

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS,
ENERO-ABRIL 2023

ELISA LLOP CARDENAL¹
elisa.llopcardenal@echr.coe.int

Cómo citar/Citation

Llop Cardenal, E. (2023).
Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de
Derechos Humanos, enero-abril 2023.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 75, 399-445.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.75.11>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPALES SENTENCIAS Y DECISIONES DEL TEDH:
1. Obligaciones positivas bajo el art. 8 CEDH. Falta de un marco normativo adecuado para proteger el derecho de la demandante al consentimiento informado en relación con la extirpación de un riñón durante una intervención quirúrgica urgente: *Mayboroda c. Ucrania*. 2. Imposibilidad de que un progenitor transexual indique su sexo actual, ajeno a su función reproductora, en el certificado de nacimiento del niño (art. 8 CEDH): *O. H. y G. H. c. Alemania* y *A. H. y otros c. Alemania*. 3. Obligación legal de publicar los datos personales de los contribuyentes, incluido su domicilio, en respuesta al incumplimiento de las obligaciones fiscales (art. 8 CEDH): *L. B. c. Hungría* [GC]. 4. Obligación positiva de brindar un marco legal que permita un

¹ Abogada. letrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

adecuado reconocimiento y protección a las parejas del mismo sexo; alcance del margen de apreciación (art. 8 CEDH): *Fedotova c. Rusia* [GC]. 5. Restricciones impuestas a un libro infantil que presenta las relaciones entre personas del mismo sexo como esencialmente equivalentes a las relaciones entre personas de distinto sexo (art. 10 CEDH): *Macaté c. Lituania* [GC]. 6. Protección de los denunciantes de irregularidades (*whistle-blowers*); perfeccionamiento de los criterios establecidos en *Guja c. Moldavia* (art. 10 CEDH): *Halet c. Luxemburgo* [GC]. 7. Consecuencias de la falta de participación en el procedimiento ante el Tribunal de un Estado que ha dejado de ser miembro del Convenio (arts. 44A y 44C del Reglamento del Tribunal): *Svetova y otros c. Rusia*. III. DERECHO DE LA UE: 1. Primera evaluación de la adecuación del enfoque de puntos críticos (*hotspots*) con el Convenio (art. 3, art. 5, art. 4, Protocolo n.º 4): *J. A. y otros c. Italia*. 2. La reapertura del procedimiento interno tras la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE (art. 6 CEDH): *Georgiou c. Grecia*. IV. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL TEDH: OPINIONES DICTADAS AL AMPARO DEL PROTOCOLO ADICIONAL N.º 16. V. ESPAÑA Y EL TEDH: 1. Gozalbo Moliner (dec.). 2. M. P. A. (dec.). 3. Domenech Aradilla y Rodríguez González. 4. Valverde Digon.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH» o «el Tribunal») ha arrancado el año con una agenda interesante, no solo reflejada en las resoluciones dictadas sino en las que están pendientes.

Así, por ejemplo, el pasado 29 de marzo, la Gran Sala del Tribunal celebró dos audiencias relativas a los primeros dos casos de litigación sobre cambio climático pendientes ante él: los casos *Verein Klimasenioreninnen Schweiz y otros c. Suiza*² y *Carême c. Francia*³. En ellos los demandantes se quejan ante el Tribunal de vulneraciones de su derecho a la vida y también a la vida privada, y concretamente a un medioambiente sano, por la falta de medidas adoptadas por sus respectivos Estados para combatir los efectos del cambio climático. El

² TEDH, *Verein Klimasenioreninnen Schweiz y Otros c. Suiza*, no. 53600/20. Demanda interpuesta el 26 de noviembre de 2020.

³ TEDH, *Carême c. Francia*, no. 7189/21. Demanda interpuesta el 28 de enero de 2021.

primer caso ha sido incoado por un grupo de mujeres mayores suizas que alegan sufrir de forma desproporcionada los efectos del cambio climático en su salud, y que el Estado suizo no ha puesto en marcha las medidas legislativas y prácticas suficientes para alcanzar las metas en materia de lucha contra el cambio climático necesarias conforme a sus obligaciones internacionales, lo que vulnera sus derechos conforme al Convenio. Se quejan, además, de que los órganos judiciales internos no han respondido a sus demandas y han dictado resoluciones arbitrarias por no haber tenido en cuenta su situación de especial vulnerabilidad frente a las olas de calor. Varios Gobiernos y organizaciones internacionales han solicitado y obtenido permiso para intervenir como terceras partes en ese caso. En el segundo caso, el demandante es el alcalde de una localidad francesa que alega, en nombre de dicha localidad, sufrir también un impacto desproporcionado del cambio climático por su ubicación geográfica junto al Canal de la Mancha debido a la inacción del Gobierno francés para tomar medidas, y se queja igualmente bajo los arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «CEDH» o «el Convenio»). El interés mediático suscitado por estas audiencias es comprensible y sin duda serán algunos de los casos que marcarán el paso de la jurisprudencia del Tribunal en los próximos tiempos.

Entretanto, se han seguido dictando resoluciones judiciales que conviene reseñar. La presente crónica tiene como objetivo presentar algunas de ellas, y analizar cuáles son los argumentos que aportan especial valor o contienen elementos novedosos para la jurisprudencia del TEDH.

En primer lugar, se analizarán algunas resoluciones que sobresalen por haber desarrollado de forma reseñable el ámbito de aplicación o el contenido de los derechos y libertades protegidos por el Convenio.

En particular, se han seleccionado siete sentencias, cuatro de ellas de Gran Sala. Las resoluciones en esta sección se expondrán por orden de aparición de los arts. en el Convenio, y dentro del mismo art., por orden cronológico. Cabe llamar la atención sobre el hecho de que cuatro de las siete sentencias reseñadas se refieren a cuestiones muy diversas entre sí, pero enmarcadas bajo el art. 8 CEDH. Esta provisión del Convenio es, posiblemente, la que más desarrollo jurisprudencial está causando en los últimos tiempos, y sirve para abordar problemáticas tan diversas como el consentimiento informado a la hora de llevar a cabo una intervención médica, el cambio de sexo de un progenitor transexual en el certificado de nacimiento de su hijo, la publicación de datos personales de los contribuyentes en las listas de morosos o la obligación de los Estados de proporcionar un marco legal que permita reconocer a las parejas del mismo sexo. Cada una de estas cuatro resoluciones se refiere a cada uno de los temas indicados, y precisa si se trata de un abordaje de las obligaciones negativas del Estado (de no interferir en los derechos prote-

gidos por el art. 8 CEDH) o de las obligaciones positivas, cada vez más amplias y también en expansión jurisprudencial.

Otras dos de las sentencias más destacadas de este primer cuatrimestre también comparten art. del Convenio, en este caso el 10, que protege la libertad de expresión. La primera de ellas concluye que las restricciones impuestas a la distribución de un libro infantil por presentar las relaciones entre personas del mismo sexo como esencialmente equivalentes a las relaciones entre personas de distinto sexo vulneraron la libertad de expresión de la demandante, la autora del libro. La segunda concluye igualmente una vulneración del art. 10 del demandante, un *whistle-blower* que filtró información relativa a las prácticas fiscales de cientos de declarantes de impuestos en Luxemburgo y fue condenado penalmente por ello.

La séptima y última sentencia es reseñable porque en ella el Tribunal se pronunció por primera vez tras la expulsión de Rusia como Estado parte del Convenio acerca de determinadas cuestiones procesales novedosas debidas a esta circunstancia, como la necesidad de nombrar un juez *ad hoc* para los casos rusos una vez que el juez del TEDH nombrado por Rusia quedase sin mandato, y las consecuencias de que Rusia ya no envíe observaciones en el marco del procedimiento ante el Tribunal.

En la siguiente sección de esta crónica se reseñan, como es habitual, algunas resoluciones en las que el TEDH ha aplicado normativa del derecho de la Unión Europea (UE) o jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Concretamente, dos resoluciones en las que el Tribunal de Estrasburgo ha tomado en consideración de manera significativa la legislación comunitaria o decisiones previas del Tribunal de Luxemburgo.

Además, nuevamente se incorpora una sección para reflejar la creciente función consultiva del TEDH, que ha dictado en este primer cuatrimestre del año su sexta opinión consultiva como consecuencia de la posibilidad ofrecida por el Protocolo Adicional n.º 16 al Convenio. En esta ocasión se trata de una opinión solicitada por el Alto Tribunal de Finlandia, en relación con el estatus procesal y a los derechos del progenitor biológico en el procedimiento para la adopción de un adulto bajo el art. 8 del Convenio.

Por último, la última sección de esta crónica recoge algunas de las resoluciones dictadas por el TEDH durante el segundo cuatrimestre del año en demandas presentadas contra España. En concreto, se trata de dos decisiones de inadmisión y dos sentencias.

II. PRINCIPALES SENTENCIAS Y DECISIONES DEL TEDH

1. OBLIGACIONES POSITIVAS BAJO EL ART. 8 CEDH. FALTA DE UN MARCO NORMATIVO ADECUADO PARA PROTEGER EL DERECHO DE LA DEMANDANTE AL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN RELACIÓN CON LA EXTIRPACIÓN DE UN RIÑÓN DURANTE UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA URGENTE: *MAYBORODA C. UCRANIA*

El caso se refiere, en virtud del art. 8 del Convenio, a las alegaciones de la demandante de que el Estado demandado no protegió su derecho al consentimiento informado en relación con una nefrectomía (extirpación quirúrgica de un riñón) a la que fue sometida con carácter de urgencia y mientras se encontraba inconsciente y de la ocultación por parte de sus médicos, en el período postoperatorio, de la información relativa a la extirpación del riñón.

Cabe señalar que, aunque la sentencia se haya dictado en abril de 2023, la demanda fue interpuesta ante el TEDH en 2007, y que en 2016, mientras el presente procedimiento estaba pendiente ante el Tribunal, la demandante falleció. Su hija informó al Tribunal de su deseo de proseguir con el recurso en nombre de la demandante.

El 7 de marzo de 2000, a la demandante se le extirpó quirúrgicamente la glándula suprarrenal izquierda en el Hospital Clínico Regional de Lviv. Al día siguiente, los médicos establecieron que la demandante había desarrollado una hemorragia interna postoperatoria y debía someterse a una intervención quirúrgica urgente para tratar dicha complicación. Tras obtener el consentimiento verbal de la demandante, el equipo médico llevó a cabo la segunda operación, en el curso de la cual se extirpó el riñón izquierdo de la demandante (nefrectomía), previamente diagnosticado como sano. Cuando la demandante recibió el alta hospitalaria, se le entregó un certificado de alta hospitalaria firmado por uno de los doctores en el que se resumía el historial de su tratamiento y se describía la segunda operación como «la extracción de coágulos sanguíneos del lecho suprarrenal izquierdo, [y] el cese de una hemorragia en las pequeñas ramas de la arteria renal». El certificado no mencionaba la extirpación del riñón. Se recomendaba a la demandante acudir a una cita médica de seguimiento unos meses después.

En mayo de 2000, la demandante recibió una llamada telefónica anónima en la que se le sugería que su riñón izquierdo «había sido robado». Según la demandante, después de esa llamada hizo varios intentos infructuosos de obtener una cita con sus doctores para pedirles explicaciones. También denunció la historia ante los medios de comunicación. Meses después, uno de los doctores envió una carta a la demandante disculpándose por la ocultación de la información relativa a la extirpación del riñón, y explicando que había

decidido hacerlo así para facilitar su recuperación y que tenía previsto informarle de ello en su cita de seguimiento.

La Fiscalía inició una investigación, que ordenó crear una comisión médica con el fin de llevar a cabo una investigación sobre el tratamiento a la demandante. Dicha comisión concluyó que no había habido indicios de negligencia médica en el caso de la demandante, puesto que se le había extirpado el riñón para salvarle la vida y en circunstancias urgentes y, conforme a las explicaciones dadas por el médico jefe del hospital, se le había ocultado la información pertinente por razones éticas. La Fiscalía incoó un procedimiento penal contra el doctor que había firmado el certificado por presunto abuso de autoridad y falsificación de documento oficial. Además, encargó a un comité de expertos que evaluara la calidad del tratamiento de la demandante.

Los expertos concluyeron que la demandante había sido diagnosticada y tratada correctamente y de acuerdo con los protocolos estándar. No obstante, señalaba que el certificado de alta hospitalaria no había cumplido con los requisitos establecidos, ya que no se mencionaba la extirpación de un riñón ni la supervisión y el tratamiento posteriores que la demandante requería tras esa intervención. Aun así, indicaba que la función urinaria de la demandante se había conservado y concluía que el carácter incompleto de los datos que figuran en el certificado de alta hospitalaria no había tenido ninguna repercusión negativa en su salud física. Este procedimiento penal fue sobreesido por falta de pruebas de que el doctor hubiera cometido un delito. La Fiscalía también decidió que no estaba justificado abrir investigaciones penales sobre otras alegaciones relacionadas con la mala praxis médica en el caso de la demandante, incluida la posibilidad de que su riñón pudiera haber sido extirpado con fines de trasplante. La demandante no recurrió el archivo penal.

La demandante interpuso una demanda civil contra el Hospital, la Universidad a la que estaban afiliados los doctores, y los propios doctores alegando que le habían extirpado el riñón sin su conocimiento ni consentimiento y, por tanto, de forma arbitraria. Además, se quejó de que se le había ocultado ilegal y deliberadamente información sobre la extirpación de su riñón después de la operación. En diciembre de 2005, el Tribunal de Distrito concedió a la demandante una indemnización (equivalente a unos 8000 euros en aquel momento) en concepto de daños no pecuniarios. Consideró que el doctor firmante del certificado había incumplido sus obligaciones, ya que no había notificado ni a la demandante ni a ninguno de sus familiares el hecho de que se le había extirpado el riñón. Las demás pretensiones de la demandante fueron desestimadas. El Tribunal de Distrito consideró que la demandante había consentido la operación, pues aceptó someterse a una intervención con vistas a detener la hemorragia interna que había surgido en el período postoperatorio.

La demandante interpuso un recurso contra dicha sentencia, pero tanto ese recurso como el posterior de apelación fueron desestimados.

