

## Caso Roche contra Reino Unido, Sentencia de 19 octubre 2005

TEDH 2005\111

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Gran Sala ), de 19 octubre 2005

Demanda de ciudadano británico contra el Reino Unido presentada ante la Comisión el 31-01-1996 por las consecuencias de su exposición durante unas pruebas militares a productos químicos tóxicos. Violación de los arts. 6.1 y 8 Convenio y 1 del Protocolo núm. 1: inexistencia; Violación del art. 8 del Convenio: existencia: estimación parcial de la demanda.

Texto:

En el asunto Roche contra Reino Unido,

El Tribunal europeo de Derechos Humanos, constituido en una Gran Sala compuesta por los siguientes Jueces señores L. Wildhaber, Presidente, C. L. Rozakis, J. P. Costa, G. Ress, L. Caflisch, L. Loucaides, I. Cabral Barreto, P. Lorenzen, J. Casadevall, B. Zupancic, J. Hedigan, A. B. Baka, S. Pavlovschi, K. Traja, Sir Nicolas Bratza, señoras V. Stráznická, W. Tomasen, así como el señor T. L. Early, Secretario adjunto de la Gran Sala,

Tras haber deliberado en privado los días 20 de octubre de 2004 y 7 de septiembre de 2005,

Dicta la siguiente  
SENTENCIA

Procedimiento

1 El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 32555/1996) dirigida contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, que un ciudadano británico, el señor Thomas Michael Roche («el demandante»), presentó ante la Comisión europea de Derechos Humanos («la Comisión»), en virtud del antiguo artículo 25 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ( RCL 1979, 2421) («el Convenio»), el 31 de enero de 1996.

2 El demandante, al que se concedió la justicia gratuita, está representado ante el Tribunal por el señor J. Welch, abogado de Liberty, organización no gubernamental de defensa de las libertades públicas con sede en Londres. El Gobierno británico («el Gobierno») está representado por sus sucesivos agentes, los señores C. Whomersley y J. Grainger, ambos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth.

3 El demandante alega que padece las consecuencias de su exposición, durante las pruebas efectuadas en 1962 y 1963 en el cuartel de Porton Down, a productos químicos tóxicos. Se queja, en esencia, en el marco de los artículos 8 y 10, de no haber tenido un acceso suficiente a las informaciones sobre estos ensayos y, en el terreno del artículo 6.1, de haber sido privado de un acceso adecuado a un tribunal debido al certificado emitido por el Ministro, en virtud de la Ley de 1947 sobre procedimientos relativos a la Corona. Sobre esta última cuestión, invoca asimismo el artículo 1 del Protocolo núm. 1, así como los artículos 13 y 14 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) .

4 En octubre de 1997, la Comisión comunicó la demanda. Ésta fue aplazada en septiembre de 1998 en espera del resultado del procedimiento interno.

5 La demanda fue remitida al Tribunal el 1 de noviembre de 1998, fecha en la que entró en vigor el Protocolo núm. 11 del Convenio ( RCL 1998, 1562, 2300) (artículo 5.2 del Protocolo núm. 11).

6 Se asignó el caso a la Sección Tercera del Tribunal. Tras decidir en enero de 2001 reanudar el examen del asunto, el 23 de mayo de 2002 la Sala constituida en Sección (compuesta por los señores G. Ress, I. Cabral Barreto, P. Kuris, B. Zupancic, J. Redigan, K. Traja, Sir Nicolas Bratza, así como el señor V. Berger, Secretario de Sección) admitió las quejas expuestas en el apartado 3 supra. El 25 de marzo de 2004, la Sala (con la misma composición pero sin el señor G. Ress. y con el señor M. Caflisch) declinó su competencia a favor de la Gran Sala, a lo que no se opuso ninguna de las partes (artículos 30 del Convenio [ RCL 1999, 1190, 1572] y 72 del Reglamento).

7 Se dispuso la composición de la Gran Sala conforme a las disposiciones de los artículos 27.2 y 27.3 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) y 24 del Reglamento (Posteriormente, el señor Costa se inhibió, sustituyéndole el primer Juez suplente, señor Maruste, en virtud del artículo 24.3 del Reglamento).

8 Tanto el demandante como el Gobierno presentaron un escrito sobre el fondo del asunto. Cada una de las partes respondió al escrito de la otra parte en los debates que se desarrollaron en público en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo, el 20 de octubre de 2005 (artículo 59.3 del Reglamento).

