

Jurisprudencia de la Gran Sala y caso piloto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante el 2016

Cristián Apiolaza, Marcela Díaz, Gabriela Sanzana, Judith Schönsteiner¹

Introducción

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) decide casos que le hayan sido sometidos por las salas inferiores —si hay alguna materia que aún no ha sido objeto de una interpretación establecida—, o por los solicitantes o Estados en forma de apelación. En el año 2016, la Gran Sala ha tenido que resolver, nuevamente, toda una serie de casos sobre expulsión colectiva de migrantes y la prohibición de no-devolución (ver sección 1). Por primera vez, decidimos incluir dos decisiones de la Gran Sala que fueron criticadas por eliminar casos pendientes ante la Gran Sala sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Además, la Gran Sala se ocupó —en varios casos— de personas privadas de libertad con problemas de salud mental (ver sección 2). A este grupo de casos, agregamos el análisis del único caso de procedimiento piloto que el TEDH pronunció en 2016 (en sala): el caso W.D. contra Bélgica, sobre la reforma integral de la privación de libertad en el sistema de salud mental. Este caso es

¹ Cristián Apiolaza Acevedo es abogado y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Diego Portales; Marcela Díaz es abogada y candidata a Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional por la Universidad Diego Portales; Gabriela Sanzana es abogada y cursa un LLM en Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en la Universidad de Oslo; Judith Schönsteiner es doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Essex, y profesora asociada de la Facultad de Derecho de la UDP. La revisión de jurisprudencia del TEDH ha sido un proyecto de acercar a estudiantes y abogados y abogadas jóvenes al trabajo académico.

especialmente interesante porque el TEDH insta a Bélgica a buscar soluciones que aseguren que las personas privadas de libertad, cuando tengan problemas de salud mental, no estén recluidas en cárceles comunes en condiciones deplorables, ya que deben gozar de condiciones que permitan su rehabilitación, aspectos que la Ley de Salud Mental belga (del 1930, reformada en 1964, vigente hasta octubre de 2016) no contemplaba. La Gran Sala revisó, también, un caso de libertad personal de un niño ruso de 12 años y otro sobre condiciones carcelarias en Croacia, en el que determinó el espacio —por persona— que debería estar disponible en una cárcel en celda común.

En otros casos sobre derechos sociales —que siempre fueron llevados como casos de derechos civiles protegidos bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH o Convenio)— se analizaron las obligaciones estatales, tanto en materia de pensiones por discapacidad y la posibilidad de reducir estas pensiones por los costos que implican (véase sección 5), como en materia de permitir y garantizar el apoyo de una matrona en casos de partos en domicilio. Este último caso, *Dubská y Krejzova contra República Checa*, que fue presentado como un caso de privacidad, no es posible analizarlo en este artículo, por razones de espacio. Lo interesante es que el TEDH estuvo dividido sobre la pregunta de si el Estado, solamente, tenía la obligación de no intervenir cuando los padres decidieran no acudir a un hospital para el parto, o si también tenía la obligación de garantizar apoyo profesional por matronas. Finalmente, el TEDH decidió que la prohibición a las matronas de acudir a los partos en domicilio estaba justificada, a pesar de hacer estos partos más riesgosos, ya que constituía un incentivo para los partos en hospitales que eran los más seguros.

El voto de los cinco jueces disidentes que nos parece englobar la argumentación jurídicamente superior, indicó, sin embargo, que “no nos es posible compartir la visión de la mayoría de la Gran Sala con respecto a que no ha habido una violación al artículo 8 en el presente caso. En nuestra opinión la legislación relevante checa deja imposibilitados de facto los partos en domicilio, ya que establece requerimientos extremadamente rígidos con respecto al equipamiento necesario para dicho parto que sólo pueden ser alcanzados en hospitales. Esto constituye una interferencia en la libertad de elegir de las madres que no es proporcional en una sociedad democrática. El sistema también es deficiente en resguardar la salud de las madres y sus recién nacidos, ya que los priva de la posibilidad de recibir la ayuda indispensable de una matrona durante los partos en domicilio”. El juez Lemmens hizo ver, además, en su voto disidente en el caso ante la sala en 2015, que el fondo del caso parecía ser, más que un

asunto de garantías de derechos sociales (aquí, la salud) una rivalidad entre médicos y matronas, que habrían logrado decidir a su favor, los médicos.²

En materia de libertad de expresión, la Gran Sala por primera vez tuvo que ocuparse de las tendencias iliberales en la democracia húngara. Un caso versa sobre la independencia del poder judicial y la libertad de expresión de un presidente de la antigua Corte Suprema húngara (caso Baka), y otro, sobre un derecho mal protegido por la CEDH: el derecho de acceso a la información pública (véase sección 3). La tendencia populista y transgresora de derechos fundamentales en varios países de Europa del Este ha preocupado, desde hace varios años, a la Unión Europea y a estudios de la democracia y de los tribunales constitucionales, y merece un análisis contextualizado de los asuntos.

Sobre distintas formas de discriminación —directa e indirecta— en materia de libertad de religión de minorías y en relación a discriminación por nacionalidad y étnica, la Gran Sala tuvo que decidir tres casos que analizaremos en la sección 4.

Finalmente, se dedica la última sección a violaciones al derecho al debido proceso. Temas tan distintos como las investigaciones de casos de terrorismo y la evaluación integral del principio *ne bis in idem* en procedimientos administrativos y penales preocuparon a la Gran Sala. Los discutiremos en la sección 6.

1. Non-refoulement y expulsión colectiva de migrantes

Según el derecho internacional, corresponde a una prerrogativa de los Estados Partes del CEDH decidir respecto de la entrada, residencia y expulsión de extranjeros de su territorio. Bajo ese tipo de circunstancias, el artículo 3 del Convenio implica una obligación para los estados de no regresar a dichos individuos a sus países de origen. La Gran Sala ha pronunciado algunos fallos relevantes en la materia que han sido tratados ya en otras versiones de este anuario.³

² Véase Lavrysen, Laurens, Dubska and Krejzova v Czech Republic: a negative or positive right to give birth at home, en: Strasbourg Observers, 2 de febrero de 2015, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2015/02/02/dubska-and-krejzova-v-czech-republic-a-negative-or-positive-right-to-give-birth-at-home/>. El caso fue finalmente decidido por la Gran Sala el 15 de noviembre de 2016.

³ TEDH, Caso Tarakhel contra Suiza [GC] sentencia de fecha 4 de noviembre del 2014 y Jeunesse contra Países Bajos [GC], sentencia del 3 de octubre de 2015. También discutidos en Apiolaza, Cristián, Díaz, Marcela, Martínez, Vicente, Schonsteiner, Judith, “Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2014”, Couso, Javier (dir.), Anuario de Derecho Público 2015 (Ediciones UDP), páginas 471 y sgtes.

1.1. Casos de no-devolución

Dentro del set de casos sobre esta temática, se encuentra Paposhvili contra Bélgica,⁴ cuyo solicitante es el Sr. Paposhvili, de nacionalidad georgiana, quien recurrió ante el TEDH alegando una violación de los artículos 2,3 y 8 CEDH, en consideración a que su expulsión a Georgia afectaría su salud e interrumpiría su tratamiento médico contra el cáncer, poniendo en riesgo su vida. También lo obligaría a separarse de su familia, a quienes se les concedió la residencia y viven en Bélgica, habiendo ingresado a Europa a través de Italia en 1998. En el blog *Strasbourg Observers*, leído por juristas de derechos humanos y abogados litigantes, la decisión fue votada como la mejor decisión del TEDH en el año 2016, junto con el caso Biao contra Dinamarca (véase sección 3).

Estando en prisión el año 2006, al Sr. Paposhvili se le diagnosticó leucemia y comenzó su tratamiento en Bélgica, mientras tenía una orden de expulsión del territorio junto con una sanción de 10 años de prohibición para entrar al país. Ahora bien, el artículo 3 CEDH no abarca a cualquier clase de malos tratos y la Gran Sala ha determinado ciertos criterios para determinar su alcance, los cuales dependerán de las circunstancias del caso en concreto, la duración de los malos tratos, los efectos físicos y psíquicos que este provocaba así como la edad, sexo y estado de salud del afectado.⁵

En el caso N. contra Reino Unido, el TEDH había determinado que la aplicación del artículo 3 CEDH sólo procedía en aquellos casos en que la persona que se pretendía expulsar se encontraba en riesgo de muerte inminente.⁶ No obstante, se ha ampliado este criterio con la finalidad de que pueda aplicarse, también, a ciertos casos excepcionales, en los cuales la devolución al país de origen implicaría un deterioro notable e irreversible en las condiciones de salud del solicitante.

El hecho que genera la responsabilidad bajo este artículo, no es la falta de infraestructura médica o la obligación de equiparar las deficiencias de los sistemas de salud del país receptor, sino que es la expulsión —propia- mente tal— que somete a una persona a un riesgo de recibir un trato que se encuentra prohibido de acuerdo al CEDH⁷. La Gran Sala estimó que existía una violación al artículo 3 CEDH, debido a que las autoridades nacionales, al momento de

⁴ TEDH, Caso Paposhvili contra Bélgica [GC], sentencia del 12 de diciembre de 2016.

⁵ *Ibíd.*, párr. 174.

⁶ TEDH, Caso N. contra Reino Unido [GC], sentencia del 27 de mayo de 2008.

⁷ *Ibíd.*, párr. 192.

decidir su expulsión,⁸ no tomaron en cuenta la situación que el Sr. Paposhvili enfrentaría en Georgia en relación al tratamiento de su enfermedad.⁹ En el mismo sentido, encontró una vulneración al artículo 8 CEDH, en cuanto el Estado belga no consideró las consecuencias que la expulsión tendría por 10 años en su vida familiar.¹⁰ Así, Paposhvili confirma una línea jurisprudencial que garantiza la protección del derecho a la salud, en relación a deficientes prestaciones en terceros países.

El principio de no-devolución preocupó a la Gran Sala también en el caso J.K. contra Suecia. El señor J.K., su esposa e hijo —todos de nacionalidad iraquí— solicitaron refugio al gobierno sueco a raíz de las constantes persecuciones que habían vivido en Irak de parte del grupo Al Qaeda, sosteniendo que el retorno a Irak significaría una violación al artículo 3 CEDH. El señor J.K. había trabajado en Irak en su propio negocio de construcción y transportes. Sus principales clientes eran estadounidenses y sus oficinas se encontraban dentro de la base militar estadounidense Victoria Camp. Fue blanco de un intento de asesinato por parte de Al Qaeda el año 2004 y, al año siguiente, su hermano fue secuestrado. A lo anterior, se sumó el hecho que se encontraron bombas cerca de su domicilio y que, mientras huía a Siria, su casa fue totalmente destruida, así como las mercaderías de su negocio. Una vez que la familia regresó a Bagdad, la hija del matrimonio fue asesinada cuando el auto en el que iba junto al Sr. J.K., fue objeto de un ataque. Los solicitantes señalaron que existía una incapacidad de las autoridades iraquíes para protegerlos ya que podrían revelar ante Al Qaeda su domicilio. Por lo mismo, no podían regresar a Bagdad y solicitaron asilo en Suecia, el que fue rechazado.

La Gran Sala, más allá de reiterar los principios que aplican en este tipo de casos y el alcance del artículo 3 CEDH al respecto, especificó que el eventual riesgo al que se vería sometido el Sr. J.K. en su país, podía ser provocado tanto por autoridades públicas como por otros grupos o personas. Se debía probar que este riesgo era “real” y que las autoridades no serían capaces de brindar la debida protección. Frente a la posibilidad de reubicación dentro del mismo país, el Estado debía asegurar que no habría riesgo de vida o malos tratos, ya que dicha reubicación no era, en sí misma, garantía suficiente.

⁸ Ibid., párr. 205.

⁹ TEDH, Caso Paposhvili contra Bélgica [gc], sentencia del 12 de diciembre de 2016, párr. 188.

¹⁰ Ibid., párr. 225.

Analizando el riesgo real¹¹ de una violación del artículo 3 CEDH en perjuicio del Sr J.K. y su familia en Irak, la Gran Sala estimó que la situación general seguía siendo compleja y volátil y que, asimismo, la capacidad de las autoridades iraquíes para proteger, adecuadamente, a la población se encontraba disminuida. Por otro lado, el Sr. J.K. pertenecía a un grupo de personas particularmente vulnerable, al estar vinculado a las fuerzas militares norteamericanas producto del trabajo que desempeñaba. Por lo tanto, su situación debía evaluarse de manera diferenciada al resto de la población, para quienes el nivel de protección que el país ofrece pudiera ser adecuado. En el mismo sentido, una reubicación de la familia en otra región del país no sería suficiente, ya que la incapacidad de las autoridades para proteger a su población se extendía en todo el país.¹²

En definitiva, en los casos de no-devolución, el TEDH no ha cambiado su criterio jurídico; confirmó una línea de jurisprudencia sostenida desde hace años, que —además— es consistente —y debe serlo— con el derecho consuetudinario internacional y el Convenio de Ginebra del 1951.

1.2. Casos de expulsión eliminados de la lista de casos del TEDH

Ha generado comentario crítico de parte de observadores del TEDH, el hecho de que dos casos sobre expulsión no fueran admitidos a la jurisdicción de la Gran Sala y eliminados de la lista de casos pendientes del TEDH. Uno de ellos abarcaba temas de no-devolución,¹³ el otro trataba de expulsión a países terceros en la Unión Europea, y se ha comentado al respecto sobre las complicaciones que genera realizar una aproximación solamente formalista en casos en los que está en juego la expulsión de personas migrantes.¹⁴ En primer lugar, el caso Khan contra Alemania llegó a conocimiento de la Gran Sala por iniciativa de la parte solicitante. La solicitante es la señora Farida Kathoon Khan, nacional de Pakistán y miembro de un grupo religioso severamente discriminado en Pakistán. Recurrió al TEDH alegando que su expulsión desde Alemania conllevaba una violación al artículo 8 CEDH, por la ausencia de tratamiento de salud mental en Pakistán.

¹¹ TEDH, Caso J.K. contra Suecia, [GC], sentencia del 23 de agosto de 2016, párrafo 117.

¹² Ibid., párr. 121.

¹³ Dhondt, Benoit, Khan v Germany Episode II: The Empire Strikes Out, en Strasbourg Observers, 31 de octubre de 2016, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2016/10/31/khan-v-germany-episode-ii-the-empire-strikes-out/#more-3411>.

