

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

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

I. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL NÚM. 12 CEDH, EN RELACIÓN CON EL DERECHO A SER ELEGIDO EN ELECCIONES LIBRES.—II. EL CRUCIFIJO EN LAS AULAS ES INCOMPATIBLE CON EL DERECHO DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS DE CONFORMIDAD CON SUS CONVICCIONES Y CON EL DERECHO DE LOS NIÑOS A LA LIBERTAD RELIGIOSA: LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL CASO *LAUTSI C. ITALIA*, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2009.—III. EL CONTROL DE LOS DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS PERIODISTAS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.—IV. MATRIMONIO GITANO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD: LA SENTENCIA *MUÑOZ DÍAZ C. ESPAÑA*, DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009.—V. EXTRANJERÍA E IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS.—VI. LIBERTAD DE REUNIÓN.

I. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL NÚM. 12 CEDH, EN RELACIÓN CON EL DERECHO A SER ELEGIDO EN ELECCIONES LIBRES

La sentencia recaída en el caso *Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, de 22 de diciembre de 2009, presenta un caso grave de discriminación por razón de origen étnico y religioso que no debiera persistir todavía en la vieja Europa. Se trata de un caso referido a uno de los países que han surgido de la antigua Yugoslavia. Parece que las distinciones que originaron la Guerra de los Balcanes todavía no han quedado eliminadas. Afortunadamente, al pertenecer este país al Consejo de Europa, se espera que tales discriminaciones, como la que se presenta en este caso, puedan ser definitivamente eliminadas gracias a la importante labor de depuración de los ordenamientos jurídicos internos que, en casos muy cualificados, puede realizar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Hechos

La Constitución de Bosnia-Herzegovina realiza en su Preámbulo una distinción entre dos categorías de ciudadanos: los denominados «ciudadanos

* obouazza@der.ucm.es. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «La incidencia de la nueva ordenación europea de los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos nacionales y la actuación de las Administraciones Públicas en su protección y desarrollo» (DER2008-06077/JUR1), que dirige el Prof. Dr. D. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

constituyentes», que serían los bosnios, croatas y serbios; y «otros», en los que incluyen, judíos, gitanos y otras minorías nacionales, así como aquellos que no declaran su origen étnico. La Casa de los Ciudadanos de la Asamblea Parlamentaria (la segunda cámara) y la Presidencia están compuestas únicamente por ciudadanos de la primera categoría.

Los Sres. Sejdic y Jakob Finci (los demandantes) son ciudadanos de Bosnia-Herzegovina. El primero de ellos es gitano; el segundo, judío. Son personajes públicos destacados en el país balcánico. Ambos solicitarían a la Junta Electoral Central su participación en las elecciones a la Presidencia y a la Casa de los Ciudadanos de la Asamblea Parlamentaria. La Junta Electoral Central resolvió la petición de los demandantes indicando que, de conformidad con la Constitución del país, no eran elegibles, pues pertenecían a la segunda categoría de ciudadanos.

Agotada la vía interna sin éxito, los demandantes acudieron ante el Tribunal de Estrasburgo alegando una violación de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH); del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH); de la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH); del derecho a elecciones libres (art. 3 del Protocolo núm. 1) y de la prohibición general de discriminación (art. 1 del Protocolo 12). La Sala del Tribunal que debía decidir, habida cuenta de la importancia del tema a dilucidar, se inhibió a favor de la Gran Sala del Tribunal, de conformidad con el artículo 30 CEDH.

Argumentación del TEDH

En relación con la prohibición de la elegibilidad de los demandantes a la Casa de los Ciudadanos de la Asamblea Parlamentaria, el Tribunal argumentará que se dará una discriminación cuando se trate a las personas de manera diferente en situaciones similares, sin una justificación objetiva y razonable. Cuando la diferencia de trato se basa en la raza o la etnia, el concepto de justificación objetiva y razonable debe ser interpretado lo más estrictamente posible. El Tribunal ya ha tenido ocasión de sostener en su jurisprudencia que una sociedad democrática construida sobre los principios del pluralismo y el respeto de las diferentes culturas, no puede justificar una diferencia de trato basada en el origen étnico de una persona.

En el caso que nos ocupa, para ser elegible a la Casa de los Ciudadanos de Bosnia-Herzegovina, debe declararse la pertenencia a uno de los tipos de ciudadanos constituyentes del país, declaración que los demandante no quisieron realizar por su pertenencia a la etnia gitana, en el primer caso; y al origen judío, en el segundo. La norma que limita los derechos electorales de los demandantes se fundamenta en un sistema de poder compartido que se creó tras el alto el fuego, con la finalidad de garantizar la paz y la estabilidad del país. Tanto la Casa de los Ciudadanos como la Presidencia son órganos en los que tienen representación los tres colectivos por partes iguales, reservándose cada una de las comunidades un derecho de veto. Este sistema im-

pide la adopción de decisiones en contra de la voluntad de los representantes de los bosnios, croatas y serbios.

