de los intereses concurrentes. Si la libertad de asociación de los militares puede ser objeto de restricciones legítimas, estas interdicciones puras y simples han afectado a la esencia misma de esta libertad, comportando, por tanto, una interferencia prohibida por el Convenio. Desde otro punto de vista, puede decirse que esta solución no encajaría con la última frase del artículo 11.2 CEDH, al indicar: «El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado». En cualquier caso, concluye, por unanimidad, que ha habido una violación del artículo 11 CEDH.

VII. DERECHO A LA INSTRUCCIÓN

1. *Respeto a las convicciones religiosas de los padres*

En la sentencia recaída en el caso *Mansur Yalçın c. Turquía*, de 16 de septiembre de 2014, los demandantes son los padres de un niño en edad de escolarización obligatoria. Pertenecen a la comunidad religiosa aleví. Acuden a Estrasburgo alegando que el carácter obligatorio de las clases de ética y religión en la educación primaria supone una violación del derecho al respeto de sus creencias religiosas.

El TEDH comienza su argumentación subrayando que tras la publicación de su sentencia *Hasan y Eylem Zengin*, de 9 de octubre de 2007, Turquía ha introducido cambios en el currículo escolar, haciendo referencia a otras confesiones, aparte de la suní, como es la fe aleví. Sin embargo, los aspectos principales del currículo no han cambiado y sigue enfocándose en el conocimiento del Islam tal y como se practica e interpreta por la mayoría de la población turca. El TEDH señala que a priori no atenta contra el pluralismo ni la objetividad el hecho de que en el colegio se explique la religión según la fe que profesa la mayoría de la población. Sin embargo, *comparando los dogmas de la visión suní con los de la aleví, los demandantes pueden considerar legítimamente que se puede producir en los niños un conflicto entre los valores que se enseñan en el colegio con los suyos propios*, con lo que el TEDH concluirá que ha habido una violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1. En este caso, por consiguiente, se da una clara contradicción entre los dogmas de una religión que se enseñan en la escuela con respecto de los que profesan los padres, con lo que se considera que ha habido una injerencia excesiva en el derecho de los padres a educar

a sus hijos conforme a sus convicciones, por lo que se optará por condenar a Turquía⁷.

2. *Derecho a la educación de los reclusos en situación de prisión preventiva*

En la sentencia recaída en el caso *Velyo Velev c. Bulgaria*, de 27 de mayo de 2014, el demandante, en situación de prisión preventiva, pidió ser inscrito en la escuela de la prisión. Ni las autoridades penitenciarias ni el Tribunal Supremo atendieron su solicitud. Las autoridades penitenciarias consideraban inapropiado que el demandante acudiera a clase con presos condenados, pues si resultaba condenado sería reincidente y no se observaba que ello fuera positivo para los presos no reincidentes. El Tribunal Supremo esgrimió que esta posibilidad sólo se contempla para los presos condenados.

El TEDH recalca que los presos conservan los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, excepto el derecho a la libertad. El demandante tenía, por consiguiente, su derecho a la educación inalterado, en base al artículo 2 del Protocolo núm. 1. Bulgaria tenía la obligación de facilitarle el acceso a las instalaciones educativas del centro penitenciario. El Gobierno tenía la carga de mostrar que la exclusión del demandante era previsible, perseguía una finalidad legítima y era proporcional a tal fin.

El TEDH duda que la exclusión del demandante de la escuela de la prisión fuera una medida previsible, habida cuenta de que la ley establece que los presos condenados tienen derecho a ser incluidos en los programas educativos y que las previsiones aplicables a los presos condenados son igualmente aplicables a los reclusos en situación de prisión preventiva. La falta de claridad en el marco normativo se reflejaba en la disparidad de opiniones entre las autoridades penitenciarias y judiciales para justificar la restricción del derecho del demandante. Se argumentaría que no sería apropiado que un preso preventivo asistiera a las mismas clases que un preso condenado. El demandante no

⁷ Para conocer la evolución de la jurisprudencia de Estrasburgo en relación con el papel de los padres en la educación escolar de sus hijos, me remito al libro de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, 164 págs. Sobre la evolución de la jurisprudencia en materia de libertad religiosa, me remito al libro del mismo autor, *Estudios sobre libertad religiosa*, Reus, Madrid, 2011, 288 págs. También me remito al reciente trabajo de Marcos GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Mormones, testigos de Jehová, budistas y ortodoxos en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 37, 2015, 51 págs.