¹⁴ En este sentido, ver Baumgärtel, Moritz, V.M. and others v Belgium: the tragic story of yet another disappeared case, 18 de enero de 2017, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2017/01/18/v-m-and-others-v-belgium-the-tragic-story-of-yet-another-disappeared-case>.

En 1991, la solicitante llegó a Alemania junto con su esposo, provenientes de Pakistán. Una vez en Alemania, sólo a su esposo le fue otorgado el status de refugiado y a ella, en el año 1994, se le entregó un permiso de residencia temporal —en su calidad de esposa de un refugiado—, el cual se convirtió en un permiso de carácter permanente en el año 2001.

En mayo de 2004, la solicitante fue puesta en detención preventiva luego de ser acusada del asesinato de su vecino y la Corte Doméstica decidió que la señora Khan debía ser internada, de forma permanente, en un hospital psiquiátrico. Como consecuencia de lo anterior, la autoridad administrativa ordenó la expulsión del país de la solicitante en el año 2009. El gobierno alemán solicitó que el presente caso fuera eliminado de la lista de casos pendientes de revisión ante la Gran Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1(b) CEDH, y en consideración a que la solicitante ya no correría riesgo de ser expulsada a Pakistán, por cuanto la orden de expulsión ya no sería ejecutable.

El Tribunal sostuvo que, de acuerdo a su jurisprudencia, una vez que un solicitante bajo riesgo de expulsión recibía un permiso de residencia y dejaba de correr el riesgo al que se veía expuesto, ese caso podía ser eliminado de la lista de causas, aun sin escuchar los argumentos de la solicitante.¹⁵ Asimismo, ha determinado en otras oportunidades que incluso cuando no se haya otorgado un permiso de residencia, el caso puede ser eliminado de la lista si es que de los antecedentes presentados consta que ya no existía un riesgo de expulsión para la solicitante.¹⁶

En este caso concreto, las autoridades alemanas aseguraron al Tribunal que la orden de expulsión no era ejecutable y, por tanto, la señora Khan no sería expulsada del país con base en esa decisión. El TEDH observó que, ante una nueva orden de expulsión, la solicitante tendría disponibles nuevos recursos bajo la legislación doméstica e incluso podría recurrir nuevamente al TEDH.¹⁷ Bajo estas circunstancias, para la Gran Sala no se justificaba continuar con el examen de esta solicitud y se eliminó de la lista de casos. Sin embargo, como Dhondt observa, el TEDH había tomado una visión completamente distinta en B.A.C. contra Grecia, donde la continua inseguridad sobre el estatus de migración fue encontrada contraria al CEDH.¹⁸ Adicionalmente, el caso ha sido

¹⁵ TEDH, Caso Khan contra Alemania [GC], sentencia del 21 de septiembre de 2016, párr. 33.

¹⁶ Ibid., párr. 34.

¹⁷ Ibid., párr. 38.

¹⁸ Véase Dhondt, Benoit, Khan v. Germany, Episode II: The Empire strikes out, en: Strasbourg Observers, 31 de octubre de 2016, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2016/10/31/khan-v-germany-episode-ii-the-empire-strikes-out/>

criticado por estimarse que los hechos del caso son similares a los presentados en el caso Paposhvili. Se observa, en este sentido, que quedan dudas respecto a la protección que se le entrega a los migrantes bajo el artículo 8.¹⁹

El segundo caso seleccionado, en el cual la Gran Sala decidió eliminar un caso de su lista de casos pendientes de revisión, es el V.M y otros contra Bélgica²⁰, que fue sometido al conocimiento del Tribunal por los representantes de siete miembros de una familia serbia. Alegaron que las condiciones de vida en Bélgica, en las que ocurrió la muerte de su hija mayor con discapacidad mental, constituirían una violación del artículo 3 del Convenio. Esta eliminación merece ser discutida, principalmente, por el efecto que, al eliminarse el caso de la lista de la Gran Sala, automáticamente quedaba sin fuerza vinculante la decisión de la Sala. Por consecuencia, la familia ya no contaba con ninguna protección de parte del TEDH.

Los solicitantes vivieron la mayor parte de su vida en Serbia, para luego mudarse a Kosovo y, finalmente, a Francia en el año 2010, donde solicitaron asilo sin éxito. En marzo del año 2011, la familia decidió —nuevamente— solicitar asilo, esta vez en Bélgica. Las autoridades belgas, en virtud de lo dispuesto en la Regulación *Dublin II*, enviaron un requerimiento a las autoridades francesas con la finalidad de que asumieran la responsabilidad por las solicitudes de asilo presentadas, ya que así lo indican los criterios y mecanismos establecidos en la *Council Regulation* (EC) No. 343/2003 de 18 febrero de 2003. Con base en esta misma regulación, Bélgica decidió en mayo de 2011 emitir una orden de expulsión para que la familia regresara a Francia.

La familia solicitó una prórroga, en atención al delicado estado de salud de su hija mayor, quién poseía una discapacidad mental y debía ser trasladada en silla de ruedas. La prórroga fue denegada y la familia expulsada del refugio donde se encontraba. La hija mayor de la familia falleció de una infección pulmonar mientras vivían en una estación de trenes en Bélgica, dos semanas antes de que la familia aceptase un traslado de regreso a Serbia.

Frente a la Gran Sala, los representantes de los solicitantes reconocieron que, desde el fallo anterior de una de las Salas del TEDH, no han tenido contacto con sus representados. En este contexto, la Gran Sala estimó que debía analizar si es que procede continuar con el conocimiento de la causa, de acuerdo a la norma de admisibilidad que indica que los solicitantes deben no sólo presentar un poder de un abogado o autoridad, sino que también deben mantener el contacto

¹⁹ Ibid.

²⁰ TEDH, Caso V.M y otros contra. Bélgica [GC], sentencia del 17 de noviembre de 2016.

con sus representados a lo largo del procedimiento.²¹ En este caso concreto, la familia solicitante desconocía tanto el fallo emitido por la Cámara como la remisión de éste a la Gran Sala. El TEDH decidió que, bajo estas circunstancias, los representantes no estaban legitimados de continuar los procedimientos.²²

Esta evaluación no cambió a pesar de que la falta de contacto se debía a las precarias condiciones en que estos se encuentran, ya que el Tribunal consideró que nada sugería que las condiciones en las que ellos vivían fueran tales como para impedir la comunicación con sus abogados, aunque sea a través de terceros.²³ A su vez, eliminar este caso de la lista, dejaría sin efecto el fallo anterior de la Cámara, perdiendo los solicitantes los beneficios que de éste emanan, ya que una vez que un caso es remitido a la Gran Sala, la decisión de la Cámara deja de tener el carácter de final y pierde todos sus efectos jurídicos.²⁴ La pregunta que surge a partir de este caso es si la familia debería sufrir el perjuicio que le generó la decisión de sus abogados de referir el caso a la Gran Sala, ya que perdieron la protección de la decisión de la Sala que estuvo a su favor. Por otro lado, habría que preguntarse si este razonamiento también aplicaría en caso de personas con estatus migratorio irregular que necesitan la protección de la CEDH —a la que tienen derecho—, pero no pueden aparecer en el procedimiento mientras no obtengan un fallo a su favor.

1.3. Expulsión colectiva de migrantes

Jurídicamente más complejos que los casos de no-devolución o expulsión individual, son casos sospechosos de expulsión colectiva, especialmente, si corresponde determinar si se han observado las garantías procesales respectivas. En este contexto se enmarca el caso *Khlaifia contra Italia*.

Después del caso *Hirsi Jamaa* presentado en el Anuario 2013, la Gran Sala tuvo, nuevamente, oportunidad de pronunciarse sobre migrantes provenientes de países de la Primavera Árabe que, entre diciembre de 2010 y febrero de 2011, llegaron en gran número (alrededor de 50.000 personas) a las costas italianas, más específicamente a la isla de Lampedusa. Las facilidades de recepción de migrantes colapsaron, completamente, ante este flujo imprevisto. En todo el año anterior, habían llegado apenas 500 personas a la isla.

²¹ TEDH, Caso V.M y otros contra Bélgica [GC], sentencia del 17 de noviembre de 2016, párr. 35.

²² Ibid., párr. 37.

²³ Ibid., párr. 38.

²⁴ Ibid., párr. 39.

La Gran Sala, requerida por Italia, tuvo que decidir si las condiciones de detención de los migrantes violaron el artículo 5 CEDH, por la detención en barcos; el artículo 3 CEDH, por las condiciones de detención; y el artículo 4 del Protocolo 4, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. Fue este punto el más debatido, divergiendo no sólo Sala y Gran Sala al respecto, sino también un juez quien emitió una opinión disidente, y los comentaristas especialistas en la jurisprudencia del tribunal y asuntos de migración.²⁵

Los hechos relevantes pueden resumirse como sigue: tres nacionales de Túnez fueron devueltos a su país de origen, después de haber constatado dos veces su identidad durante el tiempo que permanecían detenidos en Lampedusa y Palermo. Estuvieron por alrededor de dos semanas en centros de migrantes en situación ilegal. Según los denunciante, no habrían tenido ninguna entrevista individual para examinar si querían interponer solicitudes de asilo o si calificarían para estatus de refugio. Las autoridades italianas argumentaron que la duración de la estadía y la presencia de intérpretes y facilitadores culturales les hubieran permitido hacer estas solicitudes. La Gran Sala, a diferencia de la Sala, consideró significativo que 72 migrantes que estaban en las mismas condiciones que los denunciante, efectivamente, habían interpuesto solicitudes de asilo y, así, lograron suspender su expulsión.

La Gran Sala concluyó que “los denunciante tenían la oportunidad, ya sea en el momento de su primera identificación, o en cualquier momento de su período de detención, de notificar a las autoridades de cualquier razón que justificaría por qué deberían quedarse en Italia o no podían ser expulsados. (...) no hay razón alguna de asumir que las autoridades italianas (...) no hubieran sido receptivas ante la entrega de impedimentos legítimos o defendibles legalmente”.²⁶ No se hizo cargo de la pregunta de si era esperable que los denunciante hicieran estas solicitudes *motu proprio*, o si sabían de sus derechos.

El juez disidente, Serghides, hizo ver, correctamente a nuestro juicio, que el Tribunal no debió basarse en meras presunciones como descargo del gobierno italiano, ya que éste debería haber presentado evidencia de que los denunciante fueron informados de su derecho de solicitar asilo (un asunto que la Gran Sala no analizó) y, además, fueron entrevistados —individualmente— con

²⁵ Véase, por ejemplo, Venturi, Denise, The Grand Chamber’s ruling in *Klaifia and others v Italy*: One step forward and one step back, en *Strasbourg Observers*, 10 de enero de 2017, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2017/01/10/the-grand-chambers-ruling-in-klaifia-and-others-v-italy-one-step-forward-one-step-back/>.

²⁶ TEDH, *Caso Khlaifia y otros contra Italia* [GC], sentencia del 15 de diciembre de 2016, párr. 247.

relación a su situación.²⁷ En este sentido, para Serghides, el Tribunal invirtió sin razón la carga de la prueba, desconociendo así un incumplimiento con el artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH. Además, consideró que la sentencia del TEDH se apartaba de la jurisprudencia constante anterior.²⁸ Incluso tomando en cuenta las circunstancias excepcionales en relación a la llegada masiva de los migrantes, y un evento de fuerza mayor en uno de los centros de detención donde hubo un incendio, no justificarían la omisión de garantías sustantivas contra la expulsión colectiva.

Finalmente, parece sorpresivo que el TEDH no haya analizado la legalidad de procedimientos de expulsión que están basadas, por lo menos en parte, en acuerdos con terceros países (en este caso con Tunicina) que no han sido publicados.

2. Detención, libertad y seguridad de la persona

En este apartado, analizaremos siete casos relativos al artículo 7 CEDH que ingresaron a la Gran Sala en el año 2016, todos los cuales fueron fallados a favor de los solicitantes —algunos de ellos contra la decisión de la Sala que vio el caso en primera instancia—. Lo particular de este año fue que tres casos se relacionaron con la detención de personas con problemas de salud mental (Murray contra Países Bajos, Blokhin contra Rusia y W.D. contra Bélgica —este último un caso piloto fallado en Sala que incluimos por su relevancia estructural—), uno de los cuales consistió en la detención de un adolescente (Blokhin). Esto le entregó la oportunidad al Tribunal de referirse, una vez más, a los derechos de las personas privadas de libertad con problemas de salud mental. También se analizará el caso Jeronovics contra Letonia, de acuerdo al cual se ingresó y se acogió una solicitud de un asunto que ya se había terminado en el TEDH, anteriormente, pero con insuficientes garantías de cumplimiento con el acuerdo.

2.1. Detención de personas con problemas de salud mental

En el caso Murray contra Países Bajos, el Sr. Murray, persona con discapacidad cognitiva, se encontraba cumpliendo una condena de por vida en el año 2013 en la cárcel de Aruba, país autónomo del Reino de los Países Bajos. El Sr. Murray fue diagnosticado con cáncer terminal y en septiembre de 2013 fue transferido de la cárcel a una casa de cuidados en Curaçao. Recién en marzo

²⁷ Ibid., Serghides disidente, párrs. 11 y 38.

²⁸ Ibid., párr. 12.

de 2014 se le concedió un indulto para que fuera liberado, inmediatamente, debido a su enfermedad terminal. Falleció en noviembre de 2014. El Sr. Murray alegó, principalmente, una violación al artículo 3 CEDH por el hecho de que su condena de por vida fue calificada —por todas las instancias internas— como no reducible, junto a la negativa de entrega de los tratamientos mentales adecuados para poder rehabilitarse y reducir su condena.