La demandante se quejó ante el TEDH bajo el art. 8 del Convenio de que el Estado demandado no la había protegido de la extirpación de un riñón sin su consentimiento informado y de la ocultación de la información pertinente por parte de sus médicos en el período postoperatorio. También se quejó de que no había recibido una respuesta adecuada a nivel nacional en relación con sus alegaciones pertinentes. El Tribunal señaló que, según los resultados de las investigaciones oficiales internas, el riñón de la demandante fue extirpado en un contexto de emergencia para salvar su vida. El Tribunal no encontró ningún motivo para revisar el fondo de estas conclusiones, que no fueron impugnadas por la demandante a nivel nacional. Consideró que el *quid* de las quejas que debía examinar se refería únicamente a la falta de información comunicada por los profesionales sanitarios en relación con la intervención médica controvertida, antes, durante y después de que esta tuviera lugar.

En este sentido, examinó, en primer lugar, la presunta omisión del Estado de proteger el derecho de la demandante al consentimiento informado bajo el art. 8 CEDH. La demandante sostenía que su caso era indicativo de un problema estructural que demostraba que el Estado en su conjunto no había establecido un marco eficaz para garantizar su derecho al consentimiento informado como paciente de un hospital público y abordar eficazmente sus quejas por la vulneración de ese derecho.

El Tribunal reafirmó que, aunque el derecho a la salud no figure como tal entre los derechos garantizados en virtud del Convenio y sus Protocolos, los Estados parte tienen, paralelamente a sus obligaciones positivas en virtud del art. 2 del Convenio, una obligación positiva en virtud del art. 8 CEDH, en primer lugar, de disponer de una reglamentación que obligue tanto a los hospitales públicos como a los privados a adoptar medidas apropiadas para la protección de la integridad física de sus pacientes y, en segundo lugar, de facilitar a las víctimas de negligencia médica el acceso a un procedimiento en el que puedan, en su caso, obtener la reparación de los daños. Esta última obligación procesal quedará satisfecha si el ordenamiento jurídico ofrece a las víctimas un recurso ante los tribunales civiles, ya sea solo o conjuntamente con un recurso ante los tribunales penales, que permita establecer la eventual responsabilidad de los médicos implicados y obtener la reparación civil que proceda. También pueden preverse medidas disciplinarias.

El Tribunal reiteró, además, que el derecho de los pacientes al consentimiento informado para las intervenciones médicas ha ocupado un lugar destacado en su jurisprudencia. Se ha establecido que los Estados están obligados a adoptar las medidas reglamentarias necesarias para garantizar que

los médicos tengan en cuenta las consecuencias previsibles para la integridad física de sus pacientes de un procedimiento médico planificado y a informar a los pacientes de estas consecuencias de antemano, de manera que puedan dar su consentimiento informado. Como corolario de lo anterior, si un riesgo previsible de esta naturaleza se materializa sin que el paciente haya sido debidamente informado de antemano por los médicos, el Estado parte afectado puede ser potencialmente responsable en virtud del art. 8 CEDH por esta falta de información.

La obligación positiva del Estado de establecer un marco reglamentario debe entenderse en un sentido que incluya el deber de garantizar el funcionamiento efectivo de dicho marco. Los deberes reglamentarios abarcan, pues, las medidas necesarias para garantizar su aplicación, incluidas la supervisión y la ejecución. Al mismo tiempo, siempre que el Estado haya adoptado las medidas necesarias para garantizar un alto nivel profesional entre los profesionales sanitarios y proteger la integridad física y psíquica de los pacientes, cuestiones como un error de juicio por parte de un profesional sanitario o una mala coordinación entre dichos profesionales en el contexto del tratamiento de un paciente concreto no bastan por sí solas para responsabilizar a un Estado del incumplimiento de las obligaciones positivas derivadas del art. 8 CEDH.

En el presente caso, el Tribunal observó que el derecho de los pacientes al consentimiento informado para las intervenciones médicas estaba garantizado por la legislación interna ucraniana. Pero indicó que la evaluación de la adecuación del marco jurídico pertinente debe incluir el análisis de su funcionamiento en la práctica, incluida la interacción entre la norma general y cualesquiera reglamentos y directrices de nivel inferior que existan o puedan ser necesarios para garantizar la protección requerida. En el presente caso, había quedado acreditado a nivel interno que el riñón de la demandante había sido extirpado en circunstancias urgentes, como único medio disponible para detener una hemorragia interna que ponía en peligro su vida, y que la ley interna autorizaba excepcionalmente intervenciones médicas sin el consentimiento del paciente. El Tribunal señaló a este respecto que las intervenciones médicas de urgencia para salvar vidas realizadas sin el consentimiento del paciente no son incompatibles con el Convenio.

Sin embargo, la particularidad del presente caso es que se había solicitado el consentimiento de la demandante para la intervención quirúrgica en cuestión y, de hecho, se dio, aunque sin ninguna discusión en cuanto a una posible extirpación del riñón para lograr el objetivo declarado de detener la hemorragia. El Tribunal señaló que, sobre la base del material disponible, no estaba en condiciones de determinar si el equipo médico de la demandante debería haber previsto razonablemente la posibilidad de que fuera necesario extirpar el riñón de la demandante o si hubo una oportunidad real de consultar

a sus familiares durante la operación, sin poner en peligro el interés primordial de salvar su vida. Al mismo tiempo, en opinión del Tribunal, estas cuestiones eran de gran importancia para establecer el alcance del deber de sus cuidadores de recabar su consentimiento informado. Sin embargo, ni los tribunales civiles ni las autoridades que llevaron a cabo las investigaciones oficiales y ordenaron las conclusiones de los expertos en ese contexto examinaron en detalle las cuestiones pertinentes. En lugar de ello, esencialmente limitaron su análisis a la conclusión general de que el riñón del demandante había sido extirpado por motivos de supervivencia.

Por un lado, en lo que respectaba a la normativa nacional, el TEDH observó que no se desprendía ni de las sentencias nacionales ni de las observaciones del Gobierno que en el momento de los hechos existieran, aparte de la ley marco, instrumentos normativos que establecieran los procedimientos que debían seguirse para documentar el consentimiento de los pacientes a las intervenciones quirúrgicas, ponerse en contacto con sus familiares en situaciones de emergencia o detallar, en particular, la interrelación entre la noción de «consentimiento» y los «riesgos» que deben discutirse con los pacientes en el contexto de garantizar que el «consentimiento» de los pacientes sea informado.

En segundo lugar, el TEDH concluyó que el hospital en que fue tratada la demandante tampoco disponía de prácticas formalizadas de registro ni de procedimientos normalizados para informar a los pacientes de los riesgos previsibles de las intervenciones planificadas o para consultar a sus familiares y designar personas de contacto en caso de emergencia. La práctica de recabar el consentimiento solo oralmente hacía imposible rastrear qué información se facilitaba a un paciente cuando se solicitaba su consentimiento para una intervención concreta.

El Tribunal reiteró que, en general, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para establecer su política sanitaria y que el mero hecho de que el marco normativo pueda ser deficiente en algún aspecto no basta por sí solo para plantear una cuestión en virtud del Convenio. El Tribunal señaló, además, que el propio Convenio no establece ninguna forma particular de consentimiento del paciente (véase *Reyes Jiménez c. España*)⁴. Sin embargo, consideró que el establecimiento de algunas directrices estándar y procedimientos formalizados, ya sea a nivel institucional nacional o local, que detallen elementos clave del derecho al consentimiento informado como «los riesgos» que deben discutirse con los pacientes y el alcance del deber de los profesionales de ponerse en contacto con sus familiares o personas designadas, es

⁴ TEDH, *Reyes Jiménez c. España*, no. 57020/18, § 36, 8 de marzo de 2022.

fundamental para cumplir con el deber positivo del Estado demandado de establecer un marco normativo adecuado y garantizar altos estándares profesionales en este ámbito. Consideró que en el caso de la demandante tales directrices y procedimientos habrían sido igualmente necesarios para orientar a sus facultativos médicos en su trabajo cotidiano, para permitir a las autoridades supervisoras intervenir rápidamente en caso de cualquier omisión, y para proteger, tanto a la demandante de una mala praxis, como a su equipo médico de cualquier acusación posiblemente infundada.

En el presente caso, el Tribunal consideró que el Estado demandado no había cumplido con su deber positivo de establecer un marco normativo adecuado para proteger el derecho de la demandante al consentimiento informado. En consecuencia, concluyó que se ha producido una violación del art. 8 del Convenio y concedió una indemnización de 4500 euros.

El TEDH examinó, en segundo lugar, la queja de la demandante relativa a la omisión del Estado de proteger a la demandante frente a la ocultación de información por parte de sus médicos. El Tribunal recordó que en el contexto específico de la negligencia médica, la obligación de proporcionar reparación por una violación de los derechos individuales en virtud del art. 8 CEDH puede cumplirse, por ejemplo, si el ordenamiento jurídico en cuestión ofrece a las partes interesadas un recurso ante los tribunales civiles, solo o conjuntamente con un recurso ante los tribunales penales u otros órganos disciplinarios, con el fin de establecer la responsabilidad de los profesionales sanitarios y, en su caso, imponer una sanción civil adecuada, como el pago de daños y perjuicios y la publicación de una sentencia. El mero hecho de que los procedimientos relativos a negligencia médica no hayan dado lugar a la atribución de responsabilidad a un demandado concreto no significa en sí mismo que el Estado demandado no haya establecido un recurso adecuado.

En el presente caso, el Tribunal observó que los tribunales nacionales declararon responsable al médico que había firmado el certificado inexacto, y que este había indemnizado a la demandante. En cuanto a la desestimación del resto de peticiones de la demanda civil interna, el TEDH puntualizó que su tarea no es decidir sobre la responsabilidad individual por una violación de las disposiciones legales internas, sino determinar la responsabilidad del Estado en la observancia de sus obligaciones en virtud del Convenio. La desestimación, en el procedimiento civil, de algunos de los argumentos de la demandante y de sus reclamaciones contra el Hospital y otros demandados no revelaba ninguna apariencia de arbitrariedad o de enfoque manifiestamente deficiente. Por tanto, el TEDH consideró que la violación de su derecho a la información relativa a su salud fue reconocida a nivel nacional y la demandante obtuvo una reparación compensatoria razonable. A la luz de esto, el Tribunal declaró esta queja inadmisibles debido a la pérdida de la condición de víctima de la demandante.

2. IMPOSIBILIDAD DE QUE UN PROGENITOR TRANSEXUAL INDIQUE SU SEXO ACTUAL, AJENO A SU FUNCIÓN REPRODUCTORA, EN EL CERTIFICADO DE NACIMIENTO DEL NIÑO (ART. 8 CEDH): *O. H. Y G. H. C. ALEMANIA*⁵ Y *A. H. Y OTROS C. ALEMANIA*⁶

Ambos casos contra Alemania se refieren a personas transexuales que concibieron a sus hijos tras obtener el reconocimiento judicial de su cambio de género. En el caso *O. H. y G. H.*, un hombre transexual soltero nacido mujer (O. H., el primer demandante) dio a luz a su hijo (G. H., el segundo demandante), concebido con la ayuda de un donante de esperma, y por ello fue inscrito como madre por las autoridades del registro civil. En el caso *A. H. y otros*, una mujer transexual nacida varón (A. H.) solo pudo ser inscrita en el registro civil como padre de su hijo, ya que este fue concebido con sus gametos masculinos. Su pareja, que dio a luz al niño, fue inscrita como madre. La pareja y el niño eran los otros demandantes en este segundo caso.

Invocando los arts. 8 y 14 CEDH, los demandantes en ambos casos denunciaron la imposibilidad legal de que un progenitor transexual indicara su género actual, ajeno a su función reproductora, en el certificado de nacimiento del niño. El interés de las sentencias radica en que el Tribunal abordó, por primera vez, la cuestión de si la indicación de un progenitor transexual con su sexo y nombre anteriores en los registros del estado civil relativos a su hijo es compatible con el art. 8 CEDH.

El Tribunal consideró que el art. 8 era aplicable en su vertiente de «vida privada» y concluyó que no había sido vulnerado: los tribunales alemanes habían logrado un justo equilibrio entre los derechos de los progenitores transexuales y del cónyuge afectado, los intereses de sus hijos, las consideraciones relativas al bienestar de sus hijos y los intereses públicos. El Tribunal rechazó las reclamaciones en virtud del art. 14 en relación con el art. 8 por estar manifiestamente mal fundadas.

El Tribunal definió el alcance del margen de apreciación en estos casos, y especificó los criterios pertinentes para ponderar los intereses privados y públicos en juego. Para ello, examinó la cuestión planteada desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado y a la luz de los principios resumidos en el caso de Gran Sala *Hämäläinen c. Finlandia* [GC]⁷.

En primer lugar, el Tribunal consideró que las autoridades alemanas disponían de un amplio margen de apreciación por las siguientes razones:

⁵ TEDH, *O. H. y G. H. c. Alemania*, nos. 53568/18 et 54741/18, 4 de abril de 2023.

⁶ TEDH, *A. H. y otros c. Alemania*, no. 7246/20, 4 de abril de 2023.

⁷ TEDH, *Hämäläinen c. Finlandia* [GC], no. 37359/09, 16 de julio de 2014.

- (i) existe una falta de consenso respecto a la cuestión litigiosa a nivel europeo, lo que refleja el hecho de que la reasignación de sexo combinada con la paternidad plantea cuestiones éticas delicadas;
- (ii) encontrar el equilibrio en este caso es una cuestión muy compleja: de un lado, en cuanto a los derechos de los padres transexuales, sus quejas se referían a la información contenida en el registro de nacimiento de otra persona (sus hijos), no en sus propios documentos oficiales; y, de otro lado, en lo que respecta a sus hijos, se trata de la posible revelación de un hecho sobre la identidad transexual de uno de sus progenitores, no de sus propias identidades de género.
- (iii) el derecho de los niños a conocer los detalles de su filiación es de tal naturaleza que limita los derechos invocados por los progenitores transexuales;
- (iv) las autoridades también tuvieron en cuenta el interés de los niños en poder tener un vínculo estable con sus progenitores.

De ello se desprende que el margen de apreciación no se ve limitado por los derechos invocados en juego, aunque afecten a un aspecto fundamental de la vida privada.

Además, el Tribunal recordó que debía tenerse en cuenta el interés público en que exista una coherencia en el ordenamiento jurídico y en la exactitud y exhaustividad de los registros relativos al estado civil, que tienen un valor probatorio particular. Por otra parte, el Tribunal ya ha reconocido en el pasado la importancia de este interés público en la ponderación global de intereses⁸.