Comparecieron:

-por el Gobierno: los señores J. Grainger, agente, J. Eadie, S. Cave, G. Regan, asesores;

-por el demandante: el señor R. Gordon, Q. C., la señora J. Stratford, el señor F. Pilbrow, abogados, el señor J. Welch, la señora J. Drane, solicitors y la señora V. Wakefield, asesora.

El Tribunal escuchó a los señores Gordon y Eadie en sus declaraciones, así como en sus respuestas a las preguntas planteadas por los Jueces.

## Hechos

### I Circunstancias del caso

9 El demandante nació en 1938 y reside actualmente en Lancashire.

10 En 1953, a la edad de quince años, entró en el Ejército británico. Sirvió en los «Royal Engineers» de febrero de 1954 a abril de 1968, fecha en la regresó a la vida civil por razones que no tienen relación con la presente demanda.

En 1981, los médicos le diagnosticaron una hipertensión y un asma de comienzo tardío; en 1989, constataron que padecía hipertensión arterial y una bronconeumonía crónica obstructiva («BNCO»). Dejó de trabajar alrededor de 1992 y se le declaró incapacitado laboral.

### A Las pruebas efectuadas en Porton Down

11 El establecimiento de defensa química y biológica de Porton Down («Porton Down») se creó durante la Primera Guerra mundial; se trataba de llevar a cabo investigaciones sobre armas químicas para mejorar la protección de las Fuerzas Armadas británicas contra este tipo de armas. Las investigaciones incluían ensayos que permitían estudiar el efecto de los gases en el ser humano y en los animales. Los militares que participaban en las pruebas percibían un sueldo suplementario.

12 El demandante tomó parte en este tipo de experimentos en Porton Down. Si bien existe controversia en cuanto a si estaba presente en 1962, no se discute por el contrario que sí estuviese en julio de 1963. Su historial médico del ejército no hace mención alguna de ninguna prueba practicada en Porton Down.

### 1 Las pruebas efectuadas en Porton Down en 1962

13 El demandante expone lo siguiente. En la primavera de 1962, fue invitado a acudir a Porton Down; a su llegada, se le sometió a un reconocimiento médico; en tres o cuatro ocasiones se le pidió que entrase en una habitación cerrada herméticamente y sin ventilación, donde se le hizo sentarse en una silla, a la que le ataron; durante un intervalo de unas seis horas, aplicaron gotas de gas mostaza en unos trozos de tela que le fijaron a la piel; se le indicó que si tenía mala suerte podría sentir dolor o una molestia temporal, pero fuera de eso no se le advirtió -al menos de forma adecuada- de las eventuales repercusiones de estas pruebas en su salud; una vez finalizados los ensayos, regresó a su unidad; no se le sometió a ningún otro reconocimiento médico tras su estancia en Porton Down. Para probar que participó en las pruebas de 1962 se apoya en una nota y un documento de 13 de noviembre de 1989 (apartado 24 infra), así como en las conclusiones formuladas al respecto el 14 de enero de 2004 por el Comité de recursos de pensiones ( Pensions Appeal Tribunal -[«el PAT»]- apartado 63 infra).

14 Sin desmentir la tesis del demandante a este respecto, el Gobierno señala algunos puntos que parecen ponerla en tela de juicio: ante todo, el registro recapitulativo y el registro alfabético no indican la presencia del interesado en Porton Down en 1962, sino únicamente en 1963; no hay absolutamente ninguna prueba escrita sobre lo

ensayos de 1962, mientras que algunos documentos atestiguan las pruebas practicadas al demandante en 1963; por último, para admitir que el señor Roche había tomado parte en las pruebas de 1962, el PAT se basa exclusivamente en los recuerdos del interesado.

## 2 Las pruebas efectuadas en Porton Down en 1963

15 La prueba sobre el gas neurotóxico (conocido por el nombre de «agente G» o incluso «GF») viene descrita en los expedientes pertinentes como una «exposición a una inspiración única de GF» (exposure to single breath GF). El demandante ha declarado lo siguiente: antes de la prueba, se le aseguró que el experimento «no haría daño ni a una mosca»; se le colocó en una cabina herméticamente cerrada con tabiques de cristal y que contenía una máscara que le fue colocada en la boca y la nariz, posteriormente se verificó que la máscara estaba bien puesta y la habitación herméticamente cerrada; se le informó por altavoz de que el experimento iba a comenzar y que debía respirar normalmente; sintió una contracción muscular inmediata a nivel del pecho y de los pulmones, que desapareció al finalizar la prueba; durante las veinticuatro horas siguientes, le tomaron muestras de sangre a intervalos regulares. En opinión del Gobierno, se introdujo vapor de GF diluido en una «cámara de gas» y, como el nombre de la prueba indica, los voluntarios inspiraron una sola vez (la dosis de GF estaba calculada) por un tubo conectado a dicha cámara y retuvieron la respiración durante dos segundos antes de expirar.