En este caso, el TEDH se basó en el procedimiento piloto Vinter y otros²⁹ para recordar que la pena de por vida irreducible puede ser contraria al artículo 3 CEDH, y estableció que proveer a los prisioneros de por vida con una real oportunidad de rehabilitación podría requerir que, dependiendo de su situación individual, a éstos se les permita pasar por tratamientos y terapias psicológicas o psiquiátricas adaptadas a su situación, con miras a facilitar su rehabilitación. Consecuentemente, estableció que “un Estado habrá cumplido con el artículo 3 cuando haya proveído las condiciones de detención e instalaciones, medidas o tratamientos capaces de permitir que un recluso de por vida se rehabilite”.³⁰ El TEDH llegó a la conclusión que, en este caso, el tratamiento psicológico o psiquiátrico constituía, en la práctica, una precondition para que el solicitante tuviera la posibilidad de progresar hacia la rehabilitación, reduciendo el riesgo de reincidir. Dado que dicho tratamiento no fue proveído, el solicitante —al momento de ingresar el requerimiento al TEDH— no contaba con ninguna posibilidad de perdón o liberación y, por tanto, su condena no respondía a ningún propósito penal. Por estos motivos, el TEDH resolvió la existencia de una violación al artículo 3 CEDH.³¹ Cabe destacar que no se refirió al tema de potenciales beneficios carcelarios debido a las condiciones de salud del solicitante —recordemos que ello tampoco fue pedido en la demanda—, sino que sólo consideró la negación de tratamientos psiquiátricos o psicológicos al solicitante.

Desde hace varios años, el TEDH ha tenido que decidir una serie de casos individuales sobre el sistema de salud mental belga. Finalmente, el caso W.D. contra Bélgica se estableció como caso piloto debido a la situación estructural de violaciones a los derechos humanos por la permanencia de personas con enfermedades mentales en las alas psiquiátricas de algunas prisiones belgas, lo que estaba regido hasta 2016 por una ley del año 1930, reformada solamente en el año 1964. El que este caso haya sido calificado como piloto implica que el TEDH suspendía por un tiempo —en este caso por dos años— la tramitación de

²⁹ Véase Anuario de Derecho Público año 2014, pp. 601 y ss.

³⁰ TEDH, Caso Murray contra Holanda [gc], sentencia del 26 de abril de 2016, párr. 111.

³¹ *Ibíd.*, párr. 175.

todos los casos similares presentados, que en este particular asunto ascendieron a más de 50, individualmente³², para dar una oportunidad al Estado de resolver el asunto de manera estructural.³³

El TEDH resuelve adoptar una decisión piloto después de una serie de, por lo menos, diez fallos condenatorios del Tribunal en la misma materia contra el mismo país,³⁴ relacionados con el sistema de internamiento belga para las personas con enfermedades mentales. Recordemos que los procedimientos pilotos pueden iniciarse por iniciativa de la propia Corte cuando existe la preocupación de que haya un problema estructural o sistemático de violaciones a los DDHH³⁵. El TEDH consideró, en efecto, que el sistema de Bélgica producía una situación “constitutiva de una práctica incompatible con el Convenio”³⁶. Así también, ordenó revisar estructuralmente los criterios que permitían adoptar una medida de internación³⁷. Si bien es cierto que, al momento de fallar, era inminente en Bélgica la adopción de una nueva ley al respecto, no es menos cierto que el Comité contra la Tortura de la ONU (el Comité) había recomendado varias veces reestructurar el sistema, sin que ello efectivamente se realizara. Al Comité le preocupaba, especialmente, que los internos con enfermedades mentales estuvieran encarcelados bajo el mismo régimen que las personas condenadas que no padecían estas enfermedades (Informe del Comité reproducido en el párr. 74). Es interesante remarcar cómo el Tribunal evaluó negativamente los intentos del gobierno desde 2011 por resolver los problemas en el sistema, ya que consideró que la falta de progreso traía como consecuencia la imposibilidad de conseguir para W.D., una plaza de internamiento adecuada. Es decir, la falta de un resultado positivo significó constatar una falta a la debida diligencia, ya que las plazas no existían.

El TEDH encontró, por ende, una situación estructural contraria a los artículos 3 y 5.1, 5.4, y 13 CEDH³⁸, y violaciones a los derechos de W.D. a los

³² TEDH, Caso W.D. contra Bélgica [GC], sentencia del 6 de septiembre de 2016, párr. 165.

³³ Véase por ejemplo, Buyse, Antoine, *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*, en: *Law Ukr.: Legal J.* 303 (2013), y Glas, Lize R., *The functioning of the pilot-judgment procedure of the European Court of Human Rights in Practice*, en: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 34(2016) N° 1, pp. 41-70. Crítico, Haider, Dominik, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 2013.

³⁴ TEDH, Caso W.D. contra Bélgica, ob. cit., párr. 162.

³⁵ Regla 61, Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 14 de noviembre de 2016.

³⁶ TEDH, Caso W.D. contra Bélgica, ob. Cit., párr. 164.

³⁷ Ibid., párr. 170.

³⁸ TEDH, Caso W.D. contra Bélgica, ob. Cit., párr. 179.

mismos artículos. El TEDH no se pronunció en detalle sobre la nueva ley de internación que iba a entrar en vigencia unas semanas posteriores al fallo y que había sido tramitada en dos versiones —a partir del 2007 y del 2014, respectivamente—, ya que, según la jurisdicción que le otorga el CEDH, no puede revisar la legislación en abstracto. Sólo indicó que el objetivo de la ley apuntaba en la dirección correcta³⁹. En este sentido, bajo supervisión del Comité de Ministros, Bélgica debía implementar un sistema de internación para las personas con enfermedades mentales que sea acorde al CEDH.

En el caso *Blokhin contra Rusia*,⁴⁰ un niño de 12 años, que había sido diagnosticado con déficit atencional e hiperactividad, fue detenido por supuesta comisión de un delito. Dado que éste tenía una edad inferior a la que se requería para ser responsable penalmente, no se abrieron procedimientos en su contra, pero lo llevaron frente a una corte que ordenó que se le pusiera en un centro de detención temporal para ofensores adolescentes por 30 días para corregir su comportamiento y prevenir que siguiera delinquirando en el futuro. Su culpabilidad fue establecida por un inspector juvenil en base a las declaraciones de los testigos y a la suya propia. El solicitante alegó de la ilegalidad de la detención, dado que su declaración había sido tomada sin presencia de un tutor, abogado o profesor, y había sido hecha bajo presión.

Por otra parte, se refirió a las deficientes condiciones del recinto de detención temporal, las que perjudicaron aún más sus dolores y la enuresis de la que padecía, ya que no se le proveyeron los tratamientos para sus problemas de salud mental. El TEDH consideró que había evidencia suficiente de que las autoridades, estando al tanto de la condición médica del solicitante y de que requería tratamiento, no le proveyeron asistencia. El hecho de que luego de ser liberado tuviera que hospitalizarse al día siguiente por 3 semanas, prueba que no se le dieron los cuidados necesarios durante su detención. La falta de tratamientos médicos adecuados constituyó un trato inhumano y degradante; por tanto, el TEDH encontró una violación al artículo 3 CEDH.

Cabe destacar que se utilizó un parámetro más estricto que el general, ya que el TEDH sostuvo que “cuando se trata de niños (...) de conformidad con el derecho internacional establecido, la salud de los adolescentes privados de libertad se debe resguardar de acuerdo con estándares médicos reconocidos

³⁹ Ibid., párr. 113.

⁴⁰ TEDH, *Caso Blokhin contra Rusia* [GC], sentencia del 23 de marzo de 2016.

aplicables a los menores en la comunidad *en general*".⁴¹ Así, el TEDH sostuvo que "tanto la juventud del solicitante como su estado de salud constituyen circunstancias de importancia para apreciar si se ha alcanzado el nivel mínimo de gravedad".⁴² El TEDH consideró relevante que los tribunales se refirieran a que la detención era necesaria para "impedir que el adolescente siguiera delinquiendo" y para realizar una "corrección de comportamiento",⁴³ motivos que no están cubiertos bajo el artículo 5.1 CEDH. La ubicación del solicitante en dicho centro de detención temporaria, por tanto, no estaba autorizada por la CEDH. Finalmente, en cuanto al artículo 6.1 CEDH, el TEDH sostuvo que, aunque el proveer asistencia legal a un niño en edad inimputable no es obligatorio en la ley doméstica, sí es exigible bajo el CEDH y la sola falta de asistencia legal es suficiente para violar el Convenio.

En este caso, el TEDH sostuvo que, a pesar de no haber un juicio propiamente tal, igualmente hubo una especie de condena o castigo al cual se llegó sin que hubiera parámetros de debido proceso. Cabe observar, entonces, que el tribunal aplicó un criterio más estricto, ya que tomó las condiciones del régimen jurídico especial que se debía aplicar a su situación considerando el hecho de que el adolescente no había alcanzado la edad legal de responsabilidad penal. Recordemos que el tema procedimental es relevante, en este caso, porque es la primera vez que el TEDH tiene la oportunidad de pronunciarse sobre los procedimientos especiales aplicables a niños, niñas y adolescentes en Rusia que han cometido delito antes de alcanzar la edad de responsabilidad penal.

2.2. Detención, condiciones carcelarias y derecho a la libertad personal

En Jeronovics contra Letonia,⁴⁴ el solicitante había iniciado una solicitud en el TEDH alegando violaciones al artículo 3 y a los artículos 5.3, 5.5, 6.1 y 6.1, en conjunto con los artículos 13 y 14 CEDH, debido a la falta de investigación de malos tratos hacia él de parte de la policía. En dicha solicitud, el gobierno presentó una declaración unilateral en la que admitió que el tratamiento físico que recibió el solicitante, a manos de la policía, así como también la efectividad de la investigación, no cumplían los estándares del artículo 3 CEDH, y ofreció, en consecuencia, el pago de una cierta cantidad de dinero a modo de

⁴¹ Ibid., párr. 138. El destacado es nuestro. Los estándares referidos son, por ejemplo, las Reglas de Beijing sobre la administración de justicia juvenil.

⁴² Ibid., párr. 141.

⁴³ Ibid., párr. 27, resumiendo la sentencia del tribunal ruso respectivo.

⁴⁴ TEDH, Caso Jeronovics contra Letonia [GC] sentencia del 5 de julio de 2016.

indemnización. Añadió que dicho pago constituiría la resolución final del caso. Esta declaración unilateral fue aceptada por el TEDH, el que, consecuentemente y sin más garantías, terminó el caso. En 2012 el solicitante pidió a la fiscalía que reabrieran los procedimientos penales en contra de los oficiales de policía, basándose en la declaración unilateral del gobierno emitida en el caso 547/02. Esta solicitud fue rechazada.

El solicitante recurrió, nuevamente, al TEDH, alegando que el Estado se habría negado a reabrir la investigación y que esto lo privaba de una reparación efectiva respecto a sus alegaciones sobre los artículos 3 y 13 CEDH. El caso fue enviado a la Gran Sala por una de las salas de la cuarta sección del tribunal, al parecer dada su complejidad formal y técnica. El TEDH consideró particularmente relevante que en la terminación de la solicitud se estableciera que el solicitante podría ejercer cualquier otro recurso posible para obtener una reparación, y sostuvo que el pago de una indemnización, como resultado de una declaración unilateral o seguida de procedimientos legales internos, no podía satisfacer la necesidad de reparación bajo el artículo 3, estando el Estado obligado a conducir una investigación efectiva por los malos tratos de sus agentes. Por estos motivos, terminó condenando a Letonia por el artículo 3 en su aspecto procedimental.

En este fallo, llama la atención lo divididas que están las opiniones de los integrantes de la Gran Sala del TEDH. Algunas de ellas hacen alusión a que el TEDH se habría equivocado al aceptar una declaración unilateral, cuyos términos no se encontraban redactados claramente. Se podría temer que la posibilidad de reabrir casos sin hechos nuevos, pone en riesgo la certeza jurídica de los fallos del TEDH. En este caso, convencen más los votos disidentes, ya que es de suma relevancia para la seguridad legal que el TEDH revise en detalle cada declaración unilateral y que el Comité de Ministros pueda, efectivamente, garantizar su cumplimiento, para que no se vea en la necesidad de corregirse con posterioridad.

Por su parte, en Buzadji contra Moldavia⁴⁵ —caso que llegó a la Gran Sala a solicitud del gobierno— el solicitante, que estaba siendo investigado por varios delitos, fue detenido el 2 de mayo de 2007 y puesto bajo prisión preventiva, la que fue prorrogada hasta sumar un total de 10 meses. Después de salir en libertad bajo fianza, fue liberado de todos los cargos. El solicitante alegó que la extensa privación de libertad que sufrió fue injustificada. El TEDH había sostenido en casos anteriores que la persistencia de sospechas razonables es una condición

⁴⁵ TEDH, Caso Buzadji contra Moldavia [GC], sentencia del 5 de julio de 2016.

sine qua non para la validez de la detención continua en prisión preventiva, pero que ella no bastaba para justificar la prolongación de ésta después de un cierto lapso de tiempo.⁴⁶ Este principio fue enunciado por primera vez en Stögmüller, que más tarde se conoció como el principio Letellier.⁴⁷ El tribunal debía, entonces, establecer en el caso concreto si había motivos citados por las autoridades judiciales que continuaran justificando la privación de libertad, y si tales motivos eran pertinentes y suficientes.

El TEDH consideró que “las razones invocadas por los tribunales nacionales para ordenar y prolongar la detención del solicitante en este caso eran estereotipadas y abstractas”.⁴⁸ En sus decisiones se citaban los motivos de la detención sin intentar demostrar de qué manera se aplicaban, concretamente, a las circunstancias específicas del caso del solicitante. El TEDH señaló que cuando se trata de una cuestión tan importante como el derecho a la libertad, incumbe a las autoridades nacionales demostrar de manera convincente que la detención es necesaria, lo que no pudo probarse en este caso. En cuanto al arresto domiciliario, el TEDH recordó que, de acuerdo a su jurisprudencia, éste se considera, en razón de su grado e intensidad, como privación de libertad en el sentido del artículo 5 del Convenio, por lo que también cabe dentro de este análisis. En este caso los jueces estuvieron de acuerdo en la gran mayoría de los puntos y la condena a Moldavia por violación del artículo 5 fue unánime. Lo que nos parece más relevante de este caso es que el TEDH ahondó en que los requisitos de la prisión preventiva debían estar muy bien fundamentados, no en abstracto, sino que para el caso en concreto. También resulta importante que el TEDH haya confirmado que la reclusión domiciliaria puede constituir una privación de libertad.