presentó objeción alguna a asistir a las mismas clases que los presos condenados. No se probó que el demandante pudiera sufrir algún daño al respecto. Por otro lado, también se dijo que si el demandante finalmente resultaba condenado sería reincidente y, en este sentido, las autoridades penitenciarias subrayaron que, en garantía de los intereses de los no reincidentes, no sería adecuado que éstos fueran a clase con aquél. A este respecto, el TEDH subrayará que este criterio supone una violación del principio de presunción de inocencia, pues el demandante todavía no había sido juzgado. En base a estas consideraciones y teniendo en cuenta el interés del demandante de culminar sus estudios de educación secundaria, el Tribunal concluye que la denegación de la solicitud del demandante de asistencia a la escuela de la prisión no ha sido suficientemente previsible ni perseguía un fin legítimo, por lo que se acepta el recurso.

VIII. EL PROBLEMA HUMANITARIO DE LA INMIGRACIÓN EN LA FRONTERA SUR DE EUROPA

A continuación se glosan una serie de sentencias recientes que muestran el problema humanitario que se da en el sur de Europa como consecuencia de la creciente e imparable presión migratoria debido a la gran tensión e inestabilidad que azotan a países como Iraq, Siria y Afganistán, entre otros, a lo que hay que añadir la endémica situación de penuria económica y violación sistemática de los derechos humanos en numerosos países africanos. Algunos Estados de la Unión Europea, como es el caso de Italia, muestran síntomas de desbordamiento de su capacidad de acogida, como se puede entender de la lectura de los hechos y la argumentación del TEDH en los casos *Sharifi y otros c. Grecia e Italia*, de 21 de octubre de 2014, y *Tarakhel c. Suiza*, de 4 de noviembre de 2014. Comenzaré con la glosa a la primera de las sentencias citadas.

1. *Interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros: la problemática del rechazo inmediato e indiscriminado en frontera*

Uno de los problemas más acuciantes que actualmente afecta a la Unión Europea es el de la llegada masiva de extranjeros a la frontera sur —ya sea por España, a través de las ciudades de Ceuta y Melilla, o por Italia o Grecia—, huyendo de sus países de origen en búsqueda de unas condiciones de vida dignas. Se trata de un problema que, en verdad, está

desbordando a los países afectados, pues resulta claramente difícil poder gestionar una situación de tal magnitud, por lo que quizá habría que reforzar, con mayor empeño, desde las instituciones comunitarias, los medios personales y económicos con la finalidad de poder atender esta cuestión y poder así ofrecer todas las garantías que contempla el ordenamiento jurídico y dar una respuesta adecuada a las diversas situaciones que se dan en las fronteras. Los problemas que observamos diariamente en Ceuta y Melilla, como veremos a continuación, se dan de igual manera en Italia y Grecia. Valgan estas notas para introducir la sentencia recaída en el caso *Sharifi y otros c. Grecia e Italia*, de 21 de octubre de 2014.

Los cuatro demandantes afirman haber llegado, en diferentes fechas, a territorio griego procedentes de Afganistán. Después de embarcar clandestinamente en embarcaciones con rumbo a Italia, llegaron entre enero de 2008 y febrero de 2009 al puerto de Ancona, donde la policía de fronteras les interceptó y les devolvió inmediatamente. Según los demandantes, esta práctica del rechazo inmediato en frontera se lleva practicando por las autoridades italianas desde hace tiempo. Ni Italia ni Grecia les han permitido solicitar asilo.

En relación con Grecia, se quejan de las dificultades que se les ponen para la tramitación de la solicitud de asilo. En cuanto a Italia, los demandantes no han tenido la posibilidad de contactar con ningún abogado o intérprete. Tampoco han recibido documento alguno «oficial, escrito y traducido» relativo a la devolución. Alegan que la policía de fronteras italiana les ha conducido directamente a las embarcaciones para su devolución. Los demandantes alegan una violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros.

El TEDH comenzará su argumentación recogiendo que el Gobierno italiano ha hecho saber que no le consta ninguna solicitud de asilo o de alguna forma de protección internacional por parte de los demandantes. En ausencia de informaciones esenciales en una lengua comprensible en relación con la identificación en el puerto de Ancona, se privó a los inmigrantes interceptados de toda posibilidad de solicitar asilo en Italia. En los archivos de los servicios de inmigración italianos sólo aparece el nombre de uno de los demandantes, pero no se constata su relación con este expediente.