Procediendo sobre la base del amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros en esta materia, el Tribunal aclaró los criterios pertinentes para su análisis, en particular teniendo en cuenta la divergencia entre los intereses de los niños y los de sus padres transexuales.

En primer lugar, recordando el principio esencial de que el interés superior del niño debe ser primordial⁹, el Tribunal aclaró que el interés del niño debe examinarse exhaustivamente, teniendo en cuenta los intereses en conflicto entre el niño y sus progenitores. A este respecto, el Tribunal subrayó que dicho examen no debe verse limitado por la forma en que los intereses del menor hayan sido presentados por sus progenitores. Además, deben tenerse

⁸ Por ejemplo, véanse *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], no. 28957/95, §§ 86-88 y 91, 11 de julio de 2002; *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, nos. 79885/12 52471/13 52596/13, § 132, 6 de abril de 2017.

⁹ Véase *Mennesson c. Francia*, no. 65192/11, § 81, 26 de junio de 2014.

en cuenta los posibles intereses futuros del niño, así como los intereses de los niños en una situación comparable a los que también se aplican las disposiciones legislativas en cuestión.

En este caso, el Tribunal subrayó que el bienestar de los niños no podía considerarse de forma individualizada, debido a su corta edad, a la hora de determinar qué información debía inscribirse en el registro civil. El TEDH señaló que para el Tribunal Federal de Justicia alemán los intereses de los niños se solapaban en cierta medida con el interés general en la fiabilidad y coherencia del registro civil y la seguridad jurídica. El Tribunal también respaldó el enfoque adoptado por el alto tribunal alemán al destacar, como argumentos que justificaban limitar el derecho a la identidad de género de los progenitores afectados, los derechos del niño a conocer sus orígenes, a ser criado por ambos progenitores y a estar unido a ellos de forma estable (el Tribunal Federal de Justicia había subrayado que la vinculación jurídica del hijo a los progenitores según sus funciones procreadoras permite que el hijo esté vinculado de forma estable e inmutable a una madre y a un padre que no cambiarían, incluso en la hipótesis, no solo teórica, de que el progenitor transexual solicitara la anulación de la decisión de cambio de sexo).

En segundo lugar, el TEDH observó que el número de situaciones que podían dar lugar a la revelación de la identidad transexual de los padres afectados al presentar un certificado de nacimiento de los hijos era limitado. En particular, existían precauciones para reducir los inconvenientes a los que podían verse expuestos los padres transexuales; concretamente, en Alemania era posible obtener un certificado de nacimiento sin mención alguna de los progenitores. Solo un número limitado de personas, normalmente con conocimiento de la naturaleza transexual de la persona en cuestión, tienen derecho a solicitar una copia completa del certificado de nacimiento, y cualquier otra persona debe demostrar un interés legítimo en obtenerla. Además, en función de la finalidad que se persiga pueden utilizarse documentos distintos de la partida de nacimiento completa que no contengan indicaciones sobre el cambio de sexo (por ejemplo, para un empleador), a fin de evitar cualquier riesgo de divulgación de esta información. El Tribunal también señaló que las soluciones que habían propuesto los demandantes no les protegerían más de la divulgación de esa información relativa a su transexualidad. Por ejemplo, si los términos «madre» y «padre» se sustituyeran por «progenitor 1» y «progenitor 2», «progenitor 1» seguiría asociado a la persona que dio a luz al niño. La referencia al progenitor transexual no casado como padre, en ausencia de una referencia a la madre en el certificado de nacimiento, también podía suscitar dudas sobre su condición.

Por último, el Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que la relación paterno-filial entre los progenitores transexuales y sus hijos no se cuestionaba en sí misma pese a la denegación del cambio de denominación en los documentos.

A la vista de todos estos elementos, el Tribunal concluyó que los tribunales habían logrado un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses en juego, de conformidad con los requisitos del art. 8 del Convenio, y que por tanto no se había producido una violación del mismo.

**3. OBLIGACIÓN LEGAL DE PUBLICAR LOS DATOS PERSONALES DE LOS CONTRIBUYENTES, INCLUIDO SU DOMICILIO, EN RESPUESTA AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES (ART. 8 CEDH):
L. B. C. HUNGRÍA [GC]¹⁰**

La Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales publicó en su página web, conforme a lo dispuesto en la legislación húngara, los datos personales del demandante (incluidos su nombre y domicilio) en la lista de grandes deudores tributarios. Introducida como herramienta para atajar el incumplimiento de la normativa tributaria, la publicación sistemática y obligatoria de dichos datos se aplicaba a todos los contribuyentes que, al final del trimestre, adeudaran una cantidad elevada en concepto de impuestos durante un periodo superior a ciento ochenta días consecutivos.

El demandante interpuso una demanda ante el TEDH en virtud del art. 8 del Convenio. Una Sala del Tribunal consideró, en una sentencia de 12 de enero de 2021, que no se había infringido esta disposición. Según la Sala, la publicación impugnada no había supuesto una injerencia en la vida privada del demandante mayor de la necesaria para defender el interés legítimo del Estado de proteger su bienestar económico y los derechos y libertades del resto de los ciudadanos.

Tras la remisión del caso a la Gran Sala, esta alcanzó la conclusión contraria: que se había infringido el art. 8 del Convenio. Las razones invocadas por el legislador húngaro para promulgar el régimen de publicación obligatoria impugnado, aunque pertinentes, no habían sido suficientes y no se había alcanzado un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos en juego: por una parte, el interés público en garantizar la disciplina fiscal y el bienestar económico del país y el interés de los posibles socios comerciales en obtener acceso a determinada información en poder del Estado relativa a particulares y, por otra, el interés de los particulares en proteger determinadas formas de datos conservados por el Estado a efectos de recaudación tributaria.

La sentencia de la Gran Sala es digna de mención en la medida en que el Tribunal ha examinado por primera vez si, y en qué medida, la imposición de una obligación legal de publicar los datos personales de los contribuyentes,

¹⁰ TEDH, *L.B. c. Hungría* [GC], no. 36345/16,9 de marzo de 2023.

incluido el domicilio, era compatible con el art. 8 del Convenio. El Tribunal definió el alcance del margen de apreciación de que dispone el Estado a la hora de regular cuestiones de esta naturaleza y precisó los criterios pertinentes para llevar a cabo el ejercicio de ponderación entre los intereses contrapuestos en juego en este ámbito.

En primer lugar, para determinar el margen de apreciación, el TEDH tuvo en cuenta el grado de consenso a nivel nacional y europeo. Según un estudio de derecho comparado realizado, en veintiuno de los treinta y cuatro Estados miembros encuestados (entre ellos, en España) las autoridades públicas pueden, y en algunos casos deben, divulgar públicamente los datos personales de los contribuyentes que hayan incumplido sus obligaciones de pago, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Si bien la mayoría de los Estados en cuestión ofrecían un acceso sin restricciones a la información sobre los contribuyentes, solo unos pocos de ellos divulgaban la dirección del domicilio de los contribuyentes.

El Tribunal también se basó en tres conjuntos de principios generales ya establecidos en su jurisprudencia: (i) principios generales de su jurisprudencia sobre la divulgación de datos personales¹¹; (ii) principios específicos relativos a la protección de datos (en particular, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal¹²) y aplicados por el Tribunal, y, por último, (iii) principios sobre la adopción y aplicación de medidas generales¹³.

Teniendo en cuenta todos los factores anteriores, el TEDH consideró que los Estados partes del Convenio gozan de un amplio margen de apreciación a la hora de determinar la necesidad de establecer un régimen de difusión de los datos personales de los contribuyentes que incumplan sus obligaciones fiscales, como medio, entre otros, de garantizar el buen funcionamiento de la recaudación tributaria en su conjunto. En la medida en que la publicación impugnada formaba parte de la aplicación de una medida general (y no era objeto de una decisión individual), el TEDH aclaró que la elección de tal régimen general por el legislador no era problemática en sí misma, ni tampoco

¹¹ El TEDH mencionó, entre otros, *Z c. Finlandia*, no. 22009/93, 25 de febrero de 1997; *S. y Marper c. el Reino Unido* [GC], nos. 30562/04 30566/04, 4 de diciembre de 2008, y *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy c. Finlandia* [CG], no. 931/13, 27 de junio de 2017.

¹² Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, en vigor en España desde el 1 de octubre de 1985.

¹³ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido* [CG], no. 48876/08, 22 de abril de 2013.

la publicación de los datos de los contribuyentes como tal. No obstante, precisó el margen de apreciación de que gozan los Estados en este ámbito no es ilimitado: el Tribunal ya ha sostenido en repetidas ocasiones que las opciones elegidas por el legislador no escapan a su control, y ha evaluado la calidad del control parlamentario y judicial de la necesidad de una medida concreta.

En este contexto concreto, el Tribunal aclaró que lo que le compete examinar es si las autoridades nacionales competentes, ya sea a nivel legislativo, ejecutivo o judicial, han llevado a cabo un ejercicio adecuado de ponderación entre los intereses en conflicto, y precisó que, al hacerlo, deben tener en cuenta no solo (i) el interés público en la difusión de la información en cuestión, sino también (ii) la naturaleza de la información divulgada, (iii) las repercusiones y el riesgo de perjuicio para el disfrute de la vida privada de las personas afectadas, (iv) el alcance potencial del medio utilizado para la difusión de la información, en particular, el de internet, y (v) los principios básicos de protección de datos, incluidos los relativos a la limitación de la finalidad, la limitación del almacenamiento, la minimización de los datos y su exactitud. Por último, (vi) la existencia de garantías procesales también puede desempeñar un papel importante.

Al apreciar si el legislador húngaro había actuado dentro del margen de apreciación que se le había concedido, el TEDH destacó dos características del régimen impugnado: la inclusión del domicilio entre los datos personales del contribuyente sujetos a publicación obligatoria y la falta de discrecionalidad de la Administración tributaria para llevar a cabo una apreciación individualizada de la proporcionalidad. Teniendo esto en cuenta, el Tribunal analizó la calidad de la revisión parlamentaria en el caso concreto e identificó las siguientes deficiencias:

- no se evaluó la necesidad y el valor complementario de la medida general impugnada (especialmente dado que exigía la publicación del domicilio del deudor tributario) en el contexto de las herramientas existentes con la misma finalidad disuasoria;
- no se tuvo en cuenta el impacto sobre el derecho a la intimidad y, en particular, el riesgo de uso indebido del domicilio del deudor tributario por parte de otros miembros del público;
- no se tuvo en cuenta el alcance potencial del medio utilizado para la difusión de la información en cuestión (Internet), que implica un acceso sin restricciones a información bastante sensible (nombre y domicilio), con el riesgo de republicación como consecuencia natural, probable y previsible de la publicación original; y
- no se tuvieron en cuenta los requisitos de protección de datos de conformidad con la legislación nacional y de la UE ni la posibilidad

de elaborar respuestas adecuadamente adaptadas a la luz del principio de minimización de datos.

En consecuencia, la Gran Sala del TEDH concluyó que, a pesar del amplio margen de apreciación del Estado demandado, la injerencia impugnada no había sido «necesaria en una sociedad democrática» y, por tanto, contrariamente a lo que había dicho anteriormente la Sala, que sí había habido una violación del art. 8 CEDH.

4. OBLIGACIÓN POSITIVA DE BRINDAR UN MARCO LEGAL QUE PERMITA UN ADECUADO RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO; ALCANCE DEL MARGEN DE APRECIACIÓN (ART. 8 CEDH): FEDOTOVA C. RUSIA [GC]¹⁴

La presente sentencia da respuesta a tres demandas, interpuestas por seis demandantes que conformaban tres parejas homosexuales. Varias veces solicitaron el registro de sus respectivos matrimonios a diferentes oficinas de registro, siendo todos ellos rechazados (en alguna ocasión habiéndose inicialmente negado a examinar siquiera las solicitudes) sobre la base del hecho de que eran parejas homosexuales, cuando el Código de Familia ruso definía el matrimonio como una «unión marital voluntaria entre un hombre y una mujer».

Las tres parejas recurrieron tales decisiones ante diferentes tribunales nacionales. En esencia, alegaron que: (i) las solicitudes cumplían con los requisitos del Código de Familia; (ii) el Código de Familia no restringía el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio; (iii) la negativa a autorizar el matrimonio violó sus derechos constitucionales y los arts. 8, 12 y 14 del CEDH, y (iv) varios instrumentos internacionales, incluido el CEDH, prohíben cualquier forma de discriminación, incluida aquella basada en motivos de orientación sexual, e imponen a los Estados Partes la obligación de proteger la vida privada y familiar de todas las personas.

Los tribunales internos desestimaron estos recursos, argumentando que: (i) los demandantes no cumplían las condiciones establecidas en el Código de Familia por ser parejas homosexuales; (ii) ni el derecho internacional ni la Constitución imponían a las autoridades la obligación de promover o apoyar las uniones homosexuales ni el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales; (iii) el formulario de notificación de matrimonio contenía dos campos, «él» y «ella», por lo que no podía ser utilizado por parejas homosexuales;

¹⁴ TEDH, *Fedotova y otros c. Rusia*, no. 40792/10 y más, 17 de enero de 2023.

(iv) el concepto de matrimonio entre personas del mismo sexo contradecía las tradiciones nacionales y religiosas, la comprensión del matrimonio «como la unión biológica entre un hombre y una mujer», la política estatal de protección de la familia, la maternidad y la niñez, y la prohibición de promoción de la homosexualidad, y (v) el CEDH no impone la obligación de los Estados partes de permitir los matrimonios homosexuales.

Todos los demandantes recurrieron tales sentencias, y sus recursos fueron desestimados con base en los mismos argumentos. Los demandantes trataron de entablar recursos de casación contra dichas sentencias, pero o bien fueron inadmitidos a trámite o desestimados por considerar que sus argumentos se basaban en una interpretación incorrecta de las disposiciones del derecho de familia y contravenían las tradiciones nacionales establecidas. Las tres parejas, entonces, entablaron tres demandas ante el TEDH, que fueron acumuladas en un único caso. La resolución de Gran Sala es de particular interés por tres motivos:

- a) En primer lugar, el TEDH se pronunció por primera vez sobre su competencia para examinar un caso contra Rusia después de que esta haya dejado de ser Parte en el Convenio;
- b) En segundo lugar, el Tribunal confirmó que el art. 8 CEDH generaba una obligación positiva para los Estados partes de proporcionar un marco legal que permitiera a las parejas del mismo sexo disfrutar de un reconocimiento y protección adecuados de su relación;
- c) En tercer lugar, el TEDH aclaró el alcance del margen de apreciación otorgado a los Estados a este respecto.