El caso de Buzadji es similar al de Mozer contra Moldavia y Rusia, en que el solicitante también fue detenido por sospechas de delito. En este caso, el Tribunal competente también extendió la prisión en reiteradas ocasiones. La particularidad en este caso, es que la alegación del solicitante se extiende a Moldavia y Rusia, lo que generó una discusión sobre la competencia. El solicitante se quejó, entre otras cosas, de que había sido detenido ilegalmente por autoridades de la República Moldovesa de Transnistria (MRT por sus siglas en inglés). Además, alegó que no se le había proporcionado la asistencia médica necesaria para su estado (padecía de asma bronquial); que había sido detenido

⁴⁶ Ibid., párr. 87.

⁴⁷ Ibid., párr. 92.

⁴⁸ Ibid., párr. 122.

en condiciones inhumanas y que se le había impedido ver a sus padres y a su pastor. Sostuvo que, tanto Moldavia como Rusia, eran responsables. Cabe destacar que Transnistria es un territorio ubicado en una zona limítrofe entre Rusia y Moldavia antiguamente perteneciente a la URSS y que, actualmente, es considerado como un Estado no reconocido. El TEDH confirmó el raciocinio de Ilascu y otros, y Catan y otros, decidiendo absolver a Moldavia de toda responsabilidad y responsabilizar a Rusia. El TEDH sostuvo que “el MRT sólo puede seguir existiendo y resistir los esfuerzos de Moldavia e internacionales para resolver el conflicto y llevar la democracia y el Estado de Derecho a la región, debido al apoyo económico y político del ejército Ruso”.⁴⁹

Respecto a la validez del actuar de autoridades MRT, el TEDH sostuvo que la falta de fuentes oficiales de información relativas al sistema tribunales de MRT hacía imposible verificar si sus prácticas cumplían los estándares requeridos por el CEDH y que, por este motivo, los procesos judiciales de MRT y sus autoridades no podían ordenar —bajo ningún caso— “detenciones legales”. Así, el TEDH sostuvo que hubo ilegalidad en la detención y, por ende, una violación al artículo 5.1 por parte de Rusia.

Además, el Tribunal terminó condenando a Rusia por una violación del artículo 3, debido a que no se le proveyeron los tratamientos médicos adecuados al Sr. Mozer, lo que empeoró su enfermedad. El TEDH también condenó a Rusia por violaciones a los artículos 8 y 9 CEDH, ya que corroboró que el solicitante —sin motivo aparente— fue impedido de que lo visitaran sus padres y a su pastor, sin que el gobierno hubiera justificado esta medida. Finalmente, el TEDH condenó por una violación al artículo 13, ya que sostuvo que el gobierno ruso no fue capaz de presentar ningún recurso efectivo para obtener compensación. Cabe destacar que, respecto al artículo 5.1, el tribunal y el solicitante se enfocaron no en las formas de la detención en sí misma para referirse a su ilegalidad, sino que en el mero hecho de haber sido ejecutada por autoridades o sistemas judiciales que, en su base, han sido constituidos de forma ilegal. Esta decisión nos podría llevar, fácilmente, a concluir que cualquier proceso llevado a cabo por tribunales de MRT o cualquier detención en dicho territorio realizada por autoridades MRT sería ilegal, a ojos del TEDH. También parece relevante el hecho de que el tribunal mantuvo su postura sobre el nivel de responsabilidad de Moldavia respecto de casos anteriores.

⁴⁹ TEDH, Caso Buzadji contra Moldavia [GC], sentencia del 5 de julio de 2016, párr. 110. Discutimos casos anteriores contra Moldavia en los Anuarios 2013 y 2016.

En el caso Mursic contra Croacia,⁵⁰ el TEDH tuvo que evaluar las condiciones carcelarias en las cuales el solicitante cumplía condena. El solicitante alegó que, durante su estadía en Bjelovar, fue ubicado en celdas comunes sobrepobladas y sostuvo que, específicamente, durante un periodo de 50 días en total dispuso de un espacio inferior a 3 metros cuadrados de espacio personal, incluidos 27 días continuos. También alegó que hubo varios periodos no consecutivos en que fue colocado en espacios entre 3 y 4 metros cuadrados. El solicitante sostuvo, además, que las celdas en que se le mantenía estaban en malas condiciones y que las condiciones de higiene del lugar eran deplorables. Por todo ello, acudió al TEDH alegando una violación al artículo 3.

En este caso, las preguntas que debía contestar el Tribunal se relacionaban con el mínimo de espacio personal en una celda común necesario para preservar la dignidad de los internos, y con las condiciones favorables de reclusión que pueden compensar la falta de espacio para no incurrir en una violación al artículo 3 CEDH. La Gran Sala sostuvo que no había motivo, en este caso, para distanciarse de sus posturas y jurisprudencias anteriores en cuanto al mínimo de espacio personal en celdas compartidas. Así, discrepó de las posturas del Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, y corroboró que hay un estándar mínimo de espacio personal en celdas compartidas de 3 metros cuadrados por persona; que cuando dicho estándar se incumple, surge una presunción fuerte de violación del artículo 3 CEDH; y que dicho estándar no es estricto, ya que el TEDH no puede fijar estándares inamovibles.

Esto quiere decir que, aún cuando se incumple dicho estándar, hay otros factores que deben evaluarse y que pueden hacer contrapeso al incumplimiento: los periodos de tiempo en que este se dio (si fueron periodos continuos o discontinuos, breves o extensos) y si el recluso contaba con actividades diarias fuera de su celda, entre otros. El TEDH concluyó que no cabía duda que el periodo de 27 días levantaba una fuerte presunción de violación del artículo 3. También destacó que, en este período, las condiciones de detención no pudieron ser compensadas por factores favorables anexos, constituyéndose un trato degradante y una violación del artículo 3. En cuanto a los periodos restantes que fueron de corta duración, el TEDH consideró que el reducido espacio personal pudo ser refutado por los breves espacios de tiempo en que éste se dio.

⁵⁰ TEDH, Caso Mursic contra Croacia [GC], sentencia del 20 de octubre de 2016.

En nuestra opinión, similar a la del juez Pinto de Alburquenque, el TEDH adoptó una postura más bien conservadora frente al mínimo de espacio personal, optando por desechar los argumentos del Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, respecto a un espacio mayor. Pensamos, en concordancia con el análisis que hace el mencionado juez en el párrafo 51 de su voto disidente, que el permitir a los estados compensar el incumplimiento del artículo 3 mediante factores que son básicos en sí, como el derecho a salir al patio, actividades fuera de la celda y otros, es una lectura demasiado amplia, que da pie para un incumplimiento del estándar mínimo.⁵¹ Tal vez una lectura más adecuada por parte del TEDH, hubiera sido una que ampliara el espacio mínimo a lo recomendado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, estableciendo un mínimo de 3.4 o 4 metros y que restringiera —y no abriera— la posibilidad de los estados de justificarse frente un trato degradante.

3. Libertad de expresión, acceso a la información pública y democracia

Otro de los temas recurrentes que aborda año a año el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dice relación con el derecho a la libertad de expresión. Entre los casos sometidos a conocimiento del Tribunal se encuentran Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría,⁵² y Baka contra Hungría.

3.1. Democracia "iliberal", libertad de expresión, e independencia del poder judicial

Dos de los casos sobre libertad de expresión tratan de demandas realizadas en contra del Estado húngaro y en las cuales este último fue encontrado responsable de violaciones al artículo 10 CEDH. En la actualidad, Hungría se encuentra gobernada por un miembro del partido conservador *Fidesz*, cuyo gobierno populista tiene rasgos euro-escépticos y autoritarios, con una clara tendencia anti-inmigración y de espaldas a la protección de derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales, como lo es el CEDH. A partir de un cambio constitucional en 2012, se han eliminado varias garantías

⁵¹ TEDH, Caso Mursic contra Croacia [GC], sentencia del 20 de agosto de 2016, voto disidente Juez Pinto de Alburquenque, párr. 51.

⁵² TEDH, Caso Magyar Helsinki Bzottság contra Hungría [GC], sentencia del 8 de noviembre de 2016.

de protección contra-mayoritaria de la democracia; se reestructuraron los medios de comunicación; se limitaron, considerablemente, las competencias del tribunal constitucional;⁵³ se reformó el sistema electoral;⁵⁴ y se restringió la participación de la sociedad civil.⁵⁵ El mismo primer ministro Órban indicó, en 2014, que su visión para Hungría era construir una democracia iliberal,⁵⁶ un término usado por Fareed Zakaria en 1997 para describir democracias formales sin protección de derechos fundamentales y una tendencia de acumulación de poder en el ejecutivo, sin los usuales *checks and balances*.⁵⁷ El analista húngaro Biro-Nagy indica que “basados en las actuales políticas de *Fidesz*, también es justo deducir que la democracia iliberal también incluye medidas destinadas a eliminar los controles de los poderes ejecutivos y a limitar, a través de una variedad de medios raramente empleados en las democracias occidentales, oportunidades genuinas de escuchar las voces de la oposición.”⁵⁸

Es en esta situación que el TEDH encontró una indebida interferencia con la independencia del Poder Judicial, en relación a la libertad de expresión del presidente de la Corte Suprema de Hungría. Baka contra Hungría fue un caso que llegó a la Gran Sala, por solicitud del gobierno húngaro, y fue decidido por una mayoría de 15 jueces de la Gran Sala contra 2. Sus aspectos sobre debido proceso se revisarán en relación al debido proceso (véase sección 4).

András Baka fue juez del TEDH por más de diecisiete años y elegido por el Parlamento húngaro como presidente de la Corte Suprema de ese país por un período de seis años. Su mandato iba terminar el 22 de junio del año 2015. El solicitante recurrió ante el tribunal alegando, entre otros, la existencia de una violación al artículo 10 del Convenio Europeo, sobre libertad de expresión. Sostiene, para tales efectos, que su mandato como presidente de la Corte Suprema

⁵³ Para un análisis de la democracia húngara desde 2010, véase Biro-Nagy, András, *Illiberal Democracy in Hungary: The Social Background and Practical Steps of Building an Illiberal State*, in: *CIDOB*, Enero 2017. Para un análisis de las restricciones de facultades de tribunales constitucionales y superiores, véase también Bogdandy, Armin von, *Constitutional crisis in the European constitutional area*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015.

⁵⁴ Véase para un análisis del sistema electoral, Fumarola, Andrea, *Fidez and electoral reform: How to safeguard Hungarian democracy*, 1 de abril de 2016, <http://www.democraticaudit.com/2016/04/01/fidez-and-electoral-reform-how-to-safeguard-hungarian-democracy/>.

⁵⁵ Véase específicamente, Forst, Michel, Relator Especial de las Naciones Unidas para Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, Comunicado 2016, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17048&LangID=E>.

⁵⁶ Biro Nagy, *ibid*.

⁵⁷ Zakaria, Fareed, *The Rise of Illiberal Democracy*, *Foreign Affairs*, Nov/Dec 1997, versión electrónica disponible en <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>.

⁵⁸ Biro-Nagy, *supra*.

fue terminado como resultado de opiniones que expresó públicamente en 2011, en su rol de presidente de la Corte Suprema (Kúria), respecto a reformas legislativas concernientes al Poder Judicial. Sus comentarios fueron dirigidos a apoyar la autonomía e independencia del Poder Judicial y criticó la nueva edad obligatoria para el retiro de los jueces, lo que expresó a través de un comunicado oficial.⁵⁹ El TEDH en su razonamiento, reiteró las líneas generales que aplican en este tipo de casos, es decir, observar la existencia de una interferencia con el derecho y analizar si ésta se encuentra prescrita en la ley y justificada, es decir, si persigue un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática, y proporcional a los fines buscados. El margen de apreciación de los estados es estrecho en temas de libertad de expresión.

En lo que respecta a funcionarios públicos que trabajan en la administración de justicia, el Tribunal observa que tienen ciertos límites en su libertad de expresión que una persona privada no tendría, principalmente, cuando ello pusiera en riesgo la imparcialidad del Tribunal o cuando se desclasificaran asuntos privados de una investigación.⁶⁰

Atendiendo a la posición del solicitante como presidente de la Corte Suprema, resulta importante, en este caso concreto, considerar el contexto: la necesidad en un Estado democrático —con el que está comprometido el TEDH— de preservar la separación entre los poderes del Estado y salvaguardar la independencia del Poder Judicial. Por ello, las opiniones de Baka en relación al funcionamiento del sistema caen dentro de la esfera del interés público, el cual goza de amplia protección ante la autoridad y envuelve materias vitales en una sociedad democrática, formando parte del debate político.⁶¹ Además, los temas sobre los que el solicitante se pronunció, le competían por su mandato como presidente de la Corte Suprema, siendo un asunto de gran interés público con amplia protección de parte del artículo 10 CEDH. Por último, el TEDH consideró que la desprotección de la libertad de expresión respecto de miembros del Poder Judicial, podría tener un efecto indeseado en el sentido de inhibir a otros funcionarios a expresar sus opiniones por miedo a las consecuencias para su cargo.⁶²

Los 2 votos disidentes provenían de los jueces Pejchal (checo) y Wojtyczek (polaco). Pejchal argumentó que el TEDH no podía juzgar los hechos del caso sin analizar si las elecciones parlamentarias en Hungría habían sido libres y

⁵⁹ TEDH, Caso Baka contra Hungría [GC], sentencia del 26 de junio de 2016, párr. 21.

⁶⁰ Ibid., párr. 164.

⁶¹ Ibid., párr. 165.

⁶² Ibid., párr. 166.

que la evaluación de un candidato recaía dentro del margen de apreciación del Estado. Ciertamente, esto no es así *per se*, sino que depende si el núcleo del derecho en cuestión ha sido afectado. Otro argumento fue expuesto por el juez Wojtyczek, proveniente de un país que también da preocupación a quienes velan por la calidad democrática: “La mayoría se refiere varias veces a las normas internacionales relativas al estatuto de los jueces (véanse, en particular, los apartados 114, 121, 168 y 172 de la sentencia). Su razonamiento da la impresión de que esas normas son importantes para el propósito de determinar el alcance de la protección de los derechos humanos que se concede a las personas que desempeñan cargos judiciales. En esta lógica, el discurso de los jueces gozaría de mayor protección en el marco de la Convención que el discurso de otros ciudadanos, ya que las garantías universales del artículo 10 se yuxtaponen con las garantías de independencia judicial.”⁶³

El juez tiene razón en insistir en la calidad de funcionario público del ex presidente de la Corte Suprema y, por tanto, la mayor posibilidad de imponer restricciones a su libertad de expresión; sin embargo, por el enraizamiento de las garantías de derechos fundamentales en un orden democrático, y las funciones específicas que tiene el presidente del Poder Judicial en relación las políticas públicas de la administración de la justicia, estamos ante una situación que no puede ser analizada fuera de contexto, incluso si se aceptare la hipótesis que, en el caso particular, aplicaba una mayor facultad del Estado para restringir el derecho. No es necesario postular que el TEDH habría querido proteger la protección de los derechos fundamentales a través del derecho a la libertad de expresión del juez en particular. Más bien, ha sido un factor de análisis en toda la historia de los tribunales internacionales de derechos humanos ponderar el contexto de cómo ocurren las supuestas violaciones, para considerarlas por sus efectos estructurales.⁶⁴ En este sentido, se entiende que el TEDH haya considerado que la esencia del derecho a la libertad de expresión del ex juez estuvo en juego y fue vulnerada.