En cualquier caso, el TEDH observa que no consta en el expediente ninguna solicitud de readmisión por parte del Gobierno italiano al griego en aplicación del artículo 5 del Acuerdo bilateral de readmisión entre Italia y Grecia de 1999. Ello hace confirmar las sospechas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de que las de-

voluciones que se realizan desde los puertos italianos del mar Adriático no siguen procedimiento alguno. En el mismo sentido, el TEDH dice que no hay que ignorar la inquietud mostrada por el comisario de Derechos del Hombre del Consejo de Europa en relación con lo que califica de «rechazos automáticos» de Italia a Grecia. El TEDH constata, por tanto, que estos rechazos automáticos de inmigrantes, sin garantías para los interesados, se consideran expulsiones colectivas e indiscriminadas, por lo que ha habido una violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4.

2. *La devolución de una familia afgana solicitante de asilo de Suiza a Italia, en base al Reglamento «Dublín II», sin garantías efectivas de recibir un cuidado adecuado, supondría una violación del Convenio*

Hace unos años causaba extrañeza que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolviera algún caso dictaminando que un Estado integrante del Consejo de Europa violaría el Convenio si accediera a la petición de devolución de otro Estado, por el cumplimiento de una pena, por ejemplo. Ello en base a que el Estado peticionario no ofreciera garantías suficientes de respeto de los derechos humanos del solicitante de la medida cautelar de no devolución. Esto ocurría excepcionalmente con Estados no integrantes de la Unión Europea, club en el que se presume que los Estados han superado el parámetro del respeto de los derechos humanos. Ahora, sin embargo, también ocurre entre los Estados que pertenecen a esta entidad supranacional. Este fenómeno se está produciendo en relación con la entrada masiva de inmigrantes por la frontera sur europea, con el consiguiente colapso en Italia y Grecia. Una primera sentencia emblemática en este sentido fue la *sentencia de la Gran Sala* recaída en el caso **M. S. S. c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011**, en la que el TEDH condena a Bélgica por la devolución, en base al Reglamento Dublín II, de un ciudadano afgano solicitante de asilo a Grecia, bien que se conocían las deficiencias que se daban en este país en el procedimiento de asilo, así como la carencia de medios para atender a estas personas, y a Grecia por los malos tratos y la atención prestada a su llegada al país⁸. En esta Crónica daré no-

⁸ Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. Sobre este Reglamento y su interpretación, véanse los trabajos de Silvia MORGAGES GIL, «El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 41, 2012, 183-204; Julia MAGAZ URQUIDI, «Derecho de recurso contra la de-

ticia de un nuevo supuesto de hecho en torno a este tema. Me refiero a la *sentencia de la Gran Sala* recaída en el caso **Tarakhel c. Suiza**, de 4 de noviembre de 2014. En esta ocasión, el TEDH dirá que Suiza debe acogerse a las excepciones humanitarias contempladas en el Reglamento Dublín II y no devolver a Italia a los demandantes, solicitantes de asilo, debido a que en Italia no se garantiza una atención adecuada a sus necesidades. Veamos con más detenimiento los hechos y la argumentación del TEDH.

D. Golajan Tarakhel, su mujer —D.^a Maryam Habibi— y sus seis hijos viven en Lausanne. El Sr. Tarakhel llegó a Pakistán tras abandonar su país, Afganistán, donde conoció a la Sra. Habibi y se casó con ella. Los demandantes abandonarían Pakistán y se trasladaron a Irán, después a Turquía, hasta llegar a la costa de Calabria en barco. Una vez en Italia, las autoridades italianas iniciaron inmediatamente el procedimiento de identificación EURODAC, que consiste en la toma de fotografías y de las huellas dactilares. Los demandantes dieron una identificación falsa. Ese mismo día se ubicó a los demandantes en un centro de recepción y diez días después se les trasladó al Centro de Solicitantes de Asilo de Bari, una vez que se conoció su verdadera identidad.