El Tribunal reconoce que este sistema, establecido en un momento en el que un frágil alto el fuego fue aceptado por todas las partes para solucionar un conflicto inter-étnico que afectó al país, perseguía el fin legítimo de restablecimiento de la paz. Subrayó, no obstante, que la situación en el país había mejorado considerablemente desde el Acuerdo de Paz de Dayton y la adopción de la Constitución. El Tribunal, no obstante, apuntará que, tal y como indicó la Comisión de Venecia, en su Opinión de 11 de marzo de 2005, hay mecanismos de poder compartido que no implican una total exclusión de los representantes de las comunidades que no pertenecen a los «ciudadanos constituyentes». Además, recuerda el Tribunal, cuando Bosnia-Herzegovina se integró en el Consejo de Europa en 2002, se comprometió a revisar la legislación electoral en un año y ratificó el Convenio y los Protocolos sin reservas. Al ratificar el Acuerdo de Estabilización y Asociación con la Unión Europea en 2008, igualmente se comprometió a reformar la legislación electoral en relación con la elegibilidad a la Casa de los Ciudadanos y a la Presidencia, para garantizar el respeto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los compromisos a acometer tras la adhesión en un plazo de entre uno y dos años.

En consecuencia, el Tribunal concluye por 14 votos contra 3 que la ineligibilidad de los demandantes sin justificación objetiva y razonable, como consecuencia de no haber realizado las reformas comprometidas, ha supuesto una violación del artículo 14 en relación con el 3 del Protocolo 1 CEDH.

* * *

En relación con la elegibilidad a la Presidencia de Bosnia-Herzegovina, los demandantes alegaron únicamente el precepto en el que se reconoce la cláusula general de prohibición de discriminación recogida en el artículo 1 del Protocolo núm. 12. Esta cláusula se diferencia de la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 CEDH en que esta última exige su vinculación con alguno de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en el Convenio. Los demandantes argumentaron que las previsiones constitucionales les seguían impidiendo su elegibilidad a la Presidencia de Bosnia-Herzegovina.

El Tribunal considerará que, en base a las mismas razones aportadas para adoptar la decisión en relación con la ineligibilidad de los demandantes para la Casa de los Ciudadanos, se ha violado la cláusula general de discriminación. El Tribunal considerará innecesario analizar el caso en relación con la elegibilidad a la Presidencia de conformidad con el artículo 3 del Protocolo 1 entendido aisladamente o de forma conjunta con el artículo 1 del Protocolo núm. 12¹.

* * *

¹ El juez Mijović planteó una opinión parcialmente concurrente, a la que se unió el juez Hajiyev. El juez Bonello expresó una opinión disidente. Me remito a la lectura de la sentencia para averiguar su contenido.

Desde una perspectiva general diré que esta sentencia constituye uno de los casos más relevantes de los que ha tenido ocasión de conocer el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los últimos tiempos. En efecto, se trata de una decisión en la que el Tribunal recuerda a un Estado contratante que ha incumplido sus compromisos de integración en el Consejo de Europa. Y, como consecuencia, obliga al Estado a modificar su Constitución, operación que ya debió realizar precisamente por los compromisos internacionales que había adquirido. La gravedad del caso y la magnitud de las consecuencias justificarán la aplicación de la controvertida cláusula general de discriminación. Se trata, sin duda, de una herramienta incorporada al Convenio que deberá reservarse para los grandes casos en los que se produzcan situaciones radicales de discriminación inadmisibles en el ámbito regional europeo, como sucede en el presente caso².

II. EL CRUCIFIJO EN LAS AULAS ES INCOMPATIBLE CON EL DERECHO DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS DE CONFORMIDAD CON SUS CONVICCIONES Y CON EL DERECHO DE LOS NIÑOS A LA LIBERTAD RELIGIOSA: LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL CASO *LAUTSI C. ITALIA*, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2009

Una de las sentencias que ha ocasionado más controversia en los últimos meses es la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lautsi c. Italia*, de 3 de noviembre de 2009. Se trata de una decisión en la que el Tribunal aborda de nuevo la cuestión religiosa dando la razón a la madre de unos menores que se negaba a que en el aula donde sus hijos recibían las lecciones hubiera crucifijos. Recordemos que en Italia ninguna religión es oficial, lo cual no impide que el Estado tenga buenas relaciones con confesiones religiosas como, por ejemplo, con la Iglesia Católica. Como en España, Italia presenta una enorme influencia por esta confesión con lo que no es extraño observar en la vida diaria simbología religiosa, lo cual, en la sociedad actual, no parece muy adecuado, desde la perspectiva de neutralidad que debe ofrecer el Estado, cuando tales símbolos están presentes en la Administración Pública como, por ejemplo, en el ámbito de la enseñanza. Veamos, en concreto, los hechos acontecidos y la resolución del Tribunal.

² En relación con la cláusula general de no discriminación, se han publicado interesantes trabajos en el seno de la doctrina británica. Me remito, por ejemplo, al trabajo de Robert WINTEMUTE, «Within the ambit»: how big is the “gap” in article 14 european convention on human rights?, publicado en dos partes en los núms. 4 y 5 de la *European Human Rights Law Review*, 2004. Véanse también Karon MONAGHAN, «Constitutionalizing equality: new horizons», *European Human Rights Law Review*, 1, 2008, 20-43, y Urfan KHALIQ, «Protocol 12 to the european convention on human rights: a step forward or a step too far?», *Public Law*, aut., 2001, 457-464.