El primer aspecto es destacable porque esta fue la primera sentencia de Gran Sala dictada desde que la Federación Rusa dejase de formar parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵, tras su expulsión como Estado miembro del Consejo de Europa¹⁶. En ella, el TEDH incorporó una cuestión preliminar para abordar su jurisdicción y competencia para pronunciarse sobre demandas interpuestas contra Rusia, si bien su competencia no había sido cuestionada en el contexto del presente procedimiento por el Estado demandado. El Tribunal consideró que, dado que el alcance de su jurisdicción está determinado por el propio Convenio, en particular por el art. 32 CEDH¹⁷,

¹⁵ El 16 de septiembre de 2022

¹⁶ El 16 de marzo de 2022

¹⁷ Art. 32 CEDH: «1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean

y no por las alegaciones de las partes en un caso particular, la mera ausencia de la alegación no puede considerarse como la posibilidad de extender esa jurisdicción, sino que el Tribunal debe cerciorarse de que tiene jurisdicción en cualquier caso que se le presente y, por lo tanto, está obligado a examinar la cuestión de su competencia en cada etapa del procedimiento, de oficio cuando sea necesario. Al respecto, señaló que de la redacción del art. 58 CEDH¹⁸, y más concretamente de los párrafos segundo y tercero, se desprende que un Estado que deja de ser parte del Convenio por el hecho de haber dejado de ser miembro del Consejo de Europa no está exento de sus obligaciones en virtud del Convenio con respecto a ningún acto realizado por ese Estado antes de la fecha en que deja de ser parte del Convenio. Esa interpretación de la disposición citada la había ya confirmado el Plenario del Tribunal en su «Resolución sobre las consecuencias del cese de la pertenencia de la Federación de Rusia al Consejo de Europa a la luz del art. 58 del CEDH», de 22 de marzo de 2022. El Tribunal declaró que seguía siendo competente para tramitar las solicitudes dirigidas contra la Federación de Rusia en relación con actos u omisiones que puedan constituir una violación del Convenio, siempre que hayan ocurrido hasta el 16 de septiembre de 2022. En el presente caso, los hechos que dieron lugar a las violaciones del Convenio alegadas por los demandantes tuvieron lugar antes del 16 de septiembre de 2022. Dado que las demandas se presentaron ante el Tribunal en 2010 y 2014, el Tribunal confirmó que tenía competencia para conocer de ellas.

Además, fue el propio Estado demandando el que solicitó que se remitiera el caso a la Gran Sala (tras la condena por violación del art. 8 CEDH por una sentencia de Sala de 13 de julio de 2021, que además había concluido que no había necesidad de examinar el fondo de las quejas en virtud del art. 14 del Convenio en relación con el art. 8 CEDH).

En segundo lugar, el Tribunal se refirió a la violación del art. 8 CEDH. Los demandantes denunciaban que les resultaba imposible que sus relaciones de pareja fueran reconocidas y protegidas por la ley en Rusia y que, debido al vacío legal en el que se encontraban como parejas, quedaban privados de toda

sometidos en las condiciones previstas por los arts. 33, 34, 46 y 47; 2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma».

¹⁸ Art. 58 CEDH: «[...] 2. Esta denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la Alta Parte Contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente Convenio en lo que se refiere a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha Parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto. 3. Bajo la misma reserva, dejará de ser parte al presente Convenio toda Alta Parte Contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa. [...]».

protección legal y se enfrentaban a dificultades sustanciales en su vida cotidiana. Esto, alegaron, equivaldría a una violación de su derecho al respeto de su vida privada y familiar, y, por tanto, a una violación del art. 8 del Convenio. El Gobierno ruso, en cambio, alegaba entre otras cuestiones que ampliar el matrimonio a las parejas homosexuales sería contrario a la Constitución rusa y al orden público, mientras que la creación de una nueva forma de unión legal exigiría una revisión del Código de Familia ruso.

El Tribunal comienza por confirmar la aplicabilidad del art. 8 al presente caso, tanto en el aspecto de «vida privada» como en el de «vida familiar» (en línea con jurisprudencia anterior). Haciendo un repaso de su propia jurisprudencia, el Tribunal recordó que, si bien el objeto esencial del art. 8 CEDH es proteger a los individuos contra injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, también puede imponer al Estado ciertas obligaciones positivas para garantizar el respeto efectivo de los derechos protegidos. La apreciación de obligaciones positivas bajo este art. del Convenio es cada vez más frecuente y aplicable, conforme a la jurisprudencia del TEDH, a supuestos diversos (como puede observarse en las sentencias anteriormente reseñadas). En este caso, el Tribunal recordó que ya había establecido anteriormente que el art. 8 CEDH exige que un Estado Parte garantice el reconocimiento legal y la protección de las parejas homosexuales estableciendo un «marco jurídico específico»¹⁹.

Asimismo, el Tribunal recordó que el Convenio es un «instrumento vivo» que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales y de las ideas que prevalecen a día de hoy en los Estados democráticos (por lo que lo que podía considerarse «admisible y normal» en el momento en que se redactó el Convenio podría resultar incompatible con él posteriormente). En el presente caso, la Gran Sala confirmó, en términos generales y fuera de un contexto nacional específico, la existencia de tal obligación positiva en virtud del art. 8 CEDH. Al hacerlo, el Tribunal se basó, en primer lugar, en el grado de consenso que se encuentra a nivel nacional e internacional. Llevó a cabo un estudio comparativo de las formas de reconocimiento de las parejas homosexuales en los Estados partes del Consejo de Europa, que concluyó que treinta Estados ofrecen actualmente a parejas del mismo sexo la oportunidad de que su relación sea reconocida por la ley: dieciocho con la figura del matrimonio, y doce con formas alternativas al matrimonio. Los otros diecisiete Estados (entre ellos Rusia) no ofrecen actualmente ninguna posibilidad a parejas homosexuales de que su relación sea reconocida por la ley. Además, el

¹⁹ TEDH, *Oliari y otros c. Italia*, nos. 18766/11 36030/11, 21 de julio de 2015 y *Orlandi y otros c. Italia*, nos. 26431/12 26742/12 44057/12 60088/12, 14 de diciembre de 2017.

Tribunal determinó que esta tendencia hacia el reconocimiento se veía consolidada por las posiciones convergentes de varios organismos internacionales. Muchas autoridades y organismos ven este reconocimiento como una herramienta para combatir la estigmatización, los prejuicios y la discriminación contra las personas homosexuales.

Así, teniendo en cuenta su jurisprudencia consolidada y la clara tendencia en los Estados partes, el Tribunal confirmó que, de conformidad con sus obligaciones positivas en virtud del art. 8 del Convenio, los Estados partes están obligados a proporcionar un marco jurídico que permita a las parejas homosexuales obtener el reconocimiento y la protección jurídica adecuados de su relación.

El tercer aspecto interesante de la sentencia es el análisis del margen de apreciación que debe concederse a los Estados en la implementación de esas obligaciones positivas. Según el TEDH, el margen de apreciación se debe reducir significativamente en relación con dicha obligación positiva de reconocer y proteger jurídicamente a las parejas homosexuales, y ello principalmente por dos razones: (i) el objeto de esta demanda (la solicitud por parte de parejas homosexuales del reconocimiento legal y la protección de su relación) afecta a facetas particularmente importantes de la identidad personal y social de los demandantes, y (ii) existe una clara tendencia clara en los Estados miembros del Consejo de Europa hacia el reconocimiento legal y la protección de las parejas homosexuales.

Sin embargo, el Tribunal puntualizó que, si bien se observa una clara tendencia hacia el reconocimiento y la protección jurídicos de las parejas homosexuales, no se encuentra un consenso similar en cuanto a la forma de dicho reconocimiento y al contenido de dicha protección. Así, como se desprende de su jurisprudencia consolidada, de conformidad con el principio de subsidiariedad que inspira el Convenio, los Estados partes disponen de un margen de apreciación más amplio para determinar la naturaleza exacta del régimen jurídico que debe ponerse a disposición de las parejas homosexuales (tanto con respecto a la forma de reconocimiento como al contenido de la protección), que no tiene por qué adoptar necesariamente la forma del matrimonio, siempre que dicha protección resulte «adecuada».

Una vez sentadas estas bases, el TEDH concluyó que, en el caso concreto, a los demandantes les había resultado imposible que sus respectivas relaciones fueran reconocidas legalmente en Rusia. Sin embargo, el reconocimiento legal de sus relaciones tenía un valor intrínseco para ellos, pues forma parte del desarrollo de su identidad personal y social, garantizado por el art. 8 del Convenio. De hecho, que las parejas homosexuales estuvieran obligadas a acudir a los tribunales nacionales para la protección de sus necesidades básicas como pareja constituía ya, en sí mismo, un obstáculo al respeto de su vida privada y familiar. Por lo

tanto, el Tribunal concluyó que, en aplicación al caso concreto, el marco legal ruso no satisfacía las necesidades básicas de reconocimiento y protección de las parejas homosexuales en una relación estable y comprometida. El Tribunal además indicó por qué las razones esgrimidas por el Gobierno ruso para justificar la falta de reconocimiento y protección legal de las parejas homosexuales no resultaban suficientes en contraposición al interés de los demandantes.

En conclusión, para el TEDH en este caso el Estado demandado (Rusia) se había excedido en su margen de apreciación y no había cumplido con su obligación positiva de garantizar el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar y, por tanto, se había producido una violación del art. 8 del Convenio.

La Gran Sala, al igual que lo hiciera la Sala, concluyó que teniendo en cuenta que había reconocido la existencia de una violación del art. 8 del Convenio, no resultaba necesario examinar si también se había producido una violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 CEDH.

5. RESTRICCIONES IMPUESTAS A UN LIBRO INFANTIL QUE PRESENTA LAS RELACIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO ESENCIALMENTE EQUIVALENTES A LAS RELACIONES ENTRE PERSONAS DE DISTINTO SEXO (ART. 10 CEDH): *MACATÉ C. LITUANIA* [GC]²⁰

La demandante, autora de libros infantiles y homosexual, escribió un libro de cuentos dirigido a niños de nueve a diez años, con el que pretendía fomentar la tolerancia y la aceptación de diversos grupos sociales marginados. Algunas asociaciones y miembros del Parlamento lituano expresaron su preocupación por dos de los cuentos, que se referían al matrimonio entre personas del mismo sexo. La distribución del libro se suspendió durante un año. Cuando se reanudó, el libro llevaba una etiqueta de advertencia en la que se indicaba que su contenido podía ser perjudicial para los niños menores de catorce años, que se hizo a raíz de la indicación de una autoridad pública de que los cuentos impugnados fomentaban un concepto del matrimonio y de la creación de la familia distinto del consagrado en la Constitución y la legislación lituanas (la unión únicamente entre un hombre y una mujer). La imposición de esa advertencia se basó en el art. 4 § 2 (16) de la ley lituana de protección de menores contra los efectos negativos de la información pública. La demandante interpuso sin éxito una demanda civil contra el editor.

La demandante se quejó ante el TEDH de una violación de su libertad de expresión en virtud del art. 10 del Convenio. El caso fue inicialmente asignado

²⁰ TEDH, *Macaté c. Lituania* [GC], no. 61435/19, 23 de enero de 2023.

a una Sala del Tribunal, que se inhibió en favor de la Gran Sala. Aunque la demandante falleció mientras el procedimiento ante el TEDH seguía pendiente, su madre continuó con la demanda en su nombre. La sentencia es interesante porque, por primera vez, el Tribunal evaluó las restricciones impuestas específicamente a la literatura infantil que representa relaciones entre personas del mismo sexo. En particular, es reseñable por la forma en que el Tribunal determinó el objetivo perseguido por las medidas impugnadas y, en segundo lugar, por la evaluación de la legitimidad de este objetivo.

El Gobierno lituano había alegado que, si bien la advertencia en el libro de la demandante constituía una injerencia en su libertad de expresión, esta había estado justificada por el objetivo de proteger a los niños de contenidos sexualmente explícitos o de contenidos que «promovieran» las relaciones entre personas del mismo sexo como superiores a las relaciones entre personas de distinto sexo, «insultando», «degradando» o «menospreciando» a estas últimas.

En opinión de la Gran Sala, sin embargo, no había apoyo en el texto del libro para llegar a tal conclusión, y las medidas impugnadas habían tratado en realidad de limitar el acceso de los niños a la información que presentaba las relaciones entre personas del mismo sexo como esencialmente equivalentes a las relaciones entre personas de distinto sexo. El Tribunal se remitió a la historia legislativa del art. 4 § 2 (16) de la Ley de Protección de Menores. De hecho, la referencia explícita a las relaciones homosexuales o bisexuales se había eliminado del texto final de esta disposición para evitar las críticas internacionales. Además, todos y cada uno de los casos en los que se había aplicado o invocado dicha disposición se referían a información sobre cuestiones relacionadas con el colectivo LGBTI. Por lo tanto, el Tribunal afirmó no tener ninguna duda de que su objetivo era restringir el acceso de los niños a contenidos que presentaban las relaciones entre personas del mismo sexo como esencialmente equivalentes a las relaciones entre personas de distinto sexo.

En cuanto a si el objetivo antes mencionado podía considerarse legítimo, el análisis del Tribunal se basó en los siguientes factores:

- (i) en primer lugar, el TEDH valoró la cuestión desde el punto de vista del interés superior del menor, visto a la luz de su naturaleza impresionable y fácilmente influenciable. A este respecto, el Tribunal se basó en sus propia jurisprudencia previa²¹ y en las de diversos organismos internacionales (entre ellos el Parlamento Europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la Comisión de

²¹ Véase TEDH, *Alekseyev c. Rusia*, nos. 4916/07 y más, 21 de octubre de 2010, y *Bayev y otros c. Rusia*, nos. 67667/09 y más, 20 de junio de 2017.