Los demandantes abandonaron el Centro sin permiso y se trasladaron a Austria, donde serían registrados nuevamente en el sistema EURODAC. Presentaron una solicitud de asilo, que sería rechazada. Austria, en base al Reglamento Dublín II, pidió a Italia hacerse cargo de los demandantes, petición que sería aceptada. Los demandantes después viajarían a Suiza y realizaron una nueva petición de asilo. Las autoridades suizas igualmente pedirían a Italia hacerse cargo de los demandantes, solicitud que sería aceptada tácitamente.

La Oficina de Inmigración suiza no tramitó la solicitud de asilo de los demandantes, ya que en base al Reglamento Dublín II, que vincula a Suiza en base al acuerdo de asociación con la Unión Europea, Italia era el Estado responsable de examinar la solicitud. Las autoridades suizas, por ello, dieron una orden de expulsión de los demandantes a Italia. Los demandantes impugnaron ante el Tribunal Federal Administrativo, que inadmitió el recurso. Los demandantes solicitarían a la Oficina de Inmigración la reapertura del expediente con la finalidad de que se les concediera asilo en Suiza. La solicitud fue remitida al Tribunal

cisión de un Estado miembro de no examinar una solicitud de asilo y de trasladar al solicitante al Estado miembro responsable», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 48, 2014, 639-654. Me remito también a la nota que hice a esta sentencia **M. S. S. c. Bélgica y Grecia**, de 21 de enero de 2011, en «Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 27, 2011, 5-10.

Federal Administrativo y sería rechazada, al considerar que los demandantes no habían planteado nuevos argumentos.

Los demandantes acuden ante el TEDH solicitando una medida cautelar de no ejecución de la orden de devolución a Italia. El TEDH ordenó al Gobierno suizo no deportar a los demandantes hasta no dictar sentencia.

En base al artículo 3 CEDH, los demandantes alegan que si son deportados a Italia, «en ausencia de garantías individuales en relación con su custodia», serían sometidos a tratos degradantes debido a las «deficiencias sistémicas» en el dispositivo de acogida de los solicitantes de asilo. En base al artículo 8 CEDH, argumentan que su vuelta a Italia, donde no tienen vínculos y no hablan la lengua, supondría una violación del derecho al respeto de su vida familiar. También alegan una violación del artículo 13 CEDH tomado en consideración con el artículo 3 CEDH, considerando que las autoridades suizas no han tenido en cuenta de una manera suficiente sus circunstancias personales y familiares.

Se trata de un caso conocido por la Gran Sala, al igual que el precedente *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, debido a su trascendencia, por tratar una cuestión humanitaria de primer orden, así como por implicar, de alguna manera, una decisión en torno a una norma emanada de la Unión Europea. Se permitió la participación como terceras partes intervinientes a los Gobiernos italiano, danés, sueco, noruego y británico, así como las organizaciones *Defence for Children*, *Centre for Advice on Individual Rights*, el Consejo Europeo para los Refugiados y Exiliados y Amnistía Internacional.

En relación con el artículo 3, el TEDH subraya que se tendrá que tomar en consideración la situación general del dispositivo de acogida en Italia de los solicitantes de asilo y si se dan razones creíbles para considerar que si los demandantes vuelven a Italia sufrirán malos tratos, contrarios al artículo 3. El Tribunal estima seguir un criterio similar al adoptado en la sentencia *M. S. S. c. Bélgica e Italia*, en la que examinó la situación individual del demandante a la luz de la situación general existente en el momento en el que se produjeron los hechos.

Sobre la situación general del sistema de acogida de los solicitantes de asilo en Italia

En la *Decisión Mohammed Hussein y otros c. Holanda e Italia*, de 2 de abril de 2013, el Tribunal subrayó que las recomendaciones del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el in-

forme del comisario de los Derechos del Hombre publicados en 2012 pusieron énfasis en toda una serie de deficiencias relativas a la lentitud de los procedimientos de identificación, a la limitada capacidad de las estructuras de acogimiento y a las condiciones de vida en los locales disponibles.

Sobre la capacidad de alojamiento de las instalaciones de recepción de los solicitantes de asilo

El Tribunal constata una desproporción flagrante entre el número de solicitudes de asilo presentadas en los seis primeros meses de 2013 (14.184 solicitudes) y el número de plazas disponibles en los locales de recepción del servicio de acogida de refugiados del país (9.630 plazas).