Karácsony y otros contra Hungría⁶⁵ es otro caso contra este país revisado por el Tribunal el año 2016, el cual involucra el derecho a la libertad de expresión.

⁶³ Ibid., voto disidente juez Wojtyczek, párr. 5.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) contra Ecuador, sentencia del 28 de agosto de 2013; Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) contra Ecuador, sentencia del 23 de agosto de 2013; Caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, sentencia del 5 de agosto de 2008. No comentaremos acá las consecuencias políticas de estos casos.

⁶⁵ TEDH, Caso Karácsony y otros contra Hungría [GC], sentencia del 17 de mayo de 2016.

Los requirentes son un grupo de parlamentarios de oposición al gobierno actual de Hungría que, durante la tramitación de una ley, interrumpieron la discusión con pancartas y críticas al gobierno. Alegaron ante el TEDH que la multa que el parlamento le impuso, tras esta manifestación, vulneraba el artículo 10 CEDH. Así, este caso se inscribe, desde la perspectiva de otro de los tres poderes del Estado, en los problemas que surgen a partir de cómo el Ejecutivo húngaro manejaba sus relaciones con los demás poderes del Estado.

En lo que respecta a la libertad de expresión en el caso específico de miembros del parlamento, se observa con especial atención por qué constituye “el discurso político por excelencia”,⁶⁶ ya que estamos frente a personas que son representantes de un electorado y tienen el mandato de defender sus intereses. Existe, en este contexto, un interés público superior respecto a asegurar que el Parlamento cumpla su función de manera efectiva y persiga su misión en una sociedad democrática, cuidando que exista un debate libre. Por ello es que, en lo que dice relación con las medidas disciplinarias, los estados gozan de un amplio margen de apreciación.⁶⁷

En el caso concreto, la Gran Sala estimó —en primer lugar— que era efectiva la existencia de una interferencia, que ésta se encontraba prescrita en la ley y que la sanción disciplinaria impuesta a los parlamentarios buscaba un fin legítimo, cuál era la prevención del desorden dentro de la discusión parlamentaria. No obstante, esta sanción no era necesaria en una sociedad democrática y, por tanto, el foco debía situarse en si existían medidas que operaban como garantías contra la invocación abusiva de este fin.⁶⁸ Concluyó, en este punto, que la interferencia en el derecho a la libertad de expresión contra los requirentes no era proporcional, ya que no ofrecía las medidas necesarias en el aspecto procesal para evitar abusos.⁶⁹ Más precisamente, al ser la sanción impuesta a los parlamentarios, una medida *ex post facto*, lo adecuado hubiera sido un procedimiento establecido en virtud del cual los individuos puedan ser escuchados previo a la imposición de la sanción, así como que la decisión que se adopte fuera fundada, de manera tal que permita un escrutinio público. En este sentido, la medida adoptada no era necesaria en una sociedad democrática y no cumplía con el estándar de proporcionalidad exigido por el Tribunal. Hubo una violación del artículo 10 CEDH.

⁶⁶ Ibid., párr. 137.

⁶⁷ Ibid., párr. 146.

⁶⁸ Ibid., párr. 151.

⁶⁹ Ibid., párr. 161.

3.2. Acceso a la información pública —un derecho mal protegido por el TEDH

Magyar Helsinki Bizottság es una organización no gubernamental que monitorea la implementación de estándares internacionales de derechos humanos en Hungría, entrega representación legal a víctimas de abusos contra derechos humanos, y promueve el entrenamiento y educación en materias legales en Hungría y el extranjero. Recurrió ante el TEDH alegando una violación al artículo 10 CEDH sobre libertad de expresión por parte del Poder Judicial húngaro, ante su negativa de ordenar la entrega de información sobre defensorías públicas respecto de la cual han solicitado acceso en virtud de que era de interés público. Para la Gran Sala el asunto principal a resolver era si el artículo 10 invocado por los solicitantes, podía ser interpretado de forma tal que garantizare un derecho al acceso a la información que se encuentre en manos de autoridades públicas. En el mismo sentido, el Tribunal debía determinar en qué casos el rechazo a la información solicitada resultaba en una violación al artículo 10.⁷⁰

Para dilucidar este asunto, la Gran Sala en primer lugar señaló que el CEDH, en cuanto tratado internacional, debía ser interpretado de acuerdo con las reglas que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. De acuerdo a este criterio, se debe, en primer lugar, observar el uso ordinario de la palabra en su contexto de acuerdo al objeto y fin del tratado, que en este caso es la efectiva protección de los derechos humanos individuales.⁷¹

Por un lado, la Gran Sala aceptó —como criterio interpretativo— los consensos a los que se pueda haber llegado mediante instrumentos internacionales o entre Estados, y constató, en ese sentido, que desde que fue adoptado el CEDH, la legislación doméstica de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa han reconocido un derecho individual al acceso a la información pública. Por otro lado, en términos jurisprudenciales, el estándar se fijó en el caso *Leander*, en el cual sostuvo el Tribunal que “El derecho a la libertad de recibir información, básicamente prohíbe a un gobierno a restringir la recepción de información a un individuo, que otras personas desean o hubieran deseado que recibiera.”⁷² Se suma a esto el argumento de la Gran Sala en el caso *Guerra*, de 1998, según el cual el derecho a recibir información “no puede ser construido

⁷⁰ TEDH, Caso Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría [cc], sentencia del 8 de noviembre de 2016, párr. 71.

⁷¹ Ibid., párr. 120.

⁷² Ibid., párr. 74.

sobre la base de imponerle a un estado, en condiciones como las de este caso, obligaciones positivas de recolectar y diseminar su propia información.”⁷³

Un punto relevante en el razonamiento de la Gran Sala, en este caso, es la referencia que realiza a los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) como medio interpretativo del artículo 10, y en los cuales se observa que no existe en el lenguaje previsto para el artículo 10 un derecho a obtener información, el que fue deliberadamente excluido. Sin embargo, al no existir actas al respecto en que conste esta discusión, la Gran Sala estimó que dicha fuente no era concluyente para efectos de descartar el derecho a recibir información como parte del derecho a la libertad de expresión contenida en el artículo 10.⁷⁴

En consecuencia, para el Estado surge una obligación de desclasificar información, cuando proviene de una orden judicial o cuando el acceso a dicha información es un instrumento para que el individuo pueda hacer ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, lo que se evaluará para el caso concreto.⁷⁵ En este caso concreto, para el Tribunal tuvo relevancia el hecho de que la información requerida por la ONG era necesaria para la realización de su investigación, la que a su vez, por su naturaleza, contribuía al debate público y era información que se encontraba disponible para ser entregada. Un segundo aspecto para evaluar en el caso concreto era si los solicitantes gozaban, efectivamente, del derecho a recibir la información que requerían. El TEDH analizó si la interferencia se encontraba prescrita en la ley, así como si perseguía fines legítimos, como lo es la protección de los derechos de terceros, y si ésta es necesaria en una sociedad democrática, para lo cual se cita —entre otros casos similares— el Caso Delfi AS contra Estonia que revisamos en la edición anterior de este anuario.⁷⁶

En este contexto, si bien la negativa de las autoridades locales tenía su justificación en la protección de la privacidad de aquellos defensores públicos, cuya información fue requerida, la Gran Sala sostuvo que los medios utilizados para llevar a cabo dicha protección no fueron proporcionales, ya que aun cuando la información que se solicitaba involucraba, ciertamente, datos de carácter privado, no era información ajena a la esfera pública, sino que era

⁷³ Ibid, párr. 128.

⁷⁴ Ibid., párr. 135.

⁷⁵ Ibid., párr. 156.

⁷⁶ TEDH, Caso Delfi AS contra. Estonia [GC], sentencia del 16 de junio de 2015. Revisado en Díaz, Marcela/Schönsteiner, Judith, “Revisión de la Jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2015”, Couso, Javier (dir.), Anuario de Derecho Público 2016 (Ediciones UDP), páginas 495ss.

más bien de carácter estadístico. Por tanto, aun cuando el Estado gozase de un cierto margen de apreciación en la materia, no existía una relación razonable y proporcionada entre las medidas tomadas y la finalidad que buscaba el Estado al no entregar la información solicitada.

En este tema nos parece relevante comentar, brevemente, la opinión disidente de los jueces Spano y Kjølbrot, jueces de Dinamarca e Islandia. En su voto señalaron que el sentido ordinario del artículo 10, correctamente interpretado, incluía el derecho a recibir información sólo en situaciones en las que una persona deseaba impartir cierta información a otra y el gobierno interfiriera en esa transferencia. Estimaron que el voto de mayoría, en su decisión respecto a este punto, había sacado totalmente de contexto el derecho a recibir información como parte del artículo 10 CEDH, ya que la estaría entendiendo como un derecho a entregar información, aun no estando dicho Estado bajo un deber estatutario de entregarla, e incluso contra su voluntad de entregarla. Por tanto, concluyeron que el artículo 10, bajo una interpretación de buena fe, en el marco de su contexto y siguiendo a los trabajos preparatorios que fueron desestimados en el razonamiento mayoritario, no implicaba un deber para las autoridades de entregar información que no deseaban entregar y a lo que no estaban obligadas.

Esta postura contrasta, claramente, con la interpretación que ha dado la Corte IDH en su jurisprudencia constante sobre el artículo 13 CADH que está redactado en términos similares. Es emblemático, en este sentido, el caso *Claude Reyes contra Chile* que fue considerado cumplido con la adopción de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.⁷⁷ En las Américas, y según nuestro conocimiento, no se ha generado nunca mayor crítica sobre la lógica interpretativa de la Corte IDH en relación a esta segunda faceta del derecho a la libertad de expresión. Sería interesante estudiar a futuro si las distintas interpretaciones del derecho en el ámbito europeo están vinculadas con una visión particular de la función del Estado y su administración.

3.3. Libertad de expresión y confidencialidad de los procesos judiciales

El caso *Bédat contra Suiza*⁷⁸ fue fallado por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 29 de marzo de 2016. El requirente es el Sr. Arnaud Bédat, de profesión periodista, y que recurrió ante el Tribunal Europeo

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros contra Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006 y Resolución de cumplimiento de fecha 24 de noviembre de 2008.

⁷⁸ TEDH, *Caso Bédat contra Suiza* [GC], sentencia del 29 de marzo de 2016.

alegando que existía una infracción a su derecho a la libertad de expresión. Había sido juzgado y condenado a una multa por un tribunal doméstico suizo, por la publicación en un medio de prensa de detalles confidenciales respecto a una causa judicial que suscitó gran conmoción en Suiza. El procedimiento criminal iniciado contra el solicitante había sido iniciado por un fiscal, quien sostuvo que documentos de carácter secreto habían sido publicados respecto de un accidente de tránsito en que un conductor había atropellado un grupo de peatones, causando la muerte de tres de ellos.

La Gran Sala comenzó su razonamiento reiterando los argumentos sostenidos por la Cámara que anteriormente revisó este caso, en el sentido de señalar que existía una interferencia contra el derecho a la libertad de expresión, la cual se encontraba establecida en la ley y que perseguía un fin legítimo, como era evitar la desclasificación de información recibida en un contexto de confidencialidad, la protección de la reputación de terceros y la imparcialidad del sistema judicial.⁷⁹

Respecto a los principios generales relativos al derecho a la libertad de expresión, la Gran Sala reiteró su jurisprudencia basada en el caso *Pentikainen* contra Finlandia,⁸⁰ el cual ya revisamos en el anuario del año 2016. Puso énfasis en que no obstante la importancia que tiene el ejercicio del periodismo, existen ciertos límites que no deben sobrepasarse, tales como el respeto a la reputación de otros y la no divulgación de información entregada bajo una esfera de confidencialidad. Asimismo, debe ejercerse un periodismo responsable, es decir, que el periodista debe actuar dentro del marco legal y de buena fe.⁸¹ Reiteró también su jurisprudencia indicando que la libertad de expresión debe ser particularmente protegida en ámbitos tales como el discurso político y asuntos de interés público, donde las autoridades gozarían de un menor margen de apreciación.

Respecto a la aplicación de estos principios al caso concreto, para la Gran Sala los puntos a considerar fueron la forma en que la información publicada fue obtenida; el contenido del artículo impugnado; la contribución de este artículo al debate público; la influencia del artículo en los procedimientos criminales; la infracción a la vida privada del acusado y la proporcionalidad de la pena.

La Gran Sala concluyó que no existía violación al artículo 10 CEDH en este caso. Para llegar a esta decisión, la Gran Sala adujo que el requirente, siendo

⁷⁹ Ibid., párr. 47.

⁸⁰ TEDH, Caso *Pentikäinen* contra Finlandia [GC], sentencia del 4 de febrero de 2014.

⁸¹ TEDH, Caso *Bédar* contra Suiza [GC], sentencia del 29 de marzo de 2016, párr. 50.

periodista, debió haber sabido que la información que estaba publicando era de carácter confidencial ya que formaba parte de una investigación en curso. Por otro lado, estimó que la pena impuesta no tenía como finalidad impedir el ejercicio de la libertad de expresión de que gozan los individuos⁸² y que la información difundida merecía, por sus características, de la máxima protección ya que trataba asuntos de la vida privada de una persona que no era una figura pública.⁸³ Señaló también que lo publicado por el requirente de manera indirecta podía influenciar a los actores intervinientes en el proceso judicial,⁸⁴ así como que el tipo de información que fue desclasificada, era de carácter sensacionalista, sin ser relevante para el debate público.