Hechos

La demandante, la Sra. Soile Lautsi, matriculó a sus hijos, Dataico y Sami Albertin, de 11 y 13 años, respectivamente, en el colegio público *Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre* para el curso 2001-2002. Todas las aulas tenían un crucifijo en la pared, incluyendo las aulas en las que sus hijos recibían las lecciones. Consideró que ello era contrario al principio de laicidad en base al cual quería que sus hijos se formaran. Informó al colegio de su posición alegando una sentencia del Tribunal de Casación de 2000 por la que se prohibió la presencia de crucifijos en los colegios electorales. En mayo de 2002 la dirección del colegio decidió dejar los crucifijos en las aulas. Poco después, el Ministerio de Educación italiano dirigió a los directores de los colegios una instrucción recomendando proceder de esa manera.

La demandante impugnó la decisión de la escuela ante el Tribunal administrativo de la región de Venecia, en base a que atentaba contra los principios constitucionales de laicidad e imparcialidad de la Administración pública. El Ministerio de Educación, que se constituyó en parte del proceso, subrayó que la situación criticada estaba prevista en los Reales Decretos de 1924 y 1928. El Tribunal administrativo aceptó la petición de la demandante de plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional acerca de si era o no conforme a la Constitución la presencia de crucifijos en las escuelas públicas. Ante el Tribunal Constitucional, el Gobierno dijo que ello era algo normal ya que los crucifijos no sólo eran un símbolo religioso sino que además eran una «bandera» de la única Iglesia mencionada expresamente en la Constitución (la Iglesia Católica), una señal del Estado italiano. El 15 de diciembre de 2004 el Tribunal Constitucional dijo que no tenía competencia para resolver del asunto pues las disposiciones puestas en cuestión no tenían naturaleza legislativa, sino reglamentaria. El Tribunal administrativo competente para conocer del asunto resolvería por sentencia de 17 de marzo de 2005 que el crucifijo era un símbolo de la historia y cultura italiana y, por consiguiente, de la identidad italiana, y representaba los principios de igualdad, libertad y tolerancia, así como de laicidad del Estado. Por sentencia de 13 de febrero de 2006, el Consejo de Estado desestimaría igualmente la apelación de la demandante, en base a que el crucifijo se había convertido en uno de los valores de laicidad de la Constitución italiana y representaba los valores de la vida civil.

Alegaciones de las partes y argumentación del TEDH

Agotada la vía interna, la demandante acude ante el Tribunal de Estrasburgo alegando, en nombre propio y en el de sus hijos, que la exposición del crucifijo en la escuela pública en la que estaban matriculados sus hijos, era contraria a su derecho a ofrecerles una educación conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, en el marco del artículo 2 del protocolo adicional al

Convenio. La presencia del crucifijo habría implicado, igualmente, una violación de su derecho a la libertad religiosa, reconocido en el artículo 9 CEDH.

El Tribunal comenzará su argumentación indicando que la presencia del crucifijo, que era imposible no advertir en las aulas, podía ser fácilmente interpretada por los alumnos de todas las edades como un símbolo religioso y podían sentir que eran educados en un ambiente escolar marcado por una religión determinada. Ello puede constituir un factor que motive a los alumnos religiosos pero, a la vez, un elemento perturbador para los alumnos de otras religiones o ateos, sobre todo si pertenecen a minorías religiosas. La libertad de no creer en religión alguna, inherente a la libertad religiosa garantizada por el Convenio, no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa, sino que se extiende a las prácticas y símbolos que transmiten una creencia, una religión o el ateísmo. Esta libertad exige una protección especial si es el Estado el que transmite una creencia y el sujeto queda en una situación que no puede evitar, o que la puede evitar a costa de realizar un esfuerzo o sacrificio desproporcionado.

Al Estado, continúa el Tribunal, se le exige neutralidad confesional en el contexto de la enseñanza pública obligatoria y debe promover un espíritu crítico en la forma de pensar de los estudiantes. No encaja bien, por tanto, que el Estado permita la presencia de crucifijos en los centros públicos de enseñanza ya que se trata de un símbolo asociado a la Iglesia Católica, que si bien es mayoritaria en Italia, es incompatible con el pluralismo que debe promover el Estado en el sistema de enseñanza, esencial para la preservación de una sociedad democrática, tal y como está concebida por el Convenio.

La presencia de símbolos de una religión dada en las aulas gestionadas por el Estado supone una interferencia injustificada en el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones, y el derecho de los niños a creer o no creer. El Tribunal concluye por unanimidad que ha habido violación del artículo 2 del protocolo 1, tenido en consideración conjuntamente con el artículo 9 CEDH³.

³ Esta sentencia no surge por casualidad. Es la confirmación de una línea que viene consolidándose en la jurisprudencia de Estrasburgo, como glosa el profesor Lorenzo MARTÍN-RE-TORTILLO en sus libros *La afirmación de la libertad religiosa en Europa*, Civitas, 2007, 187 págs.; y *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.; así como en su artículo «¿Hacer constar la religión en el carné de identidad? (Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Decisión sobre admisibilidad “Sofianopoulos, Spaïdiotis, Metallinos y Kontogiannis c. Grecia” de 12 de diciembre de 2002)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 128, 2005, 683-694. Cabe citar también trabajos de otros autores, como el libro, dirigido por Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *Multiculturalidad y laicidad*, Lete, Pamplona, 2004, 439 págs.