16 La otra prueba, efectuada con gas mostaza, viene descrita en los documentos con la mención « H sensitivity and penetration». En opinión del demandante, las modalidades eran idénticas a las de 1962.

El Gobierno añade las siguientes precisiones: el experimento debía permitir probar la eficacia de la ropa de protección y se desarrollaba en dos fases. La primera parte era una prueba tendente a determinar la sensibilidad de una persona al gas mostaza; para ello, se le aplicaba una solución diluida de este gas en lo alto del brazo. Si después de veinticuatro horas el sujeto presentaba una pequeña marca roja, era declarado demasiado sensible y su participación terminaba ahí. Si, por el contrario, no era manifiestamente sensible, la segunda parte de la experiencia consistía en verter una gota de solución diluida de gas mostaza en tres muestras de ropa de protección que dejaban sobre el cuerpo del sujeto; la piel bajo la ropa era examinada al cabo de seis horas, y luego de veinticuatro horas. Los participantes eran reconocidos antes y después de las pruebas. Las habitaciones estaban bien ventiladas, las dosis eran muy ligeras y sin peligro, y las pruebas eran cuidadosamente preparadas y vigiladas.

## B La búsqueda por el demandante de los expedientes pertinentes

17 A partir de 1981, el demandante fue tratado de una molestia respiratoria y de hipertensión arterial. En 1987, estos problemas se agravaron sensiblemente. Se puso entonces a buscar los expedientes de Porton Down que le afectaban. Según sus propias palabras, recurrió, por un lado, a la vía «médica» y, por otro, a la vía «política».

## 1 La vía «médica»

18 A finales de 1987, en respuesta a una solicitud del médico del señor Roche, el Ministerio de Defensa (Ministry of Defence-el «MOD») le facilitó, bajo «secreto médico», el historial médico militar del demandante. Este historial no hace mención de las pruebas practicadas al interesado en Porton Down.

19 Por carta de 14 de noviembre de 1989, Porton Down respondió a otra solicitud de información del médico. Enviada también bajo «secreto médico», esta carta confirmaba que el demandante había participado en los ensayos sobre el gas GF realizados en julio de 1963. El experimento había estado precedido y seguido de un reconocimiento médico completo, que no había revelado nada anormal. La carta evocaba igualmente (de forma errónea, tal y como apareció más tarde - apartado 36 infra) siete análisis de sangre efectuados tras la prueba con el gas GF, así como los resultados de dichos análisis y atestiguaba que el interesado había sido sometido también a «un caudalímetro de flujo máximo», a «pruebas de retención de aire», a un estudio de penetrabilidad en la ropa (se trata aparentemente, si bien no se indica expresamente, de las pruebas sobre el gas mostaza) y a una batería de test de personalidad. El balance de estas pruebas no figuraba en la carta, a la que no se adjuntaba ningún documento que corroborase su contenido. Por el sello colocado por el médico en la carta, se deduce que éste había decidido decir a su paciente que todo era normal; no obstante, en 1994 el señor Roche le persuadió para que se la mostrase.

20 Por carta fechada el 14 de diciembre de 1989, un perito asesor informó al médico del demandante que dudaba de que el asma del interesado estuviese causada por su exposición al gas neurotóxico. Iban a practicarse otras pruebas.

21 Por carta de 5 de diciembre de 1994 y dirigida al demandante, el doctor H. (profesor de toxicología medioambiental en la Universidad de Leeds, que la justicia designó posteriormente como perito en el procedimiento ante el PAT - apartados 42 a 68 infra) subrayó que era necesario un expediente completo y detallado para poder juzgar los efectos en el tiempo de la participación en las pruebas, y que habría sido útil un estudio epidemiológico a largo plazo, bien para establecer que tenía consecuencias duraderas o, por el contrario, para tranquilizar a las personas que habían participado en los ensayos. En su carta de 10 de julio de 1996, el doctor H. reiteró su dictamen sobre la necesidad de tal estudio.