4. Discriminación

El año 2016 la Gran Sala del TEDH tuvo la oportunidad de revisar sólo tres casos de discriminación. Dos de ellos nuevamente referente a discriminación por religión esta vez enfocado en la temática de religiones minoritarias (Izzetin Dogan y otros contra Turquía e Iglesia Católica Griega de Lupeni contra Rumania) y uno referente a discriminación por nacionalidad con base al derecho de reunificación familiar (Biao contra Dinamarca).

4.1. Discriminación por razones de religión

En Izzettin Dogan y otros contra Turquía, los solicitantes alegaron el hecho que Turquía no reconociera a la fe alevita como una religión oficial, negando el estatus de lugar sagrado de sus lugares de adoración (cemevis), lo que repercutió en que muchas municipalidades negaron sus permisos para la construcción de cemevis, y en que se negó entrenamiento para formación de líderes religiosos alevitas en escuelas y universidades. Cabe destacar que la fe alevita es una versión del islam de la corriente sufí, distinta a la versión mayoritaria sunita que se practica en Turquía.

Los solicitantes sostuvieron que estas denegaciones implicaban una valoración de su fe contraria al deber de neutralidad e imparcialidad del Estado con respecto a las creencias religiosas y que impedían el libre ejercicio de su religión. Por ello, alegaron una violación al artículo 9 CEDH —por sí sólo, pero

⁸² Ibid., párr. 81.

⁸³ Ibid., párr. 76.

⁸⁴ Ibid., párr. 69.

también relacionado en conjunto con el artículo 14 CEDH—. El TEDH sostuvo que la situación descrita por la comunidad alevita de la negación a ser reconocida como una religión, negaba sus derechos de disfrutar plenamente su libertad religiosa. En particular, esta negación había tenido como consecuencia que la comunidad alevita se había visto impedida de profesar su religión de manera libre. El TEDH argumentó además que, en el presente caso, las medidas tomadas por el Estado no se podían considerar proporcionales, sobre todo cuando al hacer esto, excluyó a sus creyentes de los beneficios que implicaba constituirse como religión en dicho país (párrafo 113). En ausencia de motivos relevantes y suficientes para justificar tal diferencia de trato, el TEDH consideró que Turquía sobrepasó el margen de apreciación amplio que existía en materia religiosa y consideró que tal interferencia no podía ser admisible en una sociedad democrática (párrafo 135).

Para llevar a efecto este análisis, el TEDH se refirió al caso anterior S.A.S. contra Francia sobre una mujer que alegó contra la legislación que le impedía usar un velo en su rostro acorde a su religión y sostuvo que se trataba de cosas diferentes, ya que en el presente caso el Estado no pudo probar que la interferencia con la libertad religiosa fuera necesaria en una sociedad democrática, lo que sí se probó en S.A.S contra Francia.⁸⁵

En cuanto al artículo 14, el TEDH entendió que, si bien el artículo 9 no requiere que la legislación interna de los estados contratantes concedan a las comunidades religiosas estatus especiales que contengan ciertos privilegios, un Estado que de hecho ha creado esos privilegios para alguna religión particular, debe cumplir con su deber de neutralidad e imparcialidad y asegurarse que otros grupos religiosos tengan las mismas oportunidades de solicitar dichos estatus y que los criterios para concederlos sean aplicados de manera no discriminatoria.⁸⁶ Esto no ocurrió en este caso, concretándose una violación al artículo 14 en relación la libertad religiosa. Tal como analiza Mine Yildirim en el blog de observadores de Estrasburgo el fallo identificó la esencia del asunto —el no reconocimiento a una existencia autónoma de la comunidad Alevi— y, tal como en Sinan Isik contra Turquía, fue *más allá de la discriminación por religión*.⁸⁷ Los jueces Villinger, Keller y Kjølbrotuvieron una opinión distinta. Si bien

⁸⁵ Para una discusión del caso, ver Anuario 2015.

⁸⁶ TEDH, Caso Izzettin Doğan y otros contra Turquía, sentencia del 26 de abril de 2016, párr. 164.

⁸⁷ Grand Chamber Judgment in Izzettin Doğan and Others v. Turkey: More Than a Typical Religious Discrimination Case, en Strasbourg Observers, 18 de julio de 2016, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2016/07/18/grand-chamber-judgment-in-izzettin-dogan-and-others-v-turkey-more-than-a-typical-religious-discrimination-case/>.

estuvieron de acuerdo en encontrar una violación al artículo 14, se opusieron a encontrar una violación al artículo 9, ya que sostuvieron que los solicitantes no estaban impedidos de realizar sus actividades religiosas, opinión que se asemeja a la del Juez Silvis. También llamó la atención la opinión disidente del Juez Vehabović, que, preocupado por el “amplio margen de aplicación” en esta materia, sostuvo que “la posibilidad de que todas las ideologías deban ser reconocidas, es riesgoso”.⁸⁸

Sobre la misma materia versa el caso Iglesia Católica Griega de Lupeni contra Rumania. Después de la caída del régimen comunista en 1989, se promulgó en Rumania una ley especial que especifica que el estatuto jurídico de la propiedad perteneciente a la Iglesia Católica Griega estaría determinado por Comisiones Mixtas, compuestas de representantes de ambas denominaciones religiosas que tendrían en cuenta la opinión de los adherentes de las comunidades en posesión de esas propiedades, y que, en caso de desacuerdo, la parte con un interés que le autorice a ejercitar la acción podría hacerlo en el marco del derecho común.

Este caso tiene que ver con una propiedad traspasada a la Iglesia Ortodoxa rumana el año 1967, y que anteriormente pertenecía a la Iglesia Católica Helénica, que en el año 1996 fue restablecida legalmente, quedando nuevamente bajo custodia de la Iglesia Católica Griega de Lupeni. Sin embargo, el año 2001, la Iglesia Ortodoxa Rumana inició procedimientos para que se le restituyera la propiedad en comento. En 2009, el Tribunal de primera instancia falló en favor de los solicitantes, pero su acción fue, posteriormente, desestimada por el Tribunal de Apelación en 2010. En sentencia del año 2011 el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación, señalando la aplicación correcta de la ley especial en cuanto al criterio de respetar los deseos de sus integrantes (en su mayoría ortodoxos) en posesión de la propiedad. En este contexto, los solicitantes son la Iglesia Católica Griega.

La primera aproximación de la Gran Sala tiene que ver con la idea de que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto, por lo que puede estar sujeto a ciertas limitaciones. Esta limitación se condice con cierto margen de apreciación que tienen los Estados y, además, debe ser compatible con lo establecido en el artículo 6.1 CEDH, por lo que debe perseguir un objetivo legítimo, y debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se quiere alcanzar. También en la línea de las limitaciones,

⁸⁸ TEDH, Caso Izzettin Dogan, ob.cit., voto disidente Juez Vehabović.

se establece que el Tribunal sólo puede intervenir cuando se han vulnerado derechos y libertades protegidas por la CEDH.

Respecto del caso en cuestión, se entiende que los solicitantes alegan que la aplicación del criterio de los deseos de los fieles (como lo indica el Decreto Legislativo de 1990), equivaldría a una restricción tal que hace ilusorio el derecho de acceso a un tribunal en el contexto de las gestiones por recuperar la propiedad en disputa.⁸⁹ Sin embargo, la Gran Sala señaló que los solicitantes habían podido alegar la restitución de la propiedad ante los tres niveles de jurisdicción, incluso declarándose admisible su alegato en la primera instancia en el año 2004.⁹⁰ Además, agregó que los solicitantes también pudieron incorporar pruebas y beneficiarse de los procedimientos adversariales.

Por otra parte, el Tribunal señaló que el criterio de los deseos de los fieles tomaba en cuenta aspectos históricos y sociales, y no sólo estadísticos, por lo que se entiende que no se había utilizado de forma arbitraria en contra de los solicitantes del presente asunto. Y es aquí que surge la base del alegato de la parte solicitante: la dificultad de satisfacer las condiciones que impone el derecho sustantivo para lograr la restitución de la propiedad en cuestión. En este sentido, se establece que “el criterio de *los deseos de los fieles* en cuestión en el presente caso no puede ser considerado como limitando en modo alguno para la jurisdicción de los tribunales con respecto a decidir las acciones de recuperación de la posesión de lugares de culto, sino como un derecho sustantivo.”⁹¹ Esto significa que los tribunales nacionales tenían plena competencia para aplicar e interpretar la ley nacional, sin verse obligados a llegar a una solución amistosa ante la negativa respuesta de la Iglesia Ortodoxa Rumana.

En definitiva, “el Tribunal considera que no se privó a los solicitantes del derecho a una determinación de los méritos de sus pretensiones relativas a su derecho de propiedad sobre un lugar de culto. Las dificultades encontradas por los solicitantes en sus intentos de asegurar el retorno del edificio de la iglesia impugnada resultaron del derecho sustantivo aplicable, y no estaban relacionadas con ninguna limitación del derecho de acceso a un tribunal.”⁹² Por ello, la Gran Sala, por 12 votos a 5, concluyó que el derecho de acceso a un

⁸⁹ TEDH, Caso Iglesia Católica Griega de Lupeni contra Rumania [cc], sentencia del 29 de noviembre de 2016, párr. 92.

⁹⁰ Ibid., párr. 94.

⁹¹ Ibid., párr. 101.

⁹² TEDH, Caso Iglesia Católica Griega de Lupeni contra Rumania [cc], sentencia del 29 de noviembre de 2016, párr. 106.

tribunal fue respetado y que, por lo tanto, no ha habido violación del artículo 14 en relación al artículo 6.1 CEDH.

4.2. Discriminación indirecta a razón del origen étnico

En *Biao contra Dinamarca*, el caso fue llevado a la Gran Sala por solicitud de los solicitantes. El solicitante es un ciudadano danés de origen togolés y ganés que vivió en Dinamarca desde 1993 y adquirió la ciudadanía al casarse con una danesa. En 2003 quiso establecerse en Dinamarca con su segunda esposa, de origen y ciudadanía ganesa, sin embargo, esta solicitud de reunificación fue rechazada, así como también las apelaciones presentadas ante esta decisión.

Ambos vivían en Suecia al momento de la solicitud y tenían un hijo de nacionalidad danesa debido a la ciudadanía del padre. La Ley de Extranjería danesa sostenía que la reunificación familiar sólo podía ser concedida si sus lazos agregados con Dinamarca eran más fuertes que el vínculo de ambos para con cualquier otro país (el llamado requisito del vínculo). La Autoridad de Extranjería denegó el permiso de residencia, sosteniendo que no había sido posible comprobar que los lazos de los cónyuges con Dinamarca fueran más fuertes que el vínculo con Ghana. Posteriormente, y con objeto de contrarrestar algunas consecuencias indeseadas que tenía el requisito del vínculo en ciudadanos daneses expatriados y que habían vivido gran parte de su vida fuera de Dinamarca, se modificó la ley y se introdujo la “regla de los 28 años” que no requiere que se cumpla el requisito del vínculo si se comprueba que el o la cónyuge ha sido ciudadano danés por al menos 28 años o, en caso de no nacionales, ha nacido o ha crecido en Dinamarca y vivido allí, legalmente, por al menos 28 años. Posterior a ello, hubo una nueva solicitud a la cual el Ministerio de Refugiados, Inmigración e Integración, nuevamente, se negó. Todas las apelaciones fueron rechazadas.

Los solicitantes alegaron que la negativa de las autoridades danesas a concederles la reunión familiar en Dinamarca iba contra el artículo 8 por sí solo y también leído en conjunto con el artículo 14 CEDH. Sostuvieron, además, que la modificación a la Ley de Extranjería con la introducción de la regla de los 28 años resultaba ser una diferencia de trato injustificada entre los daneses de origen étnico danés y los de otro origen.

El TEDH señaló que no era posible aceptar los reclamos del gobierno de que la diferencia de trato se encontraba ligada, únicamente, al tiempo de nacionalidad. Aún más, recalcó que había sostenido en casos anteriores que la diferencia de trato podía tomar la forma de efectos perjudiciales desproporcionados

cuando una medida o política concebida en términos neutros, discrimina a determinados grupos.⁹³ El TEDH sostuvo, entonces, que la ley danesa tal como estaba redactada suponía una desventaja y tenía efectos perjudiciales para quienes adquirieran la nacionalidad danesa con posterioridad y que fueran de origen étnico diverso.⁹⁴

El TEDH indicó que una situación como esta podía llegar a constituir una discriminación indirecta que no necesariamente requería de una intención discriminatoria.⁹⁵ Esta definición es muy similar a la contenida en la Observación General N° 20 del Comité DESC, la cual sostiene que “La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación”. El TEDH recalcó —además— que, si bien en los Estados miembros del Consejo Europeo existe una cierta variación respecto a las condiciones de concesión del reagrupamiento familiar, hay una cierta tendencia hacia un estándar único⁹⁶ que establece un trato igualitario a todos los nacionales, con independencia de si éstos lo son desde el nacimiento o la adquirieron con posterioridad. Además, resaltó que varios organismos independientes (CERD, ECRI y el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo Europeo) habían expresado su preocupación por el hecho de que la norma de 28 años entrañara una discriminación indirecta.⁹⁷

En conclusión, considerando el estrecho margen de apreciación del presente caso, el TEDH consideró que el gobierno falló en demostrar que hubiera razones fuertes no relativas al origen étnico para justificar discriminación indirecta con la regla de los 28 años. Dicha regla favorece a los nacionales daneses de origen étnico danés y tiene efectos perjudiciales para personas que han adquirido la nacionalidad danesa, con orígenes étnicos diversos al danés. Se trata de un fallo medianamente dividido, en que ninguno de las decisiones sobre violación a derechos del Convenio fue unánime. Es interesante ver cómo la Gran Sala argumentó y falló de manera distinta a la Sala inferior en varios de los puntos principales. La Gran Sala se desligó del caso Abdulaziz —en que se establecía que la ley de inmigración británica no era discriminatoria por carecer de intención discriminatoria— y con base en los casos Hugh Jordan contra Reino Unido y

⁹³ TEDH, Caso Hugh Jordan contra Reino Unido, sentencia del 4 de mayo de 2001.

⁹⁴ TEDH, Caso Biao contra Dinamarca [GC], sentencia del 24 de mayo de 2016, párr. 138

⁹⁵ Véase TEDH, Caso D.H. y otros contra República Checa, sentencia del 13 de noviembre de 2013.

⁹⁶ TEDH, Caso Biao contra Dinamarca [GC], sentencia del 24 de mayo de 2016, párr. 132

⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 138.