III. EL CONTROL DE LOS DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS PERIODISTAS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Hechos

En la *Decisión de Inadmisión José Augusto Costa Moreira c. Portugal, de 22 de septiembre de 2009*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subraya con especial énfasis la necesidad de hacer hincapié en la responsabilidad de la prensa y en la exigencia del cumplimiento de sus deberes al impartir la información, habida cuenta del incremento de las fuentes de información no sólo escritas, sino también electrónicas, que ofrecen datos, informaciones e ideas a tiempo real.

El demandante, el Sr. José Augusto Costa Moreira es periodista del diario portugués *Público*. En su edición de 21 de junio de 2000, el periódico publicó a la una el titular «La policía judicial investiga la “bolsa azul” del Partido Socialista». El titular re-enviaba a tres artículos, dos de los cuales los firmaba el demandante. En dichos artículos, el demandante y otro periodista de *Público* afirmaron que la policía judicial tenía en su poder, a raíz de una denuncia anónima, datos que le permitían pensar que algunos responsables del ayuntamiento de Felgueiras, un municipio al norte de Portugal, crearon un fondo especial, que no aparecía en las cuentas oficiales, que servía para financiar ilegalmente al Partido Socialista así como para gastos personales del alcalde y de otras personas. El demandante sería condenado en la vía interna por un delito de difamación pues no probó los hechos que imputó al alcalde.

Argumentación del TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos comenzará su argumentación indicando que el artículo 10 CEDH no garantiza una libertad de expresión sin límites, sobre todo cuando se trata de cuestiones de interés general. El segundo párrafo del artículo 10 precisa que el ejercicio de esta libertad comporta deberes y responsabilidades para proteger el derecho al honor de los particulares. Por ello, la información ofrecida sobre cuestiones de interés general se subordina a la buena fe de los que imparten la información de tal manera que tal información sea exacta y digna de crédito.

Estas consideraciones, dice el Tribunal, juegan un papel especialmente importante en la actualidad, habida cuenta del poder que ejercen los medios en una sociedad moderna. En un mundo en el que el individuo recibe un flujo incesante de información, que circula en soportes tradicionales y electrónicos y que implica un número de periodistas creciente, el control del respeto de los deberes y responsabilidades que pesa sobre los periodistas reviste una especial importancia. A continuación, el Tribunal recordará que el Estado goza siempre de un amplio margen de apreciación y que el TEDH sólo in-

tervendrá cuando se observe que realmente la medida adoptada ha sido desproporcionada al fin legítimo perseguido.

En aplicación de los anteriores principios, el Tribunal recordará que los artículos hacían referencia a la financiación irregular del Partido Socialista así como a la utilización de los fondos obtenidos ilegalmente destinados a cuestiones personales, todo ello sin aportar pruebas que acreditaran tales afirmaciones. El Tribunal considerará que la base fáctica sobre la que el demandante se ha apoyado para publicar sus artículos era imprecisa y poco fiable. El Tribunal añadirá que cuanto más seria sea una afirmación, más sólida debe ser la base fáctica.

En relación con los deberes y responsabilidades que debe asumir el demandante como periodista, el Tribunal constata que omitió contrastar la información con la persona afectada. A la vista del poco celo del demandante en el ejercicio de sus funciones como periodista, el Tribunal constata que el periodista no ha actuado de buena fe por lo que no observa desproporcionada la actuación de las jurisdicciones internas. Por todo ello, el Tribunal decide inadmitir la demanda⁴.

Véase, en términos similares, la sentencia *Europapress Holding d.o.o. c. Croacia*, de 22 de octubre de 2009.

IV. MATRIMONIO GITANO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD: LA SENTENCIA *MUÑOZ DÍAZ C. ESPAÑA*, DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009

Hechos

La Sra. María Luisa Muñoz Díaz y su marido, M. D., ambos gitanos, contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 de acuerdo con el rito gitano. La ceremonia se realizó siguiendo las solemnidades propias de la costumbre y cultura gitanas y fue reconocido por dicha comunidad. Para la comunidad gitana, la celebración de un matrimonio de acuerdo con sus costumbres tiene efectos sociales, reconocimiento público e implica la obligación de vivir juntos y a todos los derechos y deberes inherentes a la institución del matrimonio.

La demandante tuvo seis hijos, los cuales fueron registrados en el libro de familia entregado al matrimonio por las autoridades del Registro Civil en agosto de 1983. En octubre de 1986 se otorgó a la familia de la demandante la categoría de familia numerosa, en aplicación de la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección de la Familia. En diciembre de 2000 el esposo de la demandante falleció. En el momento de su fallecimiento era albañil y había contribuido a la seguridad social durante diecinueve años, tres meses y ocho

⁴ Sobre estos temas, me remito al trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «La necesaria diligencia de los periodistas (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de marzo de 2004, en el caso *Radio-France c. Francia*)», núm. 165 de esta REVISTA, 2004, 137-162.

días, manteniendo a su mujer y sus seis hijos. Disponía de una tarjeta de la seguridad social del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

La demandante solicitaría la pensión de viudedad. Por decisión de 27 de marzo de 2001, el INSS denegó la solicitud en base a que la demandante no era esposa del fallecido, tal y como se exige en la normativa en materia de Seguridad Social. La demandante recurriría en alzada pero la decisión sería confirmada. La demandante recurriría ante los Tribunales. Por sentencia de 30 de mayo del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, se le reconoció el derecho a percibir una pensión de viudedad de 901.29 euros, reconociendo efectos civiles a su matrimonio gitano. El Tribunal consideró que, en base a la normativa internacional y comunitaria en materia de igualdad de trato por razones étnicas, era discriminatorio no reconocer efectos civiles a un matrimonio celebrado según los ritos propios de la etnia gitana, asentada en España desde hace siglos, y sí reconocerlos a los matrimonios celebrados según confesiones religiosas que se han instalado en la Península Ibérica con carácter más reciente.