22 Una nota interna de Porton Down, fechada el 24 de noviembre de 1997, señalaba la inexactitud de algunas cifras relativas a los análisis de sangre que habían sido comunicadas en la carta enviada al médico del demandante el 14 de noviembre de 1989. Asimismo, la nota revelaba que la forma en que el interesado había descrito las pruebas coincidía más o menos con los procedimientos seguidos en los años 60. Si bien no existían lagunas flagrantes en los expedientes de dicha época, no podía sin embargo afirmarse que estuviesen completos: era posible que el señor Roche hubiese estado presente en 1962 y que se hubiese omitido su nombre o estuviese mal registrado debido a un error de escritura.

## 2 La vía «política»

23 Entre otras acciones, el demandante hizo en Porton Down una sentada asociada a una huelga de hambre, dio una conferencia de prensa en la Cámara de los comunes y solicitó a los diputados que planteasen preguntas parlamentarias.

24 Del 11 al 14 de noviembre de 1989, hizo una huelga de hambre en el exterior de Porton Down. El 13 de noviembre de 1989 se entrevistó con el secretario de Porton Down. En una nota de ese mismo día, este último señalaba que la descripción de las pruebas efectuada por el señor Roche era suficientemente sólida para indicar que había estado presente, y recomendaba que se prosiguiese investigando en los archivos. Ese mismo día, escribió en una nota que la forma en la que el demandante había relatado sus visitas a Porton Down en 1962 y 1963 hacía pensar que el interesado sí había servido como voluntario en ambas ocasiones. Este episodio desembocó en el envío al médico del demandante de la carta de 14 de noviembre de 1989 (apartado 19 supra).

25 En enero de 1994, el demandante creó la Asociación de voluntarios de Porton Down cuyo objeto era obtener reconocimiento e indemnización para las personas que habían participado en las pruebas. Actualmente esta asociación cuenta con más de 300 afiliados.

26 Por carta de 26 de enero de 1994, el director de Porton Down respondió, a petición del Ministro de Defensa, a una serie de preguntas formuladas por un diputado sobre los experimentos en materia de armamento químico y biológico. En su carta, describía el desarrollo de las pruebas, indicaba que los participantes se sometían a un reconocimiento médico antes y después de los ensayos y que se les volvía a llamar «de vez en cuando» para ser sometidos a controles. Señalaba que nada probaba que los participantes hubiesen padecido una degradación de su salud como consecuencia de las pruebas. El 22 de junio de 1994, el director confirmó la política constante del MOD consistente en comunicar bajo «secreto médico» el historial médico militar de un veterano al médico del interesado. En una carta de 7 de marzo de 1995 (en respuesta a una pregunta parlamentaria planteada al Ministro de Defensa) señaló asimismo que las pruebas no incluían ningún plan de seguimiento sistemático de los participantes a largo plazo: si se efectuaron controles con posterioridad a los ensayos fue únicamente de forma aislada y esporádica.

27 El 2 de febrero de 1994, el demandante escribió al MOD para solicitar una copia de su historial médico y de los informes sobre las pruebas en cuestión. La respuesta de Porton Down fechada el 9 de marzo de 1994 recordaba que la práctica seguida por el MOD consistía en comunicar los documentos bajo «secreto médico»; el médico del interesado había recibido información de esta forma en 1989. La carta indicaba: «su propio médico es totalmente libre de decidir la cantidad -más o menos elevada- de información que va a darle». Otras solicitudes del señor Roche dieron lugar a una respuesta similar de Porton Down, contenida en una carta de 20 de abril de 1994.

28 El 12 de diciembre de 1994, Lord HenLey declaró ante la Cámara de los Lores que el MOD continuaría enviando a los veteranos a su médico y comunicando, si procedía, los historiales médicos. Se facilitaba información a los médicos para permitirles establecer un verdadero diagnóstico y «si procedía se comunicaba la información». Lord HenLey repitió que nada en los últimos años permitía decir que los veteranos hubiesen padecido problemas de salud ligados a su participación en las pruebas.

29 En respuesta a una serie de preguntas parlamentarias formuladas al Ministro de Defensa en cuanto a la necesidad de una encuesta pública, el representante del Gobierno declaró, el 28 de febrero de 1995, que ningún elemento permitía establecer que en el curso de los pasados cuatro decenios ningún ex participante en las pruebas hubiese sufrido en el ámbito de la salud un perjuicio duradero. El 4 de abril y el 2 de mayo de 1995, cuando se le preguntaba acerca del lanzamiento de un estudio sobre los efectos duraderos en la salud de la exposición a sustancias químicas y biológicas, el Ministro de Defensa dio al Parlamento unas respuestas análogas evocando la ausencia de pruebas relativas a un eventual perjuicio sufrido por los ex participantes.