D.H. y otros contra República Checa, recordó que hay distinciones legales que, aunque no tengan la intención de discriminar, tienen efectos discriminatorios o de discriminación indirecta, frente a lo cual los Estados deben responder.

5. Propiedad, beneficios sociales y derecho a la seguridad social

En el caso *Belané Nagy contra Hungría*,⁹⁸ se analizaron derechos sociales y su relación con el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 1 del Protocolo N° 1 del CEDH. La requirente es la señora Nagy, quien desde el año 2001 recibía una pensión por discapacidad en atención a que perdió un 67% de su capacidad de trabajo. Tras modificaciones en la legislación que regula la metodología para el acceso a estas pensiones en Hungría, hubo cambios en el modo de calcular el grado de discapacidad que habilitan a un individuo para acceder a una pensión por discapacidad, así como los requisitos para postular. Como consecuencia de lo anterior, la Sra. Nagy fue calificada con un 50% de discapacidad, a lo que se sumaron los nuevos criterios de selección, quedando fuera del acceso a los beneficios que percibía, aun cuando su situación de salud no había mejorado en el tiempo.

Dentro del razonamiento de la Gran Sala, se sostuvo que la Sra. Nagy tenía una expectativa legítima respecto al pago de su pensión de discapacidad, en la medida que su salud se mantuviera en las mismas condiciones y continuara cumpliendo con los demás requisitos. Esta expectativa legítima era asimilable a un derecho de propiedad sobre esta pensión desde el momento en que el individuo satisfacía sus requisitos y ésta le era otorgada⁹⁹ y, por tanto, a juicio de la Gran Sala existió una vulneración del mentado derecho. No obstante, especifica que este artículo no engloba un derecho a recibir una pensión, sino a que una vez otorgada ésta, si es rebajada o suspendida, la restricción al goce del derecho debe ser justificado.¹⁰⁰

En el caso concreto, la solicitante reunió los requisitos que la ley le exigía por casi diez años, hasta que la legislación fue modificada. Así, resultó innegable que durante de todo este periodo, tenía una expectativa legítima de seguir recibiendo sus beneficios.¹⁰¹ Ahora bien, para la Gran Sala fue relevante

⁹⁸ TEDH, *Caso de Belané Nagy contra Hungría* [GC], sentencia del 13 de diciembre de 2016.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 82.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 84.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 94.

determinar si esa legítima expectativa aún existía luego de la modificación a la ley, ya que sólo en ese caso se podría establecer que la enmienda legislativa constituía una interferencia con el artículo 1 del Protocolo N°1 del Convenio.¹⁰²

La interferencia en la expectativa legítima que tiene la Sra. Nagy, tutelada en este caso por el artículo 1 del Protocolo N° 1, se produjo por la nueva legislación introducida el año 2012 y, en este sentido, cumplió con el requisito de ser una interferencia contenida en la ley. Asimismo, persiguió una finalidad basada en el bien común, cual es, disminuir el gasto público. No obstante, falló al balancear adecuadamente los intereses en pugna que no justificaban una aplicación retroactiva sin atender a casos particulares.¹⁰³ No existió, por tanto, una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo buscado y los medios utilizados para ello y aun cuando el Estado goza de un amplio margen de apreciación para ello, la carga impuesta a un particular, resultó excesiva.¹⁰⁴

6. Debido proceso y acceso a la justicia

El hecho principal en el caso Lhermitte contra Bélgica sucede el 28 de febrero de 2007, cuando la Sra. Geneviève Lhermitte mató a sus cinco hijos degollándolos, para luego intentar suicidarse. Durante la etapa de investigación, tres peritos psiquiátricos habían concluido que la Sra. Lhermitte no había estado tan afectada, mentalmente, como para ser incapaz de controlar sus acciones durante la comisión de los delitos. Sin embargo, posteriormente, durante la realización del juicio se ordenó al mismo grupo de expertos la realización de una evaluación psiquiátrica adicional frente a nuevas pruebas. Esta vez concluyeron que, al momento de los hechos, la acusada había sufrido una grave perturbación mental que la hacía incapaz de controlar sus acciones y que, en el momento del juicio, ella sufría de un trastorno mental grave que justificaba un tratamiento a largo plazo.

La Sala del TEDH declaró que no había violación al artículo 6.1 de la CEDH, dado que era necesario examinar el procedimiento en su conjunto, incluidas las decisiones judiciales posteriores que habían aclarado las razones del veredicto de culpabilidad del jurado. Luego, la Gran Sala del TEDH, a solicitud de la solicitante, reexaminó el caso y determinó, por 10 votos contra 7, que

¹⁰² Ibid., párr. 95.

¹⁰³ Ibid., párr. 124.

¹⁰⁴ Ibid., párr. 126.

no existió violación al mencionado artículo, debido a que a la solicitante se le proporcionaron suficientes garantías que le permitieron entender el veredicto de culpabilidad en su contra.

La cuestión fundamental en este caso es tratada en el razonamiento presentado por el voto disidente, y tiene relación con qué entendemos como fallo razonado: aquél que tiene un fundamento desarrollado jurídicamente, o aquél cuyo fundamento es claro para la persona condenada.¹⁰⁵ Así, el voto disidente concluyó que “una evidencia crucial fue simplemente ignorada antes de haberle prestado atención, aparentemente sin ninguna razón en particular. En tales circunstancias, es difícil ver cómo podemos hablar de garantías procesales que permitan al acusado entender las razones de su condena.”¹⁰⁶ En definitiva, ni el jurado de primera instancia ni los tribunales superiores consideraron los segundos informes concluyentes, y la solicitante fue sentenciada a cadena perpetua. Creemos que el TEDH debió calificar los hechos como violación del artículo 6.1 CEDH, por falta de motivación del veredicto del jurado en cuanto a la culpabilidad de la solicitante.

En el caso A y B contra Noruega, los solicitantes eran ciudadanos noruegos que vivían, respectivamente, en Langhus (Noruega) y Florida (EE.UU.) y tenían inversiones en varias empresas. En este contexto, varias transacciones no fueron declaradas a las autoridades fiscales noruegas, lo que trajo como resultado el no pago de impuestos por un total de, aproximadamente, 3,6 millones de euros. En 2005, las autoridades tributarias iniciaron una auditoría fiscal y, más tarde, acusaron a los solicitantes A y B por fraude fiscal agravado, siendo, posteriormente, procesados, condenados y sentenciados a penas de prisión. Los solicitantes alegaron ante la Gran Sala del TEDH que habían sido juzgados dos veces por el mismo delito por la justicia tributaria administrativa y por la justicia penal.

La Gran Sala del TEDH sostuvo en este caso, por una mayoría abrumante de 16 votos contra 1, que no se había violado el artículo 4 del Protocolo N° 7 de la CEDH, sobre el derecho a no ser juzgado ni castigado dos veces o *ne bis in idem*, a causa de procedimientos administrativos y penales que resultaron en una combinación de sanciones, según la gravedad de los distintos aspectos del delito. En este sentido, la Gran Sala reconoció como objetivo del artículo 4 del Protocolo N° 7 de la CEDH, evitar que una persona sea procesada o castigada

¹⁰⁵ TEDH, Caso Lhermitte contra Bélgica [GC], sentencia del 29 de noviembre de 2016, voto disidente, párr. 5.

¹⁰⁶ Ibid., párr. 19.

dos veces por la misma conducta tipificada como delito. Sin embargo, esto no quiere decir que se “prohíbe los sistemas jurídicos que adopten un enfoque ‘integrado’ de la infracción social en cuestión y, en particular, un enfoque que implique etapas paralelas de respuesta jurídica a las irregularidades cometidas por distintas autoridades y con diferentes fines.”¹⁰⁷

La Gran Sala observó que los procedimientos administrativos y penales se habían llevado a cabo en paralelo y estaban interconectados: los hechos establecidos en uno de los procedimientos se habían invocado en el otro y, en cuanto a la proporcionalidad del castigo general, la pena impuesta en el juicio penal había tenido en cuenta la sanción fiscal. Se consideró entonces que, si bien en el marco de procedimientos diferentes se habían impuesto distintas sanciones por parte de dos autoridades diferentes, existía, sin embargo, “una conexión suficientemente estrecha”¹⁰⁸ entre ellas, tanto en el fondo como en el tiempo, para ser consideradas parte de un régimen general de sanciones.

Por el interés que el argumento reviste para la relación entre sanciones penales y administrativas, resumimos acá los criterios más importantes que deben cumplirse para que los procedimientos penales y administrativos duales se consideren suficientemente vinculados en cuanto al fondo y al tiempo:

- “Si los diferentes procedimientos persiguen fines complementarios y abordan no sólo de forma abstracta, sino también in concreto, los diferentes aspectos de la mala conducta social;
- Si la dualidad de los procedimientos de que se trata es una consecuencia previsible, tanto en el Derecho como en la práctica, del mismo comportamiento impugnado;
- Si los procedimientos pertinentes se llevan a cabo de manera que se evite en la medida de lo posible toda duplicación tanto en la recopilación como en la evaluación de las pruebas, en particular mediante una adecuada interacción entre las distintas autoridades competentes para que el establecimiento de hechos en un escenario también se utilice en el otro escenario.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ TEDH, Caso A. and B. contra Noruega [GC], sentencia del 15 de noviembre de 2016, párr. 123.

¹⁰⁸ Ibid, párr. 130.

¹⁰⁹ Ibid., párr. 132.

Siempre en el contexto del debido proceso, dos casos que decidió el TEDH en 2016 tienen que ver con investigaciones, en relación a operativos anti-terroristas de la policía de Londres. En el primero de ellos, Armani da Silva contra Gran Bretaña, la solicitante es Patricia Armani Da Silva, brasileña, residente en Londres, y prima de Jean Charles de Menezes, quien fue asesinado a tiros en una estación de metro por dos oficiales de fuerzas especiales después de que fuera erróneamente identificado como un atacante suicida.

Aunque, efectivamente, surgieron informes que sostenían que el Sr. Menezes fue asesinado a causa de errores evitables, no se impusieron cargos penales ni medidas disciplinarias contra ninguna persona, porque se consideró que estos errores no eran constitutivos de una conducta criminal. En 2007, la autoridad fue condenada a una multa, pero todos los funcionarios fueron absueltos en lo que respecta a responsabilidad personal por los hechos. Por ello, la Sra. Armani Da Silva se quejó de que la decisión de no procesar a nadie con respecto a la muerte de su primo violaba el aspecto procesal el artículo 2 de la CEDH, esto es, llevar a cabo con debida diligencia una investigación efectiva.

La Gran Sala comenzó su análisis del caso estableciendo que hay una obligación inherente al artículo 2 de la CEDH, en cuanto a la existencia de una investigación oficial efectiva en casos que sea necesario revisar la legalidad del uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado. Para que esta investigación fuera efectiva, debía cumplir con una serie de requisitos, tales como que “los responsables de llevar a cabo la investigación deben ser independientes de los implicados en los hechos; la investigación debe ser ‘adecuada’;¹¹⁰ sus conclusiones deben basarse en un análisis exhaustivo, objetivo e imparcial de todos los elementos pertinentes; debe ser suficientemente accesible para la familia de la víctima y abierto al escrutinio público; y debe llevarse a cabo con prontitud y con la expedición razonable.”¹¹¹

En este caso, la pregunta para el TEDH era si el proceso de la investigación había sido adecuado en términos tales “a) que las autoridades investigadoras no pudieron evaluar si el uso de la fuerza estaba justificado porque se les había impedido considerar (que las fuerzas especiales de la policía) aparentemente creían, honestamente, que el uso de la fuerza era necesario, también era razonable.”¹¹² Este test, exclusivamente subjetivo en relación a la legítima

¹¹⁰ TEDH, Caso Armani da Silva contra Gran Bretaña [cc], sentencia del 30 de marzo de 2016, párr. 233.

¹¹¹ Ibid., párr. 240.

¹¹² Ibid., párr. 243.

defensa, es atípico en el derecho común y uno de los propósitos del caso ante el TEDH era cuestionar su aplicación.¹¹³

La Gran Sala consideró, de acuerdo a su jurisprudencia constante, que la obligación de investigar señalada en el artículo 2 CEDH es una obligación de medios, no de resultados; no puede inferirse una obligación absoluta de que todos los enjuiciamientos resulten en condena, o incluso en una sentencia en particular. Su fallo tiene que ver, exclusivamente, con deficiencias institucionales en relación a “la decisión de no perseguir a funcionarios individuales y de enjuiciar sólo a la OCPM¹¹⁴ en su calidad de empleador de agentes de policía [lo que] podría constituir una violación procesal del artículo 2 de la CEDH.”¹¹⁵

Para la Gran Sala no fueron comprobadas estas deficiencias institucionales, ya que entendió que las instituciones realizaron bien sus funciones y se realizó apropiadamente el test a las evidencias del caso a la luz del test de la “creencia honesta”¹¹⁶ que, sin embargo, resultó en un error. Así, no se justificaría hablar de una falta de debida diligencia en este caso. De todas maneras, “se identificaron fallas institucionales y operativas y se hicieron recomendaciones detalladas para evitar que se repitieran los errores que condujeron a la muerte del Sr. de Menezes.”¹¹⁷ Por todo lo anterior, por 13 votos contra 4, la Gran Sala declaró que no había violación del aspecto procesal del artículo 2 CEDH. Los cuatro jueces que votaron por encontrar una violación se basaron en el argumento de que la falta de planificación del operativo constituía efectivamente una falta de debida diligencia.¹¹⁸

El segundo caso, *Ibrahim y Otros contra Gran Bretaña*, se refiere a las garantías procesales en los interrogatorios de testigos de actos terroristas que, posteriormente, fueron imputados. El 21 de julio de 2005, dos semanas después de que 52 personas murieran como resultado de atentados suicidas en Londres, otras bombas fueron puestas en el sistema de transporte público de Londres, pero no explotaron y los perpetradores huyeron de la escena. En este contexto, los tres primeros solicitantes fueron arrestados, pero se les negó asistencia

¹¹³ Hessbrügge, Arnold, ECtHR *Armani Da Silva v UK: Unreasonable Police Killings in Putative Self-Defence*, 14 de abril de 2016, disponible en <https://www.ejiltalk.org/ecthr-armani-da-silva-v-uk-unreasonable-police-killings-in-putative-self-defence/>.