El INSS apeló la resolución judicial y, por sentencia de 7 de noviembre de 2002, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anuló la sentencia dictada en instancia, argumentando que ampliar los efectos civiles del matrimonio civil al matrimonio gitano, implicaría abrir tal reconocimiento a los matrimonios celebrados según los rituales de cualquier etnia que se dé en España.

Tras el fracaso en la vía ordinaria, la demandante acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando una violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de raza y condición social. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16 de abril de 2007, argumentaría que el artículo 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato en situaciones desiguales, por lo que no se puede producir una discriminación por indiferenciación. Otra cosa es que los poderes públicos, dice el Tribunal, adopten medidas de discriminación positiva para proteger las minorías⁵.

* * *

⁵ El Magistrado Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA formuló un voto particular a la opinión mayoritaria. Se centró en la sentencia 199/2004, en la que el Tribunal Constitucional consideró que se había violado el derecho a la igualdad en un caso sobre un viudo de una funcionaria, tras considerar que se había dado una relación marital si bien no había vínculo matrimonial, al no haber sido registrada la relación en el Registro Civil, al rechazar la pareja tal registro de su relación simplemente solemnizada mediante una forma religiosa. Para el juez disidente, esa relación contraída según una forma de contraer matrimonio pero no registrada civilmente era comparable a la de la demandante, en el bien entendido que los dos miembros sobrevivientes de las parejas solicitaron una pensión en base a que consideraban que constituían relaciones maritales, si bien no registradas civilmente. Además, el magistrado disidente subrayó que aunque España era parte del Convenio Marco sobre Protección de las Minorías Nacionales, firmado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, el Tribunal Constitucional no ha tenido en consideración los ritos, prácticas o costumbres de un específico grupo étnico, ni considera válido ni sujeto a la protección constitucional los actos de ciudadanos que pertenecen a minorías nacionales que aspiran a que se respeten sus tradiciones culturales. Únicamente, dice el Magistrado, se habrá hecho referencia a la cuestión de la protección de las

Finalmente, mediante la reforma de la Ley 40/2007, de medidas de la seguridad social, realizada el 3 de diciembre de 2008, el Estado reconoció a la demandante la pensión de viudedad, con efecto desde el 1 de enero de 2007, como pareja de M. D.

Alegaciones de las partes y argumentación del Tribunal

Una vez agotada la vía interna, la Sra. Muñoz acude ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La demandante alegó que la denegación de la pensión de viudedad en base a que su matrimonio no tenía efectos civiles, contravenía el principio de no discriminación garantizado en el artículo 14 CEDH en relación con la protección de la propiedad del artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio.

En base al artículo 14 en relación con el artículo 12 (derecho al matrimonio), la Sra. Muñoz Díaz se quejó del no reconocimiento por las autoridades españolas del matrimonio gitano —la única forma válida de matrimonio en su comunidad— como matrimonio apto para producir efectos civiles, a pesar de que la comunidad gitana está establecida en España desde hace al menos quinientos años. Ello, a su modo de ver, había supuesto una violación de su derecho al matrimonio.

minorías étnicas en contadas y fugaces ocasiones. Según el Magistrado disidente, el supuesto de hecho que se plantea en el recurso de amparo muestra, por primera vez, que la protección de las minorías tiene un significado constitucional más amplio que el que muestra el resultado ofrecido por el Tribunal Constitucional a la demandante a través de la decisión mayoritaria. La demandante, dice el Magistrado, no debería haber sido obligada a llevar este caso ante una instancia supranacional para obtener la protección requerida. En casos relativos a la protección de las minorías étnicas, la garantía de la igualdad requiere medidas de discriminación positiva a favor de las minorías no protegidas adecuadamente y respeto, con la necesaria sensibilidad, hacia sus tradiciones y la herencia de su identidad cultural. A continuación, hará referencia a la Directiva 2000/43, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta norma comunitaria se tuvo en consideración en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid que dio la razón a la Sra. Muñoz. Afecta a la protección social de las personas, incluida en forma precisa la Seguridad Social y la asistencia sanitaria [art. 3.1.e)]. Conforme a dicha Directiva es necesario reconocer que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular respecto a otras personas [art. 2.1.b)].