Sobre las condiciones de vida en las instalaciones disponibles

A pesar de observarse una degradación en las condiciones de recepción, así como una sobrepoblación en los centros de acogida para solicitantes de asilo, el alto comisionado no observa situaciones generalizadas de violencia o insalubridad y saluda los esfuerzos realizados por las autoridades italianas con la finalidad de mejorar la calidad de acogida de los solicitantes de asilo. Por su parte, el comisario de Derechos del Hombre, en su informe de 2012, subraya la existencia de problemas en «ciertos centros de acogida». El Gobierno italiano, por su parte, recalcó que los episodios de violencia en el centro de acogida de los demandantes de asilo se empezaron a dar poco antes de su llegada y negó que las familias demandantes de asilo fueran sistemáticamente separadas. Únicamente, en algunos casos, en el momento de la identificación durante un breve espacio de tiempo.

Así, la situación de Italia no se podía comparar a la de Grecia en el momento en el que se produjeron los hechos acontecidos en el caso **M. S. S.**, en el que el Tribunal constató en concreto que los centros de acogida disponían de menos de 1.000 plazas, frente a las decenas de miles de solicitantes de asilo, y que las condiciones de indigencia eran muy significativas.

Si bien la estructura y la situación general del dispositivo de acogida en Italia no constituían en sí mismas un obstáculo a un reenvío de los demandantes a este país, los datos e informaciones expuestos ponen en duda su capacidad de acogida. Por ello, no deja de tener cierto fundamento la hipótesis de un número significativo de solicitantes de asi-

lo privados de alojamiento o alojados en instalaciones que exceden su capacidad de acogida, en las que se dan condiciones de insalubridad y violencia.

Sobre la situación individual de los demandantes

En el presente asunto, teniendo en cuenta la situación actual del sistema de acogida en Italia, la hipótesis de que un número significativo de solicitantes de asilo que son reenviados a este país son privados de alojamiento o son alojados en centros sobrepoblados, en condiciones de hacinamiento, insalubridad o violencia, no es irrelevante. Las autoridades suizas deben asegurar con sus homólogas italianas que al llegar a Italia, la familia será acogida en un centro de recepción adaptado a la edad de los hijos del matrimonio y que la unidad del núcleo familiar será preservada.

Al respecto, el Gobierno italiano subrayó que las familias con niños son consideradas como una categoría especialmente vulnerable y se les garantizan alojamiento, alimentos, asistencia sanitaria, cursos de italiano, orientación ofrecida por los servicios sociales, asesoramiento jurídico, cursos de formación, así como una ayuda para buscar un alojamiento autónomo. El TEDH observó estas alegaciones como consideraciones generales, sin que tuvieran un reflejo concreto en la situación individual de los demandantes. Es cierto, dice el TEDH, que las autoridades suizas le confirmaron que las autoridades italianas les habían comunicado que en caso de devolución se garantizaba que los demandantes serían alojados en uno de los centros financiados por el Fondo Europeo para los Refugiados. Sin embargo, en ausencia de una información detallada y fiable en cuanto a la estructura precisa del lugar de destino, las condiciones materiales de alojamiento y la protección de la unidad familiar, las autoridades suizas no disponen de elementos suficientes que les garanticen que, cuando se les devuelva a Italia, los demandantes serán tomados en cuenta de un manera adaptada a la edad de los niños.

Por todo ello, el TEDH concluye que Suiza violaría el artículo 3 del Convenio si expulsa a la familia demandante sin que las autoridades italianas ofrezcan una garantía individual sobre una custodia adecuada de los demandantes para atender las necesidades de sus hijos, así como la garantía del mantenimiento de la unidad familiar⁹.

⁹ La decisión se adoptó por catorce votos contra tres. Me remito a la lectura de la sentencia para averiguar el contenido de las opiniones divergentes.

En este caso, a diferencia del asunto **M. S. S.**, no se ha dado una situación de malos tratos en el primer país de acogida. Sin embargo, la especial vulnerabilidad de la familia, sobre todo desde la perspectiva de la protección de los menores, y la exigencia de garantías concretas a las autoridades italianas que aseguren que los centros de acogida son aptos para las necesidades especiales de los menores, son elementos suficientes para considerar que Suiza debe encargarse de la acogida de la familia. No se observa con claridad que Italia pueda ofrecer una atención adecuada, sobre todo desde la óptica de la protección del bienestar de los menores.