Venecia y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia). Por un lado, señaló que no existen pruebas científicas de que la información sobre las diferentes orientaciones sexuales, cuando se presenta de forma objetiva y adecuada a la edad, pueda causar ningún daño a los niños. Por otro lado, afirmó que la falta de dicha información y la continua estigmatización de las personas LGBTI en la sociedad es perjudicial para los niños, especialmente para aquellos que se identifican como LGBTI o proceden de familias homoparentales. Además, observó que las leyes de un número significativo de Estados miembros del Consejo de Europa incluyen explícitamente la enseñanza sobre las relaciones entre personas del mismo sexo en el currículo escolar o exigen que en la enseñanza se garantice el respeto a la diversidad y a la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual. El Tribunal también tomó nota del procedimiento de infracción incoado por la Comisión Europea contra Hungría debido a su reciente legislación que restringe explícitamente el acceso de los menores a la información sobre la homosexualidad o las relaciones entre personas del mismo sexo (que es una legislación excepcional entre los Estados miembros del Consejo de Europa).

- (ii) En segundo lugar, el Tribunal enfatizó que el respeto igualitario y mutuo por las personas de diferentes orientaciones sexuales era inherente a todo el contenido del Convenio. De ello se deduce que insultar, degradar o menospreciar a las personas por su orientación sexual, o promover un tipo de familia a expensas de otro, nunca fue aceptable en virtud del CEDH. Sin embargo, y pese a lo que alegaba el Gobierno, en el presente caso, lo que había hecho la demandante era precisamente lo contrario: representar las relaciones comprometidas entre personas del mismo sexo como esencialmente equivalentes a aquellas entre personas de un sexo diferente, más bien abogaba por el respeto y la aceptación de todos los miembros de una sociedad dada en este aspecto fundamental de sus vidas.
- (iii) En tercer lugar, el Tribunal esbozó otro elemento clave para la evaluación de las restricciones al acceso de los niños a la información sobre las relaciones entre personas del mismo sexo: si tales medidas se basan únicamente en consideraciones de orientación sexual o si existe alguna otra base para considerar que la información impugnada es inapropiada o dañina para el crecimiento y desarrollo de los niños. El TEDH subrayó que tales medidas, cuando son tomadas únicamente sobre la base de la orientación sexual, tienen implicaciones sociales más amplias. En el caso de autos, demostraban que las autoridades lituanas tienen preferencia por algunos

tipos de relaciones y familias sobre otros, y que ven las relaciones entre sexos diferentes como más aceptables socialmente y valiosas que las relaciones entre personas del mismo sexo, contribuyendo así a la continua estigmatización de estas últimas. Por lo tanto, tales restricciones, por limitadas que sean en su alcance y efectos, son incompatibles con las nociones de igualdad, pluralismo y tolerancia inherentes a una sociedad democrática.

En resumen, el TEDH afirmó que cuando no exista otra base en ningún otro aspecto para considerar que la información sobre las relaciones entre personas del mismo sexo es inapropiada o dañina para el crecimiento y desarrollo de los niños, las restricciones al acceso a dicha información no persiguen ningún objetivo que pueda aceptarse como legítimo a los efectos del art. 10 § 2 CEDH y, por lo tanto, son incompatibles con el Convenio.

6. PROTECCIÓN DE LOS DENUNCIANTES DE IRREGULARIDADES (WHISTLE-BLOWERS); PERFECCIONAMIENTO DE LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN GUJA CONTRA MOLDAVIA (ART. 10 CEDH): HALET C. LUXEMBURGO [GC]²²

Entre 2012 y 2014, varios cientos de declaraciones fiscales de empresas multinacionales que habían sido asesoradas principalmente por la empresa PricewaterhouseCoopers (PwC) y que se habían presentado llegando a acuerdos fiscales muy ventajosos en Luxemburgo fueron filtradas a la prensa (el llamado asunto «Luxleaks»). A. D., un auditor de la compañía, primero, y posteriormente el demandante (A), que también era empleado de PwC, filtraron los documentos a varios periodistas.

Como consecuencia, A. fue despedido por PwC y condenado a una multa penal de 1000 euros. Tras llevar a cabo un análisis exhaustivo de las circunstancias del caso a la luz de la jurisprudencia del TEDH, los tribunales luxemburgueses no aceptaron que el demandante pudiese beneficiarse de la eximente legal o la protección por tratarse de un denunciante de irregularidades (*whistle-blower*), si bien apreciaron la existencia de algunas circunstancias atenuantes, como la creencia por el demandante de que había actuado por un motivo honorable, que hubiera actuado de forma desinteresada, y que careciera de antecedentes penales. En cambio, los tribunales internos, y concretamente el Tribunal de Casación, sí que consideraron que A.D., el otro *whistle-blower*, podía beneficiarse de esa defensa y ser absuelto.

²² TEDH, *Halet c. Luxemburgo* [GC], no. 21884/18, 14 de febrero de 2023.

El demandante se quejó ante el TEDH de que su condena penal había constituido una injerencia desproporcionada en su derecho a la libertad de expresión protegida por el art. 10 CEDH. En virtud de una sentencia de 11 de mayo de 2021, una Sala del Tribunal consideró que la filtración llevada a cabo por el demandante no había tenido un interés público suficiente para contrarrestar el perjuicio causado a la empresa, y que la sanción que le había sido impuesta era proporcionada y no había tenido un efecto disuasorio («chilling effect») real en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en otros empleados.

Tras el reenvío del caso a la Gran Sala, esta llevó a cabo un nuevo análisis de los criterios y los principios relativos a la protección de los *whistle-blowers*, llegando a la solución contraria. El TEDH, a través de esta relevante sentencia, ha refinado y clarificado los criterios identificados en *Guja c. Moldavia* [GC]²³, teniendo en cuenta el contexto europeo e internacional actual, así como las características específicas del presente caso (en el que se había castigado penalmente la vulneración por el demandante de su obligación legal de observar el secreto profesional, así como la existencia de revelaciones previas de un tercero, A. D., sobre las mismas actividades del mismo empleador).

En vista de la inexistencia de una definición jurídica inequívoca a nivel internacional y europeo, el Tribunal se abstuvo de proporcionar una definición del concepto de «denunciante» (*whistle-blower*). Sin embargo, reafirmó los tres elementos que deben establecerse para la aplicación del régimen de protección pertinente: (i) si el empleado o funcionario en cuestión era la única persona, o parte de una pequeña categoría de personas, consciente de lo que estaba ocurriendo en el trabajo; (ii) el deber de lealtad, reserva y discreción inherente a una relación laboral y, en su caso, la obligación de cumplir un deber legal de secreto, y (iii) la posición de vulnerabilidad económica frente a la persona, institución pública o empresa de la que dependían para su empleo y el riesgo de sufrir represalias por su parte.

Basándose en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los denunciantes de irregularidades²⁴, el Tribunal aclaró que lo decisivo era la relación laboral de hecho del denunciante y no su estatuto jurídico específico. Además, el TEDH recordó que la evaluación de si una persona debe ser protegida como denunciante de irregularidades conforme a un análisis caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto específico.

²³ TEDH, *Guja c. Moldavia* [GC], no. 14227/04, 12 de febrero de 2008.

²⁴ El 30 de abril de 2014 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Recomendación CM/Rec (2014)7 sobre la protección de los *whistle-blowers*.

En cuanto a los «criterios Guja» para determinar si una persona que divulga información confidencial en el contexto de una relación laboral puede estar protegida por el art. 10 del Convenio, la Gran Sala volvió a confirmar la necesidad de verificar el cumplimiento de cada uno de ellos por separado, sin establecer una jerarquía entre ellos ni un orden de examen, y también afinó algunos de estos criterios de la siguiente manera:

- (1) Los canales utilizados para hacer la denuncia: aunque debe darse prioridad al canal de denuncias interno, determinadas circunstancias pueden justificar el uso de la «denuncia externa», incluidos los medios de comunicación. En particular, cuando el canal interno no es fiable o es ineficaz; cuando es probable que el denunciante se exponga a represalias; o cuando la información pertenece a la esencia misma de la actividad del empleador de que se trate (en particular cuando la actividad impugnada no es ilegal en sí misma, como en el caso de las prácticas de optimización fiscal en este caso).
- (2) La autenticidad de la información revelada: el TEDH reiteró que se trataba de un aspecto esencial del análisis, y que para que un denunciante obtenga la protección del art. 10 CEDH debe comportarse responsablemente y verificar, tanto como esté a su alcance, que la información es auténtica y fiable antes de divulgarla. La autenticidad de la información no se cuestionaba en este caso.
- (3) La buena fe del denunciante: se trata de un factor determinante, y el TEDH reiteró su jurisprudencia al respecto²⁵. Tampoco estaba en cuestión en el presente asunto.
- (4) Interés público de la información divulgada: este concepto debe evaluarse a la luz tanto del contenido de la información divulgada como de los objetivos de su divulgación. La evaluación debe necesariamente tener en cuenta los intereses que el deber de secreto o confidencialidad pretende proteger (especialmente cuando la divulgación también afecta a terceros). Teniendo en cuenta el abanico de informaciones de interés público que pueden entrar en el ámbito de la denuncia de irregularidades, el Tribunal indicó que el peso del interés público de la información divulgada disminuiría en función de si la información se refiere a actos o prácticas ilícitas; a actos, prácticas o conductas reprobables; o a un asunto que suscita un debate que da lugar a una controversia sobre la existencia o no de un perjuicio para el interés público. La información que puede consi-

²⁵ Véase por ejemplo TEDH, *Gawlik c. Liechtenstein*, 23922/19, 16 de febrero de 2021.

derarse de interés público también puede, en ciertos casos, referirse a la conducta de entidades privadas, como las empresas. El interés público también debe evaluarse a nivel supranacional (europeo o internacional) o en relación con otros Estados y sus ciudadanos. En resumen, la evaluación de este criterio debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso y el contexto en el que se produjo.

En el contexto específico del presente asunto, relativo a revelaciones anteriores (ya que las divulgadas por A. D. fueron previas a las que filtró el demandante), el Tribunal aclaró que el mero hecho de que ya se hubiera iniciado un debate público cuando tuvo lugar la revelación no podía, por sí solo, excluir la posibilidad de que la información revelada también hubiera sido de interés público: el objetivo de la denuncia de irregularidades no era únicamente descubrir y llamar la atención sobre información de interés público, sino también provocar cambios, lo que a veces requería que se diera la alarma varias veces sobre el mismo tema. Al ayudar al público en general a formarse una opinión informada sobre un tema de gran complejidad, las declaraciones fiscales reveladas por el demandante contribuyeron a la transparencia de las prácticas fiscales de las empresas multinacionales que tratan de trasladar sus beneficios a países de baja tributación, así como de las opciones políticas adoptadas en Luxemburgo a este respecto. Por tanto, la divulgación había sido de interés público, no solo en Luxemburgo, sino también en Europa y en los demás Estados cuyos ingresos fiscales podían verse afectados por dichas prácticas. En cuanto a la importancia de dicho interés público, el Tribunal señaló los importantes problemas económicos y sociales que se plantearon en este caso, habida cuenta del lugar que ocupan en la actualidad las empresas multinacionales.

- (5) Perjuicio causado: el TEDH precisó en qué términos debía realizarse el ejercicio de ponderación del perjuicio, aclarando que, más allá del perjuicio exclusivo para el empresario, debían tenerse en cuenta los efectos perjudiciales considerados en su conjunto, en la medida en que estos podían afectar a intereses privados (incluidos los de terceros) y públicos (por ejemplo, el bien económico general o la confianza de los ciudadanos en la equidad y justicia de las políticas fiscales de los Estados). En este caso, si bien los órganos judiciales internos se habían centrado únicamente en el perjuicio sufrido por PwC, el TEDH tuvo también en cuenta el perjuicio causado a los intereses privados de los clientes de PwC y a los intereses públicos en juego (por ejemplo, el interés público en prevenir/castigar el robo de datos y en preservar el secreto profesional). Tras realizar el ejercicio de

ponderación, el Tribunal concluyó que el interés público de la filtración impugnada prevalecía sobre todos los efectos perjudiciales, habida cuenta, en particular, de las constataciones anteriores en cuanto a la importancia (a nivel nacional y europeo) del debate público sobre las prácticas fiscales de las empresas multinacionales, al que la información divulgada había contribuido de manera esencial.

- (6) Gravedad de la sanción: aunque el recurso a la vía penal se había considerado incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión del denunciante, el Tribunal observó, no obstante, que en muchos casos, en función del contenido de la revelación y de la naturaleza del deber de confidencialidad o de secreto violado por ésta, el comportamiento del interesado podía legítimamente constituir una infracción penal. Por otra parte, ni la literalidad del art. 10 CEDH ni la jurisprudencia del Tribunal excluyen la posibilidad de que un mismo acto pueda dar lugar a una acumulación de sanciones o dar lugar a múltiples repercusiones, ya sean profesionales, disciplinarias, civiles o penales. En el presente asunto, habida cuenta de la naturaleza de las sanciones impuestas y de la gravedad de su efecto acumulativo y, en particular, del efecto disuasorio, el Tribunal consideró que la condena penal del demandante había sido desproporcionada.

Como resultado de un análisis global de todos los «criterios *Guja*», el Tribunal consideró que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante, en particular su libertad de difundir información, no había sido necesaria en una sociedad democrática y vulneraba el art. 10 del Convenio.

7. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE UN ESTADO QUE HA DEJADO DE SER MIEMBRO DEL CONVENIO (ARTS. 44A Y 44C DEL REGLAMENTO DEL TRIBUNAL): SVETOVA Y OTROS C. RUSIA²⁶

Como se ha indicado anteriormente en la sentencia *Fedotova y otros c. Rusia*, el Tribunal se ha declarado competente para conocer de aquellos casos contra Rusia relativos a hechos acaecidos antes del 16 de septiembre de 2022, fecha en que este país dejó de ser parte del Convenio. Esta sentencia es de interés porque en ella la Sala de la que había sido parte el juez ruso abordó las cuestiones de procedimiento derivadas del cese de la Federación Rusa como miembro del Consejo de Europa.

²⁶ TEDH, *Svetova y otros c. Rusia*, no. 54714/17, 24 de enero de 2023.

En primer lugar, el TEDH se pronunció sobre la cuestión del nombramiento de un juez *ad hoc* para estar presente en las formaciones judiciales ocupándose de los casos rusos después del 16 de septiembre de 2022, fecha en que dejó de haber un juez ruso (y una lista válida de jueces rusos *ad hoc*) ante el Tribunal. Después de informar a las partes, el presidente de la Sala decidió nombrar un juez *ad hoc* de entre los miembros de la composición, esto es, entre los otros jueces que formaban parte de esa Sala, aplicándose por analogía el art. 29 § 2 b) del Reglamento del Tribunal.