Por todo ello, RODRÍGUEZ-ZAPATA considera que se ha vulnerado a la recurrente su derecho a la igualdad y a no ser discriminada por motivos de raza (art. 14 CE), en cuanto dicha prohibición protege la situación de la minoría gitana, si se tiene en consideración el artículo 14 en relación con el artículo 12 CEDH, a través de la vía de entrada de la protección internacional y, en concreto europea, de los derechos humanos, ofrecida por el artículo 10.2 CE. Para justificar esta idea, RODRÍGUEZ-ZAPATA cita la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso *Buckleley c. el Reino Unido*, de 25 de septiembre de 1996, que si bien ofreció un resultado desestimatorio, realizó una argumentación muy sensible hacia la protección de la minoría gitana. De hecho esta sentencia sirvió para reconsiderar el tema en el país de origen y ofrecer fallos estimatorios en casos posteriores similares. El Magistrado disidente dice, en fin, que es desproporcionado no reconocer la pensión de viudedad a la demandante ya que previamente se le había reconocido su relación con su marido al concederles el estatus de familia numerosa, asistencia sanitaria y al contribuir su esposo a la seguridad social durante diecinueve años.

Prohibición de discriminación en el ejercicio del derecho al respeto de los bienes

El Tribunal, en primer lugar, argumentará que el artículo 14 CEDH no tiene una eficacia autónoma, sino que debe interpretarse en relación con otros derechos fundamentales reconocidos por el Convenio. La prohibición de discriminación prevista en el artículo 14, por consiguiente, va más allá del disfrute de los derechos y libertades que el Convenio exige su respeto a cada Estado. Es aplicable, además, a aquellos derechos adicionales que se reconozcan en el marco general de los artículos del Convenio que los Estados hayan decidido proteger voluntariamente. Por consiguiente, deberá determinarse si la pretensión de la demandante de recibir la pensión de viudedad encaja en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1. En esta línea, cabe decir que el Tribunal ha indicado en sentencias anteriores que dicho precepto es igualmente aplicable a casos referidos a prestaciones sociales, siempre que tales prestaciones sean reconocidas en la legislación interna. En el caso concreto, el Tribunal considera que al haber reconocido España el matrimonio entre la Sra. Muñoz y su esposo en relación con ciertos aspectos, el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1 deberá tenerse en consideración desde la perspectiva de los intereses patrimoniales de la demandante, en relación con el artículo 14 CEDH.

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se podrá ofrecer un trato desigual ante situaciones de hecho diferentes. Es decir, se podrá ofrecer una solución diferente cuando concurra una justificación objetiva y razonable. Sin la concurrencia de tal justificación, no nos encontraremos ante una situación de discriminación. Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo ofrecerá un cierto margen de apreciación a los Estados en relación con la estrategia que adopten en torno a las condiciones económicas y sociales. En efecto, debido a su conocimiento directo de su realidad social y de sus necesidades, las autoridades nacionales están situadas, en principio, en una mejor posición que el juez internacional a la hora de apreciar cuál es el interés público en el ámbito de lo económico y social por lo que el Tribunal generalmente respetará la discrecionalidad administrativa del Estado, a menos que no tenga un fundamento razonable.

Aplicando estos principios al caso concreto, el Tribunal recuerda que el Estado ha reconocido el matrimonio a ciertos efectos como, por ejemplo, al concederles una tarjeta de la seguridad social, constanding que la demandante, como esposa de M. D., y sus hijos, estaban a su cargo; así como al reconocerles el estatus de familia numerosa. Además, observa que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha dado algún caso de reconocimiento de la pensión de viudedad al viudo de una funcionaria, no constanding inscrita tal unión en el Registro Civil. El Tribunal también toma en consideración el dato de que la demandante contrajo matrimonio según el rito gitano en 1971. En esa época la única manera de contraer matrimonio válido en España era de conformidad con los ritos de la Iglesia Católica regidos por el Derecho canónico, a menos que se realizara una declaración de

apostasía. A mayor abundamiento, el Tribunal constata que la demandante, si hubiera pretendido casarse legalmente, hubiera debido contradecir su libertad religiosa. Por tanto, no se le puede exigir a la demandante haberse casado legalmente en aquella época porque ello hubiera supuesto una violación de su libertad religiosa. Al entrar en vigor la Constitución española de 1978, la demandante podría haber optado por contraer matrimonio civil. La demandante argumentó, sin embargo, que creía de buena fe que el matrimonio contraído según el rito gitano producía los efectos inherentes a la institución del matrimonio. Para valorar la buena fe de la demandante, el Tribunal tiene en cuenta que pertenece a una comunidad en la que la validez del matrimonio, de conformidad con sus ritos y tradiciones, no ha sido puesta en duda ni ha sido considerada contraria al orden público por el Gobierno ni las autoridades internas, que incluso reconocieron en ciertos aspectos el estatus de esposa de la demandante, como se ha dicho. El Tribunal considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad definida culturalmente no puede ser ignorada. En esta línea, el Tribunal apunta que hay un consenso internacional creciente entre los Estados Contratantes del Consejo de Europa en el reconocimiento de las necesidades de las minorías y una obligación de proteger su identidad y estilo de vida, no sólo con la finalidad de salvaguardar los intereses de las minorías en sí mismas consideradas, sino para preservar la diversidad cultural, que constituye un valor de la comunidad en su conjunto. A continuación, indicará que si bien la pertenencia a una minoría no exime del cumplimiento de las leyes referidas al matrimonio, hay que considerar la manera en que son aplicadas. El Tribunal ya ha tenido ocasión de apuntar en el asunto *Buckley* que la posición vulnerable de los romaníes implica que debe tenerse en consideración su diferente modo de vida en el ámbito legislativo y a la hora de tomar decisiones en cada caso en concreto. En el presente caso, la confianza de la demandante en que era una mujer casada a todos los efectos, fue reconocida por diferentes decisiones de las autoridades nacionales, que constataron su estatus de casada a los efectos ya mencionados. La buena fe de la demandante, confirmada oficialmente por las autoridades al reconocer su situación, le permitía tener la expectativa legítima de ser la esposa de M. D. Y, por lo tanto, de formar con él un matrimonio reconocido. Tras la muerte de M. D. era normal que la demandante tuviera la esperanza de obtener la pensión de viudedad. Por consiguiente, dice el Tribunal, la denegación del reconocimiento del matrimonio de la demandante a los efectos de la pensión de viudedad contradice el previo reconocimiento estatal de dicho estatus. Además, no se ha tenido en cuenta la cultura y las circunstancias sociales de la demandante al valorar su buena fe. El Tribunal considera que, de conformidad con el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, los Estados Contratantes del Convenio deben tener en consideración las circunstancias específicas de las personas que pertenecen a minorías nacionales. Finalmente, el Tribunal recordará que la denegación del reconocimiento de la pensión de viudedad de la demandante ha constituido una diferencia de trato injustificada porque previamente el Tribunal Constitucional había re-