¹¹⁴ Office of Crisis Planning and Management, que puede traducirse como Oficina de Planificación y Manejo de Crisis, nota al pie de los autores.

¹¹⁵ TEDH, *Caso Armani da Silva contra Gran Bretaña* [GC], sentencia del 30 de marzo de 2016, párr. 258.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 192.

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 284.

¹¹⁸ *Ibid.*, voto disidente juez Wojtyczek y otros, párrs. 6 y 7.

legal por periodos de entre 4 y 8 horas para permitir a la policía llevar a cabo “entrevistas de seguridad.”¹¹⁹ No discutiremos este aspecto del fallo porque no presenta novedad alguna en la jurisprudencia.

El cuarto solicitante, inicialmente, no fue sospechoso de haber detonado una bomba, por lo que fue entrevistado por la policía como testigo. Sin embargo, comenzó a inculparse explicando su encuentro con uno de los presuntos terroristas poco después de los ataques y la asistencia que había prestado a ese sospechoso. En ese momento, la policía no lo detuvo y le comunicó su derecho a guardar silencio y a la asistencia letrada, pero siguió interrogándolo como testigo y tomó una declaración por escrito. Posteriormente, fue arrestado y se le ofreció asesoramiento jurídico. En sus entrevistas subsiguientes, se refirió, sistemáticamente, a su declaración escrita, que fue admitida como prueba en su juicio. Fue condenado por ayudar a uno de quienes pusieron las bombas y por no revelar información sobre los atentados.

La Gran Sala del TEDH explicitó que el derecho a ser, efectivamente, defendido por un abogado (artículo 6.3.c de la CEDH), no debería ser aplicado en una manera tal que estableciera dificultades desproporcionadas a la forma en que las autoridades y la policía tomen medidas efectivas contra el terrorismo y otros crímenes serios.¹²⁰ De ahí, entonces, que se entienda que el acceso a la defensa legal puede ser, excepcionalmente, retrasado cuando existan razones convincentes para ello.¹²¹ En base a esto, la Gran Sala entendió como razones convincentes el hecho de que el gobierno inglés haya demostrado “la existencia de una necesidad urgente para evitar graves consecuencias negativas para la vida, la libertad o la integridad física en un caso determinado”¹²² en el contexto de ataques terroristas.

Entendiendo que el cuarto solicitante fue entrevistado primero como testigo, la Gran Sala señaló que, cuando en el curso de un interrogatorio las respuestas dan lugar a la sospecha de que la persona interrogada cometió algún delito, se debía realizar una cautela antes de que se produjera otro interrogatorio y, de esta manera, evitar como consecuencia que se omitiera información al

¹¹⁹ Una entrevista de seguridad es una entrevista realizada con urgencia con el propósito de proteger la vida y prevenir daños graves a la propiedad. En virtud de la Ley de Terrorismo del año 2000, esas entrevistas pueden tener lugar en ausencia de un abogado y antes de que el detenido haya tenido la oportunidad de solicitar asesoramiento jurídico.

¹²⁰ TEDH, Caso Ibrahim y Otros contra Gran Bretaña [GC], sentencia del 13 de septiembre de 2016, párr. 252.

¹²¹ Ibid., párr. 256.

¹²² Ibid., párr. 259.

interrogado respecto de sus derechos procesales.¹²³ De ahí entonces que la Gran Sala fue tajante en establecer que, en este caso, el gobierno inglés no demostró la existencia de razones convincentes ni de un marco jurídico de derecho interno que permitiese a la policía restringir el acceso a la defensa legal y, más aún, no informar al solicitante de su derecho a permanecer en silencio.¹²⁴ La Gran Sala concluyó, entonces, que “la decisión de seguir interrogando al cuarto solicitante como testigo no tenía fundamento en el derecho interno y era contraria a las orientaciones dadas en el código de prácticas aplicable,”¹²⁵ y agregó que “constituye un vicio particularmente importante en el caso de autos, en el que no se facilitó al solicitante el acceso a un abogado que pudiera haberle informado de sus derechos, y el Gobierno no le había proporcionado una justificación convincente.”¹²⁶

En el caso *Baka contra Hungría*, discutido arriba bajo su aspecto de libertad de expresión, el solicitante, un ex juez del TEDH, fue elegido presidente del Tribunal Supremo de Hungría por un periodo de 6 años que finalizaba en 2015. En su calidad de presidente de ese Tribunal y del Consejo Nacional de Justicia, expresó su opinión sobre diversas reformas legislativas que afectaban al Poder Judicial, en especial acerca de las disposiciones transitorias de la nueva Constitución que iba a entrar en vigencia en 2012. Ésta estipulaba que el sucesor legal de la Corte Suprema sería la Kúria¹²⁷ y que el mandato del presidente de la Corte Suprema terminaría después de la entrada en vigor de la nueva Constitución. En consecuencia, el mandato del solicitante como presidente del Tribunal Supremo terminaría el 1 de enero de 2012.

Lo anterior sucedió porque, según los criterios para la elección del presidente de la Kúria, los candidatos debían tener al menos 5 años de experiencia como juez en Hungría, sin contar el tiempo como juez en un tribunal internacional. Esto condujo a la inhabilitación del Sr. Baka para el cargo de presidente de la nueva Kúria. En este contexto, la Gran Sala estableció que, de acuerdo con el criterio establecido en *Vilho Eskelinen*, la calidad de funcionario de un solicitante como depositario de la autoridad pública podría justificar su exclusión del derecho de acceder a un tribunal, en dos casos: (i) en primer lugar, el Estado debe haber excluido, expresamente, en su normativa nacional el acceso a un

¹²³ Ibid., párr. 299.

¹²⁴ Ibid., párr. 300.

¹²⁵ Ibid., párr. 303.

¹²⁶ Ibid., párr. 303.

¹²⁷ Tribunal Supremo de Hungría.

tribunal para el puesto o la categoría de personal respectiva; y (ii) en segundo lugar, la exclusión debe justificarse por razones objetivas en el interés de Estado.¹²⁸ La Gran Sala señaló que “para que la exclusión esté justificada, no basta que el Estado establezca que el funcionario en cuestión participa en el ejercicio del poder público, o que existe (...) ‘una unión especial de confianza y lealtad’ entre el funcionario y el Estado como empleador. También debe (...) demostrar que la materia en disputa está relacionada al ejercicio del poder del Estado o que se cuestiona la unión especial.”¹²⁹

Además, la Gran Sala señaló que en los pocos casos que existen de exclusión explícita para un cargo, “la exclusión del acceso a un tribunal para el puesto en cuestión era clara y ‘expresa’.”¹³⁰ En esos casos en particular, los solicitantes no estaban expresamente excluidos del acceso a un tribunal, sino todo lo contrario: el derecho interno preveía expresamente el derecho a un tribunal, lo que, en el presente caso, no se cumplió.¹³¹ Por ello, la Gran Sala estableció, por 15 votos contra 2, la violación del artículo 6 CEDH sobre el derecho a acceder a un tribunal, en cuanto a la incapacidad del solicitante para impugnar la terminación prematura de su mandato. Esta violación se sumó a la de la libertad de expresión.

En el caso *Avotiņš contra Letonia*, la Gran Sala estableció que la ejecución de una sentencia extranjera es incompatible con el artículo 6.1 CEDH si ésta se adoptó sin que la parte demandada tuviese la oportunidad de alegar en contra de la misma, ya sea en el Estado de origen o en requerido.¹³² En el presente caso, eso se había cumplido, considerando que el solicitante no había usado estas oportunidades que se le habían, debidamente, notificado de parte de los tribunales chipriotas y letones.

Finalmente, la Gran Sala decidió el caso *Al-Dulimi and Montana Management* contra Suiza, y reiteró el criterio que aplicó en 2012 en el caso *Nada* contra Suiza (véase Anuario 2013). Concluyó que era responsabilidad del Estado asegurar que la implementación de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU no significara la violación de los derechos consagrados en el CEDH. En este caso, la Gran Sala estableció que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y

¹²⁸ TEDH, *Caso Baka contra Hungría* [GC], sentencia del 23 de junio de 2016, párr. 103.

¹²⁹ *Ibid.*, párr. 103.

¹³⁰ *Ibid.*, párr. 113.

¹³¹ *Ibid.*, párr. 114.

¹³² TEDH, *Caso Avotiņš contra Letonia* [GC], sentencia del 23 de mayo de 2016, párr. 98.

puede estar sujeto a limitaciones.¹³³ Ante la pregunta de si el derecho de acceso a un tribunal por los solicitantes estaba legítimamente restringido o no, surge, entonces, un conflicto entre una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU y la CEDH: si el Estado manifiesta la limitación de derechos del CEDH debido a la necesaria aplicación de la Resolución, “es necesario que el Tribunal examine la redacción y el alcance del texto de la resolución para garantizar, de manera efectiva y coherente, que está en consonancia con el Convenio.”¹³⁴ En caso de cualquier conflicto, por tanto, se debe optar por una interpretación que esté en armonía con los requerimientos del Convenio. Al respecto, en la resolución en comento en ninguna parte se establecen limitaciones a que los tribunales de primera instancia hicieran revisión de si los solicitantes gozaban de las garantías establecidas en el artículo 6.1 de la CEDH. Por lo tanto, “cuando una resolución como la del presente caso (...) no contiene ninguna formulación clara o explícita que excluya la posibilidad de supervisión judicial de las medidas adoptadas para su aplicación, debe entenderse siempre que autoriza a los tribunales del Estado demandado a ejercer un control suficiente para evitar toda arbitrariedad,”¹³⁵ y, por ello, por 15 votos a 2, se estableció que no había violación del artículo 6.1 de la CEDH.

Conclusión

Los casos que la Gran Sala del TEDH tuvo que decidir en 2016, presentan varios aspectos jurisprudencialmente novedosos. Aunque no se notan grandes cambios en la jurisprudencia establecida, hay matices que, sin embargo, tendrán efectos importantísimos en la protección de los derechos humanos en Europa, ya que afectarán a grandes grupos de personas, especialmente vulnerables. Así, las personas que no se pueden comunicar con sus abogados ya no podrán contar con una sentencia que los proteja en casos de expulsión. En situaciones de irregularidad migratoria, pero potencialmente también en casos de desaparición forzada o detención incomunicada, esto podría tener consecuencias negativas, especialmente para los más débiles, respecto de quienes el Estado tiene obligación de proteger.

¹³³ TEDH, Caso Al-Dulimi and Montana Management contra Suiza [gc], sentencia del 21 de junio de 2016, párr. 129.

¹³⁴ Ibid., párr. 139.

¹³⁵ Ibid., párr. 146.

Además, la decisión de eliminar ciertos casos de migrantes cuando los estados eliminan una orden de expulsión —sin garantías de seguridad jurídica sobre si se volverá a emitir una vez cerrado el caso ante el TEDH— podría debilitar el sistema de garantías definitivas de no-devolución, especialmente, en casos de salud. No obstante, el TEDH ha dado una señal fuerte sobre la inclusión de temas de salud y la falta de atención apropiada, en la prohibición de no-devolución en el caso Paposhvili.

El TEDH ha sido muy claro en que los estados deberán remediar falencias estructurales en sus sistemas de salud mental en relación a las personas privadas de libertad. Así, se ha pronunciado sobre el caso belga W.D. a pesar de que una nueva ley estaba pendiente de entrar en vigencia sólo unos pocos días después del fallo de la Gran Sala. La supervisión de la decisión de ese caso piloto, permitirá al Comité de Ministros entrar en un diálogo con el gobierno belga si la implementación de estas reformas corresponde a los estándares definidos por el TEDH.

En términos de no-discriminación, merece especial atención la protección que el TEDH exige para las religiones minoritarias. El Estado sólo puede desviarse de un trato igualitario de las distintas religiones y denominaciones si constan —dentro de un margen de apreciación amplio— razones relacionadas con la seguridad pública, la salud pública y los derechos de los demás. En este sentido, el TEDH considera que la prohibición del velo completo en la vía pública en Francia sí estaba *justificada* (*S.A.S. contra Francia*), pero el trato distinto de religiones minoritarias en relación a su propiedad o la formación de su clero, no.

En materia de libertad de expresión, el TEDH tuvo que analizar la situación de la democracia húngara, y se pronunció, fuertemente, a favor de los derechos de uno de sus ex integrantes, el juez Baka de Hungría. Aunque su raciocinio no convenció a todos, ponderó su derecho a la libertad de expresión como presidente de la Corte Suprema, según el estándar de una persona privada —no pública— asunto que parece justificado ante la necesidad de proteger la separación de poderes en una democracia. En materia de acceso a la información, la jurisprudencia de la Gran Sala, claramente, dista de la jurisprudencia clara y constante de la Corte IDH en este ámbito, evidenciada en el caso Claude Reyes contra Chile. Consideramos que la lógica dogmática de la interpretación de la Corte IDH representa más fielmente el objeto y fin de los tratados de derechos humanos.

Lo más interesante que podemos destacar de los casos de debido proceso, mirado desde la realidad chilena y los desafíos de regulación en materia

tributaria, es la evaluación integral de procesos administrativos y penales que el TEDH ha considerado justificada ante el principio de *ne bis in idem*.

Finalmente, y en general, el TEDH está cada vez más confrontado con casos sobre garantías de derechos sociales. Así, evaluó en 2016 un *hard case* sobre reducciones de la pensión por discapacidad que, a pesar de estar en general justificadas, en este caso particular, resultaron excesivas. Además, se pronunció sobre varios asuntos de salud, siempre desde la perspectiva de derechos civiles que están afectados, ya que el derecho a la salud no está reconocido en la CEDH. En 2016, el TEDH decidió en sala el caso Soares de Melo contra Portugal, en que declaró una violación del artículo 8 CEDH por la institucionalización obligatoria de varios hijos de la Sra. Soares de Melo por vivir en situación de pobreza.¹³⁶ Para el 2017, la Gran Sala ya tiene alistado un caso sobre pobreza y derechos sociales que tendrá que decidir, a saber, Garib contra Países Bajos. Discutiremos este caso en el Anuario 2018.

¹³⁶ David, Valeska, ECtHR condemns the punishment of women living in poverty the 'rescuing' of their children, en: Strasbourg Observers, 17 de marzo de 2016, disponible en <https://strasbourgobservers.com/category/cases/soares-de-melo-v-portugal/>