En segundo lugar, el Tribunal consideró las consecuencias de la no participación del Gobierno demandado en el proceso, considerando que dicha ausencia no podía impedir el examen de la demanda. El Tribunal se inspiró en los principios generales de su jurisprudencia desarrollados en el contexto de los arts. 34 y 38 del Convenio con respecto a las obligaciones que imponen a los Estados de proporcionar todas las facilidades necesarias para permitir un examen adecuado y efectivo de las solicitudes²⁷. También se basó en la Regla 44A de su Reglamento, que se refiere a la obligación de las partes de cooperar con el Tribunal, enfatizando que esta obligación subsiste mientras el Tribunal mantenga su competencia para conocer de demandas derivadas de hechos u omisiones que puedan constituir una violación del Convenio, siempre que dichos hechos u omisiones hayan ocurrido con anterioridad a la fecha en que el Estado demandado haya cesado de ser parte del Convenio.

El Tribunal también se refirió a la Regla 44C § 2 del Reglamento, según el cual «la abstención o negativa de una Parte Contratante demandada a participar efectivamente en el procedimiento no constituye en sí misma una razón para que la Sala interrumpa el examen de la solicitud». Al igual que en otras situaciones en las que un Estado no había participado en al menos ciertas etapas del procedimiento (por ejemplo, la no presentación de observaciones por parte del gobierno demandado o su no participación en una audiencia), el Tribunal consideró que ello debía interpretarse como una renuncia al derecho del Estado demandado en cuestión a participar, pero no un impedimento para el Tribunal de proceder al examen del caso. Lo que sí debía evaluar eran las consecuencias de tal renuncia sobre la distribución de la carga de la prueba. Sobre este último punto, el Tribunal se refirió a la Regla 44C (§ 1 *in fine*) de su Reglamento, que le permite extraer las consecuencias que considere apropiadas cuando una Parte Contratante se abstenga o se niegue a participar efectivamente en el proceso. Así, entendió que tal omisión por parte del Estado demandado no debería equivaler automáticamente a la aceptación de los argumen-

²⁷ Véanse TEDH, *Georgia c. Rusia* (I) [GC], no. 13255/07§ 99, 3 de julio de 2014, y *Carter c. Rusia*, no. 20914/07, §§ 92-94, 21 de septiembre de 2021.

dantes, sino que el Tribunal debía convencerse, con base en las pruebas disponibles, del relato de hechos y de los méritos de la demanda en cuestión.

En el presente caso, habiendo optado el Estado demandado por no participar en el procedimiento y no presentar ningún documento o argumento en defensa, el Tribunal examinó la demanda sobre la base de las observaciones de los demandantes, cuya exactitud se presume si se apoya en suficientes pruebas y siempre que otros documentos obrantes en el expediente no hayan llevado a una conclusión diferente. Con ello, concluyó la existencia de sendas violaciones de los arts. 8 y 10 CEDH, así como del art. 13 en relación con el art. 8 del Convenio.

III. DERECHO DE LA UE

La tarea de los jueces nacionales de integrar o combinar el derecho de la UE y el Convenio no es siempre sencilla. En ocasiones, tanto el TJUE como el TEDH deben tener también en cuenta ambos cuerpos de derecho para resolver las demandas interpuestas ante ellos. En esta sección se recogen dos de las sentencias más relevantes del primer cuatrimestre de 2023 en las que, una vez más, la legislación de la UE y su aplicación han sido examinadas por el TEDH o han jugado un papel fundamental en la resolución de los casos.

1. PRIMERA EVALUACIÓN DE LA ADECUACIÓN DEL ENFOQUE DE PUNTOS CRÍTICOS (HOTSPOTS) CON EL CONVENIO: (ART. 3, ART. 5, ART. 4 PROTOCOLO NO. 4): J.A. Y OTROS C. ITALIA²⁸

En esta sentencia de Sala, el TEDH evaluó por primera vez la compatibilidad con el Convenio del «enfoque de puntos críticos» adoptado por la Comisión Europea en 2015.

De acuerdo con el Reglamento (UE) 2019/1896, «punto crítico (*hotspot area*) es una zona establecida a petición del Estado miembro de acogida en la que el Estado miembro de acogida, la Comisión, los organismos de la Unión competentes y los Estados miembros participantes cooperan con el objeto de gestionar un reto migratorio desproporcionado, existente o potencial, caracterizado por un aumento significativo del número de migrantes que llegan a las fronteras exteriores»²⁹. Por ejemplo, Sicilia y Lampedusa en Italia o Lesbos y

²⁸ TEDH, *J.A. y otros c. Italia*, no. 21329/18, 30 de marzo de 2023.

²⁹ Art. 1 § 23 del Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) no. 1052/2013 y (UE) 2016/1624.

Kos en Grecia. El «enfoque de puntos críticos» fue parte de la llamada Agenda Europea sobre Migración iniciada por la Comisión Europea en 2015 con el fin de ayudar a los Estados miembros de primera línea a hacer frente a las llegadas masivas de inmigrantes.

En esencia, el objetivo de este enfoque era facilitar a Italia y a Grecia la gestión de la migración irregular ante el aumento repentino y drástico de los migrantes que llegaban a sus fronteras exteriores. Una parte esencial del trabajo de los equipos de apoyo a la gestión de la migración en los «puntos críticos» es garantizar el retorno efectivo, lo que exige el refuerzo de sistemas para dictar y ejecutar las decisiones de retorno.

Los cuatro demandantes en este caso eran inmigrantes que tuvieron que permanecer diez días en el punto crítico de Lampedusa, tras lo cual fueron expulsados por la fuerza desde Italia a Túnez. El TEDH concluyó que se habían producido varias violaciones del CEDH sobre la base de que las condiciones en el punto crítico eran inhumanas y degradantes (art. 3 CEDH), que la presencia de los demandantes allí en las condiciones en que se produjo equivalía a una detención ilegal (art. 5 §§ 1, 2 y 4 CEDH) y que habían sido víctimas de una expulsión colectiva (art. 4 del Protocolo No.4 CEDH).

Lo que llama la atención de esta sentencia del TEDH, en términos de la interacción entre la legislación de la UE y el Convenio, es que contiene una crítica directa a la falta de garantías adecuadas para proteger a los migrantes contra las violaciones de sus derechos fundamentales en Lampedusa pero, al mismo tiempo, deja abierta la cuestión de si el responsable de ello es Italia o la UE. Por una parte, el Gobierno italiano en ningún momento aludió a disposiciones del derecho de la UE como parte del marco normativo relevante en este caso. Pero por otra, y pese a ello, la sentencia del TEDH reproduce amplias fuentes del derecho de la UE en materia de migración, lo que sugiere que la legislación de la UE puede ser relevante en esta área, aunque solo sea por la cooperación que tiene lugar en los puntos críticos entre entidades nacionales y de la UE.

Este es el caso de la detención ilegal de los demandantes. Sobre esta cuestión, el TEDH señaló que el Gobierno italiano no había demostrado que el «marco normativo italiano, incluidas las normas de la UE que pudieran ser aplicables», proporcionara instrucciones claras sobre la detención de migrantes en estas instalaciones. La sentencia se refiere asimismo a la naturaleza y función de los puntos críticos, que se encuentran, según afirma, determinados por la «ley nacional y el marco normativo de la UE».

Conforme a la situación actual, en la que la UE no es (todavía) parte del CEDH, Italia es la única parte demandada responsable de las violaciones constatadas por el TEDH en este caso, en particular las que se derivan de la ausencia de un fundamento jurídico claro y de salvaguardias a este respecto,

en el que basar la detención de los demandantes, independientemente de si ello tiene su origen en la legislación nacional o de la UE, y si el desarrollo legislativo necesario correspondía a Italia o a la UE. Cabe señalar, a este respecto, que, en este último caso, Italia podría tener problemas para ejecutar la sentencia.

No obstante, si en un futuro la UE se adhirió finalmente como parte al Convenio, esta clase de situaciones, caracterizadas por cuestiones relativas a quién es el legislador competente en la cuestión litigiosa, podría dar lugar a la aplicación del «mecanismo de los codemandados» (*co-respondent mechanism*) previsto en el art. 3 del Acuerdo de Adhesión de la UE al Convenio³⁰. En virtud de este mecanismo, la UE podría convertirse efectivamente en codemandada en los procedimientos ante el TEDH, junto al Estado miembro demandado, siempre que (i) las supuestas violaciones del Convenio se deban a la ausencia de una normativa adecuada y no a una aplicación incorrecta de la normativa existente, y (ii) la UE considere que al menos una parte de la normativa que falta es de su competencia.

En esta clase de procedimientos, el TEDH, previsiblemente (al igual que en el presente caso) dejaría abierto si y en qué medida el Estado miembro en cuestión, la UE o ambos son responsables de las violaciones encontradas. La diferencia fundamental sería que, en lugar de poder declarar al Estado miembro único responsable de las violaciones constatadas y de la ejecución de la sentencia, independientemente de si es competente o no, el TEDH consideraría tanto a la UE como a la Estado miembro corresponsable, asegurando así que el legislador competente responda en caso de que la ejecución de la sentencia requiera una intervención legislativa. Garantizar la participación obligatoria de la UE como legislador, según sus competencias, en la ejecución de las sentencias del TEDH será, si llega a producirse la adhesión en los términos actualmente planteados, el principal beneficio del citado mecanismo de los codemandados.

³⁰ El Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales se encuentra en fase de borrador, sujeto a permanente negociación por parte del Grupo «16+1». Las diferentes versiones del mismo y el estado de la negociación pueden encontrarse en la tabla disponible en el siguiente enlace: <https://xurl.es/t1wdd>.

2. LA REAPERTURA DEL PROCEDIMIENTO INTERNO TRAS LA FALTA DE PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TJUE (ART. 6 CEDH): *GEORGIU C. GRECIA*³¹

Se trata de un nuevo ejemplo de la aplicación por parte del TEDH de su doctrina sobre la obligación en virtud del art. 6 § 1 del Convenio de que los tribunales nacionales de última instancia den razones, basadas en la jurisprudencia del TJUE pertinente, de por qué no consideran necesario plantear una cuestión prejudicial al TJUE en aplicación del art. 267 TFUE a pesar de una petición en ese sentido de una de las partes en el procedimiento³². En este caso, nuevamente el TEDH apreció que se había producido una violación del art. 6 § 1 CEDH debido a que, en su sentencia, el Tribunal de Casación griego no se refirió a la solicitud del demandante de que se consultara al TJUE en virtud del art. 267 TFUE, ni dio ninguna razón por las que consideró que la cuestión planteada por él no merecía ser remitida al TJUE.

La novedad de este caso radica en que el TEDH, invocando el art. 46 del Convenio (que establece la fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias), sugirió al Estado griego, como forma de ejecución, la reapertura del proceso interno, si así se solicita por el demandante. En concreto, el TEDH señaló que, si bien en principio no es tarea del Tribunal prescribir exactamente cómo un Estado debe poner fin a una violación de la Convención y reparar sus consecuencias, está claro que la restauración a «la situación más cercana posible a la que habría existido si no se hubiera producido la violación en cuestión» consistiría, en el presente caso, en tomar medidas para asegurar que el proceso interno fuera reabierto, si así se solicitase por el demandante, para que la solicitud de planteamiento de la cuestión prejudicial fuera examinada por el Tribunal de Casación griego.

Es interesante que en la parte ejecutiva de la sentencia se diga específicamente que el Tribunal «considera que la adopción de medidas por parte del Estado demandado para garantizar la reapertura del procedimiento ante el Tribunal de Casación, si se solicita, constituiría una reparación adecuada de la violación de los derechos del demandante».

³¹ TEDH, *Georgiou c. Grecia*, no. 57378/19, 14 de marzo de 2023.

³² Véase, entre otros ejemplos anteriores, TEDH, *Sanofi Pasteur c. Francia*, no. 25137/16, 13 de febrero de 2020, *Quintanel y otros c. Francia* (dec.), nos. 12528/17 y más, 17 de junio de 2021, *Rutar y Rutar Marketing D.O.O. c. Eslovenia*, no. 21164/20, 15 de febrero de 2022, y *Bio Farmland Betriebs S.R.L. c. Rumania*, no. 43639/17, 13 de julio de 2021.

IV. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL TEDH: OPINIONES DICTADAS AL AMPARO DEL PROTOCOLO ADICIONAL N.º 16

En agosto de 2018 entró en vigor el Protocolo Adicional n.º 16 del Convenio³³ en virtud del cual los altos tribunales de cada Estado parte pueden solicitar al TEDH que emita una opinión no vinculante acerca de cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos. España no ha firmado ni ratificado el Protocolo Adicional n.º 16, pero la Gran Sala continúa emitiendo opiniones consultivas solicitadas por otros Estados miembros que sí lo han hecho. En el primer cuatrimestre de este año, ha dictado la que es ya su sexta opinión consultiva.

Se trata de la Opinión Consultiva n.º P16-2022-001, relativa al estatus procesal y a los derechos del progenitor biológico en el procedimiento para la adopción de un adulto bajo el art. 8 del Convenio, 13 de abril de 2023.

Esta solicitud de opinión consultiva, realizada por el Tribunal Supremo de Finlandia, se originó en un procedimiento ante los tribunales finlandeses relativo a la adopción de un adulto, C, por su tía, B, con la que había vivido desde los tres años hasta la edad adulta. Durante este tiempo, B tuvo la custodia complementaria de C, concedida a petición de su madre biológica, A. Sin embargo, su madre había seguido participando en la educación de C y aún mantenían contacto. A se opuso a la adopción y fue escuchada como testigo por el tribunal de primera instancia, que acordó su testimonio de oficio. Dicho tribunal concedió la adopción de C, al considerar que se cumplían los requisitos legales: C había sido criado por B, y mientras el adoptado era menor de edad, mantenían una relación comparable a la de hijo y progenitor. El recurso de A fue desestimado por el tribunal de apelación finlandés sin entrar a considerar el fondo: que en virtud de la Ley de Adopción finlandesa, el progenitor de un adulto no es parte en un asunto relativo a la adopción de este y no tiene derecho a recurrir.