conocido esa prestación social en un caso de una pareja de hecho no registrada. Por todo ello, el Tribunal concluirá, por seis votos contra uno, que ha habido una violación del artículo 14 del Convenio considerado conjuntamente con el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Prohibición de discriminación en el ejercicio del Derecho a contraer matrimonio

La demandante también alegará que España ha violado su Derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad. Argumenta que la forma católica, musulmana, evangélica y judía tienen validez en España y no la realizada según el rito gitano.

El Tribunal recordará que España ha celebrado acuerdos de cooperación en relación con ciertas confesiones religiosas (las que tienen mayor presencia en el país) y, por ello, tales formas de prestación del consentimiento son aceptadas legalmente. Ello no impide el matrimonio civil, opción abierta a la comunidad romaní, desde 1981, al igual que al resto de los españoles, ceremonia en la que no hay que declarar sobre la pertenencia o no a grupos religiosos, étnicos, lingüísticos, culturales o cualquier otro grupo. Por ello, el Tribunal considera que no ha habido discriminación en el ejercicio del Derecho a contraer matrimonio⁶.

V. EXTRANJERÍA E IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS

Una de las políticas que está requiriendo mayores esfuerzos es, sin duda, la de la regulación de la inmigración. La inmigración ilegal se ha convertido en un problema real y acuciante en nuestro país por lo que la legislación ha ido introduciendo novedades cada vez más restrictivas. No obstante, habrá que tener siempre en cuenta el respeto de los principios y derechos fundamentales en los que se basa toda sociedad democrática por lo que se deberá compaginar el interés de regular rigurosamente la materia de extranjería con respecto de las reglas en las que se fundamenta el Estado de Derecho. Precisamente, en torno a este tema versará una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta a España. Me refiero a la sentencia ***Gurguchiani c. España***, de 15 de diciembre de 2009.

Hechos

El demandante, el Sr. Giorgi Gurguchiani, es un ciudadano georgiano que vivía ilegalmente en España en el momento de producirse los hechos. Fue

⁶ Sobre la prohibición de discriminación por razones étnicas y, en concreto, en relación con la etnia gitana, puede resultar de interés la lectura de mi trabajo, «Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», núm. 160 de esta REVISTA, 2003, 167-202.

condenado a dieciocho meses de prisión por la comisión de un delito de robo, en grado de tentativa, en septiembre de 2002. En julio de 2003, el Departamento de Expulsiones de la Policía, en base al artículo 89 del Código Penal, tal y como estaba redactado en ese momento, solicitó la expulsión del demandante en lugar del cumplimiento de la pena de prisión. El precepto establecía que el Tribunal penal que tuviera que ejecutar una pena no superior a seis años de prisión, referida a un extranjero ilegal en España, tenía la posibilidad de sustituir la sentencia por la expulsión (es decir, no era obligatorio) con el impedimento de entrada en España por un periodo de entre tres y diez años. El Tribunal de Primera Instancia de Barcelona, tras la comparecencia del demandante decidiría que era más conveniente que el demandante cumpliera la pena de prisión. El Ministerio Fiscal impugnaría esa decisión.

En abril de 2004 la Audiencia Provincial de Barcelona ordenaría la expulsión del demandante, así como la prohibición de re-entrada en España en los próximos diez años. Argumentó que, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal en su redacción vigente desde el 1 de octubre de 2003, era obligatorio, salvo en casos excepcionales no relevantes en este asunto, sustituir la pena de prisión de un extranjero irregular por la expulsión. Adoptó esa decisión tras haber oído únicamente al Ministerio Fiscal. El demandante recurriría en amparo pero el Tribunal Constitucional desestimó su demanda.

El demandante acudiría a Estrasburgo alegando una violación de los artículos 6 (Derecho a un proceso equitativo), 13 (Derecho a un recurso efectivo) y 7 CEDH (no hay pena sin ley). El Sr. Gurguchiani alegó que el ordenamiento jurídico español no le había ofrecido un derecho de audiencia con la finalidad de discutir su orden de expulsión. Igualmente alegó que se aplicó retroactivamente el artículo 89 del Código Penal, en su redacción de 2003, que era menos favorable que la versión anterior del mismo precepto, aplicable en el momento de producirse los hechos.

Argumentación del TEDH

En relación con la demanda planteada en base al artículo 7 CEDH, el Tribunal constató que la primera condena de prisión de 18 meses se dictó de conformidad con el artículo 89 del Código Penal, en su versión vigente en 2002, momento en el que se produjeron los hechos. Para la ejecución de dicha pena, el precepto entonces vigente contemplaba dos posibilidades alternativas: el cumplimiento de la pena o bien la expulsión del condenado y la prohibición de re-entrada en el país entre tres y diez años, en lugar de ir a prisión.

A modo de ver del Tribunal, la sustitución de la pena del demandante por su expulsión y la prohibición de entrada por un tiempo de diez años, tal y como se estableció en apelación en 2004, implicó no sólo una nueva sentencia, sino una nueva sentencia más desfavorable que la sentencia que se dic-

tó en aplicación de la ley vigente en el momento de producirse los hechos. La decisión se basó en una aplicación automática del nuevo artículo 89, que entró en vigor después de la condena del demandante y, por lo tanto, después de la comisión de los hechos, que implicaba que el Tribunal que debía ejecutar la pena ya no tenía la capacidad de elegir entre mantener la pena de prisión y la expulsión del demandante. El nuevo precepto también impedía al demandante comparecer ante el Tribunal de apelación con la finalidad de rebatir la orden de expulsión. Finalmente, el artículo 89, en su versión de 2003, impide la re-entrada en el país durante un periodo de diez años, lo cual también constituye una medida más desfavorable que la que estaba vigente en el momento de producirse los hechos. Por todo ello, el Tribunal concluirá por unanimidad que ha habido una violación del artículo 7 CEDH, en el sentido de que el demandante ha obtenido una pena más desfavorable que la que se le impuso originariamente por el delito cometido.

VI. LIBERTAD DE REUNIÓN

Hechos

En la Decisión de Inadmisión **Milan RAI y Maya EVANS c. el Reino Unido**, de 17 de noviembre de 2009, los demandantes participaron en una concentración, que aquél había organizado, frente a Downing Street, una «zona protegida» en el sentido de la Ley de Policía y Crimen Organizado (2005). El primer demandante, días antes a la celebración de la concentración, había avisado oralmente a la policía de que se iba a celebrar una concentración en contra de la ocupación de Irak, indicando la hora, día y lugar y educadamente informó que no se iba a solicitar una autorización. Igualmente, el día anterior a la concentración, colgó información en una página web confirmando que no estaba autorizada, por lo que el riesgo de detención era alto y que, de hecho, la policía le había informado de que sería arrestado, en aplicación de la Ley vigente. La segunda demandante igualmente era consciente de que manifestarse en ese lugar constituía un delito.

En la concentración, el primer demandante leyó nombres de ciudadanos iraquíes asesinados en el conflicto y la segunda demandante leyó nombres de soldados británicos caídos en el combate. Se desplegaron pancartas contra el conflicto de Irak y una sirena sonaba en intervalos regulares. Los demandantes se comportaron de una manera ordenada y pacífica. La policía advirtió a los manifestantes que si no suspendían la concentración serían detenidos con cargos. Los demandantes continuaron con sus reivindicaciones y, finalmente, en aplicación de la Ley, serían arrestados.

Los demandantes acudirían ante los Tribunales internos indicando que la detención era contraria a los artículos 10 y 11 CEDH. Los Tribunales internos, sin embargo, consideraron que los demandantes serían detenidos en aplicación de la Ley. Únicamente se les imputó la infracción de manifestarse sin haber solicitado autorización, tal y como exige la Ley. Tal medida no

se consideraría desproporcionada al fin legítimo perseguido. Es más, subrayaron que si el demandante hubiera solicitado una autorización, se hubiera concedido sin condiciones.

Agotada la vía interna, el demandante acude a Estrasburgo alegando una violación de los artículos 10 y 11 CEDH

Argumentación del TEDH

El Tribunal decide resolver de conformidad con el artículo 11 CEDH, aun reconociendo que ha resuelto sobre casos similares en virtud del artículo 10 CEDH.

El Tribunal considera que el procesamiento del demandante por organizar y participar en una concentración no autorizada constituyó una interferencia en sus derechos garantizados en el artículo 11 CEDH. Tal interferencia se basaba claramente en la Ley de 2005. Los demandantes eran conscientes de las consecuencias jurídicas que acarrearía la celebración de la concentración sin autorización. De conformidad con la Ley, la interferencia perseguía el fin legítimo de proteger la seguridad nacional y la prevención del desorden público o el delito. Los demandantes, sin embargo, apunta el Tribunal, consideraron desproporcionadas las medidas adoptadas.

El Tribunal considera que un sistema de autorización previa no es incompatible con el Convenio, tal y como ha establecido en sentencias anteriores. Añadirá que las asociaciones y los organizadores de manifestaciones, deben respetar las normas que las regulan. Teniendo en consideración la manera razonable y calmada con la que la policía hizo finalizar la concentración, no se puede decir que su intervención en una concentración ilegal fue tan excesiva como para considerar desproporcionadas las interferencias impugnadas. En fin, el Tribunal inadmite la demanda al considerar que las medidas adoptadas no han sido desproporcionadas al fin legítimo perseguido.