La madre biológica recurrió al Tribunal Supremo, que a su vez solicitó una opinión consultiva al TEDH sobre las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Debe interpretarse el Convenio en el sentido de que los procedimientos judiciales relativos a la concesión de una adopción de un hijo mayor de edad en general, y especialmente en las circunstancias del caso que nos ocupa, están amparados por la protección del progenitor biológico a que se refiere el art. 8 del Convenio?

³³ Protocolo Adicional n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CETS n.º 2014), aprobado el 2 de octubre de 2013, que entró en vigor el 1 de agosto de 2018.

- 2) Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿deben interpretarse los arts. 6 y 8 del Convenio en el sentido de que el progenitor biológico de un hijo mayor de edad debe, en todos los casos, o especialmente en las circunstancias del presente asunto, ser oído en los procedimientos judiciales relativos a la concesión de la adopción?
- 3) Si la respuesta a las preguntas anteriores es afirmativa, ¿deben interpretarse los arts. 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de forma que el progenitor biológico tenga la condición de parte en el asunto, y que el progenitor biológico tenga derecho a que la decisión relativa a la adopción sea revisada por un tribunal superior mediante recurso?

En respuesta a las preguntas planteadas, el Tribunal aclaró si el art. 8 CEDH era aplicable a los procedimientos judiciales relativos a la concesión de la adopción de un hijo mayor de edad, en su vertiente de vida familiar o privada, y qué requisitos procesales debían cumplirse en este contexto.

En cuanto al aspecto de la «vida familiar», el Tribunal señaló que la relación entre la madre biológica (A) y el adulto adoptado (C) no se caracterizaba por ningún factor de dependencia ni por un aspecto pecuniario o patrimonial, como ha definido anteriormente este aspecto del art. 8 CEDH en su jurisprudencia. Concluyó que, por lo tanto, no procedía analizar el asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional requirente desde el punto de vista de la «vida familiar».

Por lo que se refiere al aspecto de la «vida privada» del art. 8 CEDH, el Tribunal recordó la importancia de la filiación biológica como componente de la identidad (véase *Menesson c. Francia*, y la opinión consultiva relativa al reconocimiento en derecho interno de una relación legal paterno-filial en ese caso), el derecho a la autodeterminación (*Paradiso y Campanelli c. Italia* [CG]) y el principio de autonomía personal (*Fedotova y otros c. Rusia* [CG]). A la luz de los principios anteriores, y en la medida en que la identidad del progenitor biológico estaba en juego dado el efecto de la interrupción de la relación parental legal con el hijo adulto, el Tribunal concluyó que puede considerarse que un procedimiento judicial relativo a la concesión de la adopción de un hijo adulto afecta a la vida privada de un progenitor biológico en virtud del art. 8 del Convenio.

A continuación, el Tribunal aclaró los requisitos procesales del art. 8 CEDH aplicables al procedimiento en cuestión y, en particular, si debía reconocerse al progenitor biológico del adoptado adulto el derecho a ser oído, el derecho a que se le reconociera la condición de «parte procesal» y el derecho a recurrir la concesión de la adopción. El Tribunal señaló que, si bien el progenitor biológico tiene derecho a que se respete su autonomía personal, esta debe entenderse delimitada por la autonomía personal y la vida privada del

adoptante y del adoptado mayor de edad, que también se ven afectadas, y en todo caso en mayor medida, por dicho procedimiento. Dado que los procedimientos internos afectaban al ámbito de las relaciones de los individuos entre sí, la elección de los medios para garantizar el cumplimiento del art. 8 CEDH entraba dentro del margen de apreciación del Estado finlandés en este caso. En la legislación finlandesa en materia de adopción de adultos, a diferencia de la adopción de un menor, la adopción de un adulto se trataba esencialmente de un asunto personal y, por tanto, los intereses de otras partes –en particular, los de los progenitores biológicos del adoptado– no se trataban como consideraciones pertinentes, sino que la evaluación necesaria se centraba en una cuestión esencialmente fáctica: el carácter de la relación entre el adoptante y el adoptado mientras éste era menor de edad.

El Tribunal subrayó la importancia de la noción de autonomía personal en este contexto. Al mismo tiempo, señaló que cuando están en juego los intereses de un individuo protegidos por el art. 8 CEDH, como los de un progenitor biológico del adoptado adulto, una garantía procesal elemental es que se le dé la oportunidad de ser oído y que las alegaciones formuladas sean tenidas en cuenta por el órgano decisorio en la medida en que sean pertinentes. A este respecto, el Tribunal observó que esto es lo que parecía haber sucedido ante el tribunal de primera instancia: este había escuchado, por iniciativa propia, a la madre biológica en persona, así como a varios testigos más propuestos por ella; ella había podido aportar como prueba la naturaleza y la calidad de su relación con su hijo adulto a lo largo de su infancia, y el tribunal de primera instancia se había referido expresamente a la prueba practicada a instancias de la madre biológica.

Por último, el Tribunal no consideró que fueran necesarias salvaguardas específicas adicionales: teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación al que tenía derecho el Estado en la regulación del procedimiento de adopción de adultos, el respeto del art. 8 CEDH no exigía que se concediera a un progenitor biológico la condición de parte procesal o el derecho a recurrir la concesión de la adopción.

En la medida en que en las preguntas planteadas por el Tribunal Supremo finlandés se hacía referencia también al art. 6 del Convenio, el Tribunal subrayó que, para proporcionar una orientación útil en el marco del Protocolo Adicional n.º 16, puede ser necesario abordar todos los elementos planteados por el órgano jurisdiccional requirente. Por lo tanto, si bien el Tribunal, en su propia práctica, opta a menudo por centrarse en el art. 8 CEDH únicamente cuando las demandas se refieren tanto al art. 6 como al 8 CEDH, dicha práctica podría no ser apropiada en el contexto del Protocolo n.º 16. En este caso, y al respecto de esta queja específicamente, el Tribunal observó que el derecho reclamado por la madre biológica no parecía existir en el derecho

interno. Si el tribunal requirente así lo confirmara, se deduciría que, desde la perspectiva del TEDH, el art. 6 CEDH no era aplicable a la madre biológica en el marco del procedimiento de adopción de un adulto.

V. ESPAÑA Y EL TEDH

En esta última sección se recogen algunas de las decisiones y sentencias dictadas por el TEDH resolviendo demandas presentadas contra España, aunque no han sido muchas en este primer cuatrimestre del año.

En primer lugar, se reseña una decisión de declarar inadmisibles una demanda interpuesta bajo los arts. 6 y 2 de los protocolos n.º 7, 10 y 11 CEDH, por estar manifiestamente mal fundada. La demandante, parte de un grupo de estudiantes que interrumpieron una mesa redonda hasta provocar la suspensión del evento, fue sancionada penalmente en segunda instancia tras haber sido absuelta en la primera. Pese a ello, el TEDH concluyó que había tenido un procedimiento justo, con acceso a segunda instancia penal, y que la injerencia en su derecho de reunión había sido proporcionada.

La segunda decisión reseñada se refiere a una demandante a cuyo hijo se había declarado en situación de desamparo debido a la situación de falta de cuidados en que se encontraba. La ejecución de la declaración de desamparo del menor (acudir al domicilio para que los servicios sociales se hicieran cargo de él) se acordó por la vía urgente sin audiencia de los padres. La demandante se quejaba de una violación de su derecho al respeto de su vida familiar y de su domicilio en virtud del art. 8 del Convenio, y de su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en virtud del art. 3 del Convenio, pero el Tribunal consideró que ambas quejas estaban manifiestamente mal fundadas.

También se resumen dos sentencias, muy similares entre sí ya que se plantearon las mismas cuestiones. Se trata de mujeres que, conviviendo en relación análoga a la del matrimonio con sus respectivas parejas en Cataluña, no cumplían con todos los requisitos legalmente establecidos para acceder a una pensión de viudedad al fallecer estas, por no haber registrado sus respectivas parejas de hecho conforme a una legislación que había entrado en vigor poco tiempo antes. El TEDH consideró que, si bien no se había vulnerado su derecho a no ser discriminadas por motivo de género en relación con el acceso a una prestación que podía afectar a su vida privada (art. 14 en relación con art. 8 CEDH), sí que se había producido una vulneración del derecho de propiedad de estas mujeres (art. 1 del Protocolo n.º 1 CEDH). Y ello puesto que, debido a las circunstancias muy específicas de estos casos, debía reconocer que las demandantes, al fallecer sus parejas, tenían una expectativa legítima de ser beneficiarias de dicha pensión de viudedad.

A continuación, se resumen dichas resoluciones, exponiendo primero las decisiones y a continuación las sentencias, en orden cronológico.

1. GOZALBO MOLINER (DEC.)³⁴

En marzo de 2013, un grupo de estudiantes, entre los que se encontraba la demandante, forzaron una puerta en los locales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona e interrumpieron una mesa redonda sobre el modelo universitario que había sido organizada por una asociación privada. Los manifestantes leyeron un manifiesto utilizando un megáfono, gritaron y silbaron. Se negaron a abandonar el recinto, por lo que las autoridades universitarias acordaron con los organizadores suspender la mesa redonda para evitar un riesgo mayor. La actuación de los manifestantes no causó daños personales ni materiales.

En agosto de 2018 un juzgado de lo Penal de Barcelona declaró a la demandante culpable de una falta de coacciones, que había prescrito, ya que se había cometido hacía más de seis meses. Consideró que la demandante no había cometido el delito de coacciones, ya que su conducta no había alcanzado el umbral de violencia requerido, y que sus actos no constituían el delito de impedimento o perturbación del ejercicio de la libertad de reunión, dado que los organizadores y participantes de la mesa redonda habían acordado suspender su reunión. Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular recurrieron la sentencia de primera instancia.

En diciembre de 2018, la Audiencia Provincial de Barcelona, sin celebrar vista, revocó la sentencia de primera instancia, declaró a la demandante culpable de un delito de perturbación del legítimo ejercicio de la libertad de reunión y le impuso una multa por importe de 1050 euros. Los sucesivos recursos de la demandante fueron desestimados o inadmitidos.

En su demanda ante el TEDH, la demandante se quejaba en virtud del art. 6 del Convenio de que había sido condenada por el tribunal de apelación, que había modificado y reevaluado implícitamente los hechos establecidos por el tribunal de primera instancia, sin haber sido oída en una vista oral. El TEDH observó que la Audiencia Provincial había prescindido de la celebración de una vista, pero consideró que el tribunal de apelación se había limitado a valorar jurídicamente los hechos ya establecidos por el tribunal de primera instancia, sin modificarlos. En esencia, la Audiencia Provincial consideró, en contra de la conclusión del tribunal de primera instancia pero con base en los hechos tal y como habían sido establecidos por este, que el delito de impedir el ejercicio

³⁴ TEDH, *Gozalbo Moliner c. España* (dec.), no. 23896/21, 2 de marzo de 2023.

legítimo de la libertad de reunión de los demás no requería necesariamente el uso de la violencia o un alto nivel de intensidad de la conducta, dado que, en virtud del art. 514.4 del Código Penal, el delito podía cometerse por medios ilegales o por cualquier otro procedimiento ilícito. El TEDH constató que el procedimiento contra la demandante fue contradictorio, dado que la demandante tuvo la oportunidad de presentar su versión de los hechos oralmente ante el tribunal de primera instancia y de aportar observaciones escritas en respuesta a las de las acusaciones pública y particular. En consecuencia, declaró esta queja inadmisibles por considerar que estaba manifiestamente mal fundada.

La demandante se quejó, además, en virtud del art. 2 del Protocolo n.º 7 CEDH, de que al haber sido condenada en apelación no se le había dado la oportunidad de recurrir su condena en segunda instancia. El TEDH indicó a este respecto que ninguna disposición del Convenio o de sus Protocolos Adicionales garantizan el derecho a que un caso sea examinado por tres niveles de jurisdicción, por lo que esta queja fue igualmente declarada inadmisibles por estar manifiestamente mal fundada.

Por último, la demandante se quejaba asimismo en virtud de los arts. 10 y 11 del Convenio de que el procedimiento penal seguido contra ella y la multa que se le había impuesto habían tenido un efecto disuasorio sobre su libertad de expresión y de reunión. El Tribunal consideró, sin embargo, que esta queja únicamente debía examinarse en virtud del art. 11 CEDH, y aceptó que se había producido una injerencia en el derecho a la libertad de reunión de la demandante. Dicha injerencia tenía una base jurídica en el derecho interno (el art. 514.4 del Código Penal), y perseguía la finalidad de proteger el derecho a la libertad de reunión de los participantes en la mesa redonda, esto es, un objetivo legítimo en el sentido del art. 11.2 del Convenio. Quedaba, por tanto, examinar si había sido necesaria en una sociedad democrática. A este respecto, el TEDH reiteró que la estructuración de una manifestación, o de una parte de ella, de forma que perturbe otras actividades en un grado superior al inevitable dadas las circunstancias, constituye una conducta que no puede gozar de la misma protección privilegiada que la expresión o el debate político sobre cuestiones de interés público o la manifestación pacífica de opiniones sobre tales cuestiones. Por el contrario, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en su evaluación de la necesidad de adoptar medidas para restringir dicha conducta. Además, la perturbación grave e intencionada, por parte de manifestantes, de actividades realizadas legalmente por otros, podría considerarse un «acto reprobable» o «censurable» y justificar la imposición de sanciones, incluso de carácter penal. En las circunstancias de este caso, el TEDH consideró que la demandante cometió un acto que se podía considerar censurable, puesto que, tras forzar una puerta e interrumpir la mesa redonda, ella y el resto de manifestantes permanecieron en la sala,

haciendo imposible que los participantes en la mesa redonda continuaran su reunión. En virtud de todo ello, el TEDH concluyó que las autoridades nacionales habían alcanzado un justo equilibrio entre el objetivo legítimo de la protección de los derechos y libertades de los demás y las exigencias de la libertad de reunión, y no se habían extralimitado en su margen de apreciación. La multa impuesta a la demandante, aun siendo de carácter penal, no debía considerarse desproporcionada en relación con el objetivo legítimo perseguido. Por todo ello, esta queja fue igualmente declarada inadmisibles por esta manifestamente mal fundada.

2. *M. P. A. (DEC.)*³⁵

La demandante convivía con su pareja, su bebé de tres meses, y un hijo de una relación anterior. En agosto de 2019, una delegación de los servicios sociales, escoltada por miembros de la policía, se presentó en el domicilio de la demandante sin notificación previa y solicitó al padre del niño (el único que se encontraba en el domicilio) que le entregara al bebé, que había sido declarado en desamparo. El padre les condujo al domicilio de la abuela del niño y se lo entregó sin oponer resistencia. Posteriormente, la demandante recurrió la decisión de entrar en su domicilio y, luego, la confirmación de la declaración de desamparo y la entrega de su hijo en acogimiento familiar. El 26 de octubre de 2020, es decir, con anterioridad a la interposición de la demanda ante el TEDH, ya se había producido la reunificación del niño con sus padres tras una nueva decisión del Juzgado de Familia.

La demandante se quejaba ante el TEDH de una violación de su derecho al respeto de su vida familiar y de su domicilio en virtud del art. 8 del Convenio, y de su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en virtud del art. 3 del Convenio.

El Tribunal recordó que el art. 8 del Convenio exige que las autoridades nacionales establezcan un justo equilibrio entre los intereses del niño y los de los padres y que, en esa ponderación, se conceda especial importancia al interés superior del niño. El interés del menor dicta que los vínculos del menor con la familia solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, «reconstruir» la familia. Debe tenerse en cuenta que las autoridades nacionales tienen la ventaja de estar en contacto directo con todas las personas afectadas. El margen de apreciación que debe concedérseles variará en función de la naturaleza de las cuestiones y de la importancia

³⁵ TEDH, *M.P.A. c. España* (dec.), no. 42590, 2 de marzo de 2023.

de los intereses en juego. En el caso de autos, el TEDH consideró indiscutible que las medidas mediante las cuales los servicios sociales se hicieron cargo del hijo de la demandante (entrando en su domicilio sin permiso ni notificación previos), revelaron una injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su vida familiar en virtud del art. 8 del Convenio. El Tribunal observó, no obstante, que los servicios sociales habían presentado una solicitud de entrada en la vivienda urgente al Juzgado de Familia basándose en información que obraba en su poder y que suscitaba serias dudas sobre el bienestar del menor. Dicho juzgado era competente para dictar la orden. En consecuencia, la entrada urgente para ejecutar la declaración de desamparo del menor se había producido conforme a derecho. Además, perseguía un fin legítimo, como era la protección de los derechos y libertades del niño.

En cuanto a si la medida era necesaria en una sociedad democrática, el TEDH consideró que las autoridades internas habían otorgado razones pertinentes y suficientes para la adopción de dicha medida. En concreto, se habían basado en la fuerte sospecha de que la demandante se encontraba a menudo bajo los efectos de estupefacientes (aunque fuera el caso de que hubiera sido obligada a tomarlos por su pareja), de que sufría abusos sexuales por parte del padre del niño y de que no tenía ocupación ni ingresos, todo lo cual le impedía ocuparse debidamente del bebé. Las pruebas no solo procedían de una llamada anónima, sino que fueron corroboradas por entrevistas con los padres y los suegros de la demandante, por la propia demandante, los servicios sociales, informes médicos, un informe policial y el procedimiento judicial contra la pareja de la demandante. El Juzgado de Familia consideró que el interés del menor le exigía actuar con rapidez en este caso, y que oír a los padres podría haber obstaculizado la eficacia de la medida, ya que existía la preocupación de que pudieran haberse escondido o huido con el menor y de que éste no hubiera sido debidamente atendido mientras tanto.

En cuanto a la falta de notificación o audiencia de los padres para proceder a la ejecución de la declaración de desamparo, el TEDH observó que tal audiencia no está prevista en el marco interno del procedimiento de urgencia, pero que la demandante posteriormente tuvo la oportunidad de presentar sus argumentos y alegaciones en el procedimiento subsiguiente para confirmar la declaración de desamparo del niño y la medida de acogimiento familiar. Por lo tanto, el TEDH concluyó que el uso del procedimiento de urgencia para acoger al bebé podía considerarse en ese caso una medida proporcionada y necesaria en una sociedad democrática para proteger la salud y los derechos del bebé. En consecuencia, declaró la queja inadmisibles por estar manifiestamente mal fundada.

En relación con la queja, también interpuesta bajo el art. 8 CEDH, de que se había vulnerado el derecho de la demandante al disfrute pacífico de su

domicilio, el Tribunal observó que las partes discreparon sobre si se había producido alguna injerencia. Si bien no se discutía que la policía había acudido al domicilio de la demandante para llevarse al menor en cumplimiento de una orden judicial, según la demandante, la policía que acompañaba a los servicios sociales había irrumpido en su finca y se había llevado al niño por la fuerza; según el Gobierno, la pareja de la demandante estaba en casa cuando la delegación entró en la finca, les había informado de que el niño estaba con su abuela (del niño), les había acompañado a esa dirección (en la que la delegación no podía entrar por no tener una orden judicial) y les había entregado al bebé sin ningún tipo de violencia ni resistencia. El TEDH constató que ambas partes presentaron el acta firmada redactada por la delegación de los servicios sociales y la policía. El acta fue firmada por todos los funcionarios públicos presentes, aunque no por la demandante ni por su pareja. El acta reflejaba la exposición de hechos del Gobierno, que parecía ser una versión coherente y exacta de los hechos. A la luz de lo anterior, el TEDH concluyó que no ha habido injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su domicilio en virtud del art. 8 del Convenio. En cualquier caso, añadió que, por las razones expuestas anteriormente, cualquier injerencia de este tipo habría estado justificada en virtud de los requisitos del apartado 2 del art. 8 CEDH. En consecuencia, esta queja es inadmitida también.

Por último, el TEDH inadmitió la queja del art. 3 al considerar que no existió fundamento para interponerla.

3. DOMENECH ARADILLA Y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ³⁶

Se trata de la primera sentencia dictada en un grupo de varios casos similares interpuestos ante el TEDH próximos en el tiempo. En esta, se acumulan las demandas de dos mujeres residentes en Cataluña.

La primera demandante y su pareja habían vivido juntos desde principios de 2007 hasta 2013, cuando falleció esta última. Habían vivido juntos durante más de cinco años, y en el momento en que falleció su pareja, la demandante estaba embarazada de un hijo, que nació en 2014. El 21 de enero de 2014, presentó una solicitud de pensión de supervivencia ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que fue denegada. La denegación se basó en el supuesto incumplimiento por parte de la demandante de uno de los requisitos legales para tener derecho a la pensión de supervivencia: la formalización de la pareja en un registro o acta notarial con al menos dos años de antelación al

³⁶ TEDH, *Domenech Aradilla y Rodríguez González*, nos. 32667/19 y 30807/20, 19 de enero de 2023.

fallecimiento de uno de ellos. La demandante interpuso entonces un recurso judicial contra la citada resolución desestimatoria.

El 10 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional (TC) publicó la sentencia STC 40/2014³⁷, que introdujo un nuevo requisito formal para solicitar la pensión de supervivencia. Concretamente, el TC determinó la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley General de la Seguridad Social que, a efectos del reconocimiento y disfrute del derecho a la pensión de viudedad, remitía la «acreditación» de la existencia de una pareja de hecho a lo establecido por las comunidades autónomas con derecho civil propio (como era el caso de Cataluña). Según el TC, el precepto anulado introducía un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho, dado que se establecían diferentes requisitos de acceso a la pensión de viudedad en función de su lugar de residencia o vecindad y de si dicha comunidad autónoma contaba con derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho. La sentencia concluyó que dicha diferenciación de trato entre parejas de hecho con residencia en comunidades autónomas con derecho civil propio o en aquellas que no ostentan competencias en materia de derecho civil, carecía de justificación objetiva, razonable y proporcionada. Respecto al alcance del fallo, se declaró la nulidad *pro futuro* del precepto aludido, si bien se estableció que sería de aplicación a todas aquellas solicitudes de pensión de viudedad por supervivientes de parejas de hecho en las que todavía no se hubiese producido una resolución administrativa firme.

El 19 de enero de 2015, esto es, con posterioridad a la publicación de la sentencia del TC, un juzgado de lo Social estimó el recurso de la demandante y reconoció el derecho de la demandante a que se le concediera una pensión de viudedad. Pero, posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la sentencia. La demandante interpuso recurso de casación que fue inadmitido, como también lo fue su posterior recurso de amparo.

La sentencia es interesante en primer lugar por el análisis que lleva a cabo acerca de la aplicabilidad del art. 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio, que reconoce el derecho al disfrute pacífico de las posesiones, en el marco del derecho a la propiedad privada. En particular, el TEDH señaló que la denegación de la solicitud de pensión de supervivencia de las demandantes debía considerarse como una injerencia en su derecho al disfrute pacífico de sus bienes. El Tribunal observó que la STC 40/2014 había indicado expresamente que los efectos de su declaración de inconstitucionalidad del párrafo

³⁷ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional no. 40/2014, de 11 de marzo de 2014. Cuestión de inconstitucionalidad 932-2012.

quinto del apdo. 3 del art. 174 de la LGSS se extendían a las situaciones pendientes, como las de las demandantes, en los que la pensión había sido solicitada antes de dicha sentencia sin que recayera sobre ellas ninguna resolución firme. Las demandantes habían solicitado la pensión de viudedad poco después del fallecimiento de sus respectivas parejas, pero antes de la STC 40/2014 y, por tanto, antes de la entrada en vigor de la nueva disposición que exigía que una unión de hecho se hubiera formalizado al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja para que el miembro superviviente tenga derecho a percibir una pensión de supervivencia. Según el Tribunal, esto generó que ambas demandantes tuvieran una «expectativa legítima» conforme a la jurisprudencia consolidada de que la pensión les correspondiera. Por tanto, concluyó que el art. 1 del Protocolo n.º 1 era aplicable al caso concreto.

A continuación, el TEDH consideró que dicha injerencia se había producido conforme a la ley, y perseguía un interés general. De hecho, el propio Tribunal reconoció que la exigencia de que una pareja de hecho se formalizase al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja para que el otro miembro de la pareja tenga derecho a una pensión de supervivencia era, en realidad, una salvaguardia adicional para ayudar a las autoridades públicas a evitar el fraude y a garantizar que las pensiones de supervivencia solo se asignen a su finalidad prevista, a saber, proteger a un miembro superviviente vulnerable de una pareja estable que había dependido económicamente del miembro de la pareja fallecido. No obstante, consideró que la cuestión litigiosa era si la medida había sido proporcionada en su aplicación al caso concreto de las dos demandantes.

En el caso de autos, el Tribunal consideró muy relevante que, dado que las parejas de los demandantes ya habían fallecido en el momento en que el Tribunal Constitucional introdujo un nuevo requisito de acceso, no había forma de que pudieran haber cumplido el nuevo requisito. Por lo tanto, la prueba pertinente es si la introducción del requisito formal de inscripción sin prever medidas transitorias respecto a las personas que ya tenían derecho a la pensión antes de su introducción estaba justificada por razones imperiosas de interés general y si imponía una carga excesiva a los demandantes.

El Tribunal consideró particularmente relevante a este respecto el que, en virtud de la STC 40/2014, los efectos de dicha sentencia «no solo habrían de preservar la cosa juzgada, sino que, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, [...] se extienden en este caso a posibles situaciones administrativas definitivas, de modo que esta declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz pro-futuro». El TEDH observó que la ausencia de un período transitorio que permitiera una solución razonable para aquellas parejas supervivientes que vieron entrar en vigor el cambio legislativo cuando

su solicitud de pensión de supervivencia ya estaba en curso no fue paliada por ninguna medida positiva por parte del legislador. Lo anterior constituyó, en esencia, una forma de aplicación retroactiva de un nuevo requisito más estricto a casos en los que el interesado tenía todas las razones para considerar que tenía un derecho adquirido a una pensión. El Tribunal no quedó satisfecho ante la falta de justificación de por qué el interés general en poner fin a una situación en la que los residentes de otras partes de España recibían un trato menos favorable, puesto que ya se les aplicaba el requisito formal de la inscripción, no podía haberse alcanzado sin imponer una consecuencia tan grave a las demandantes. Es decir, el TEDH manifestó que no podía considerarse que hubieran existido razones imperiosas de interés general que justificaran no haber establecido un período transitorio para que las demandantes y las personas de la misma categoría pudieran ser consideradas conformes con los requisitos y no se les impidiera de inmediato tener derecho a la pensión. Por todo ello, consideró que se había producido una violación de los derechos de las demandantes en virtud del art. 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio.

4. VALVERDE DIGON³⁸

La presente sentencia es muy similar a la anteriormente reseñada, pero con una diferencia que, si bien la mayoría de la Sección Quinta del TEDH no consideró sustancial, dio lugar a que tres de los jueces de esa sección votaran en contra de la violación en este caso, y firmaran un voto particular (mientras que la sentencia en el caso *Domenech Aradilla y Rodríguez González* había sido adoptada unánimemente).

La demandante y su pareja habían vivido juntos en Santa Coloma de Gramanet, Cataluña, durante ocho años, y tenían una hija en común. El 22 de julio de 2014, es decir, con posterioridad a la STC 40/2014, la demandante y su pareja formalizaron su unión civil estable mediante escritura notarial. En la escritura declararon que habían constituido una pareja de hecho estable en 2005. La pareja de la demandante falleció tres días después de la inscripción formal de su pareja de hecho. Cuando la demandante solicitó una pensión de viudedad, esta le fue denegada tanto en vía administrativa como posteriormente en vía judicial, por no cumplir con los requisitos exigidos, y, concretamente, por no haber constado su pareja de hecho inscrita al menos dos años antes del fallecimiento de su pareja.

El TEDH consideró que debido a que no se había establecido un régimen transitorio, no había sido posible para la demandante cumplir con los requi-

³⁸ TEDH, *Valverde Digon c. España*, no. 22386/19, 26 de enero de 2023.

sitos por el hecho incontrolable de que su pareja falleciese antes de que hubieran transcurrido dos años desde la inscripción de la pareja. Pese a que la demandante no cumplía con los requisitos para obtener una pensión de viudedad en el momento de fallecer su pareja, y de solicitar dicha pensión, el TEDH entendió que debía considerarse que, en este caso, existía una expectativa legítima de disfrutar de esa pensión y, por tanto, que el art. 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio era aplicable. Por tanto, por las mismas razones expuestas en la sentencia anterior, consideró que se había producido una violación del mismo.