30 El 25 de abril de 1995, el demandante y el portavoz del Partido laborista encargado de las cuestiones de defensa participaron en una conferencia de prensa sobre los voluntarios de Porton Down y las exigencias de éstos.

31 Tras entrevistarse con el demandante, el Ministro de Defensa le escribió el 2 de diciembre de 1997. En su carta, evocaba el temor del interesado -compartido por otros ex participantes- de que no se divulgasen ciertas informaciones. Confirmaba que no había nada de eso y que esta preocupación se debía al hecho de que la gestión de los archivos no era «en absoluto tan minuciosa» como se esperaba actualmente. En lo sucesivo, todos los voluntarios podrían consultar los datos referentes a ellos que se conservaban en Porton Down, y se tomarían medidas con vistas a la desclasificación de los informes, de forma que las informaciones fuesen más accesibles.

El Ministro adjuntaba a su carta una copia de los documentos relativos a las pruebas: a) el registro alfabético en el que se consignaba la presencia del demandante en Porton Down del 13 al 19 de julio de 1963; b) el registro recapitulativo que evocaba los dos ensayos (GF y gas mostaza) practicados al interesado y mencionaba los procesos de seguimiento a aplicarle (radiografía pulmonar, pruebas con ayuda de un caudalímetro de flujo máximo, cuestionario «x 3 x alcohol», pruebas de retención de aire y análisis de sangre); c) un informe titulado «Efectos en el hombre de la inhalación de GF», que describía el experimento consistente en efectuar una única inspiración de GF y analizaba los resultados de las pruebas realizadas a cincuenta y seis participantes, entre ellas aquella a la que se había prestado el demandante. Se indicaba que estos documentos estaban a disposición de todo ex participante que los solicitase. Se trataría de los primeros documentos obtenidos por el señor Roche sobre su participación en los ensayos.

La carta señalaba asimismo que numerosos informes sobre los trabajos de investigación relativos al GF ya habían sido objeto de una publicación no restringida o se encontraban en la Oficina de archivos públicos ( Public Records Office). Iba a proseguir el examen de todos los expedientes a divulgar y figuraba adjunta a la carta una lista de todos los estudios pertinentes publicados entre 1957 y 1987. Hasta esa fecha ningún elemento llevaba a pensar que un ex voluntario hubiese sufrido una degradación duradera de su salud. Sin embargo, teniendo en cuenta las dificultades de orden práctico a las que se enfrentaba el ejercicio, no se llevó a cabo entonces, ni después, un estudio completo, independiente y prolongado sobre las consecuencias para la salud de la participación en las pruebas.

32 En una carta de 31 de agosto de 1999 enviada al PAT, el establecimiento de Porton Down indicaba que sí conocía al señor Roche, ya que había recibido numerosas comunicaciones que procedían de él así como de algunos diputados.

33 Por carta de 3 de mayo de 2001, Porton Down informó al demandante del descubrimiento de antiguos cuadernos de laboratorio que contenían informaciones sobre las pruebas de 1963: uno de ellos contenía algunas precisiones anteriormente no disponibles a propósito de las pruebas de gas mostaza en tejidos. Se había encontrado también una radiografía pulmonar antes de la exposición, así como la ficha correspondiente a la misma. Se invitaba al interesado a contactar con Porton Down si deseaba ver estas piezas u obtener copia de ellas.

#### C Documentos presentados por el Gobierno en el marco de la presente demanda

34 Además de los documentos adjuntos a la carta del Ministro de 2 de diciembre de 1997, se han presentado al Tribunal las siguientes piezas.

##### 1 Documentos adjuntos a las alegaciones de 9 de marzo de 1998

35 El Gobierno ha indicado que los únicos documentos pertinentes encontrados eran los siguientes: a) un extracto de un dossier de laboratorio que presenta los resultados del test de personalidad y de inteligencia; b) extractos de informes de laboratorio relativos a unos análisis de sangre ligados a la prueba GF, de los que se desprende que el demandante se sometió a siete tomas de sangre; c) una explicación del balance de los análisis de sangre relacionados con la prueba GF.

##### 2 Documentos adjuntos a las alegaciones de 5 de abril de 2001

36 El Gobierno ha rectificado sus anteriores explicaciones acerca de las siete tomas de sangre previamente mencionadas (apartado 19 supra); una de ellas se efectuó el 13 de julio de 1963, otra antes de la exposición del demandante al gas GF, y las otras cinco posteriormente. El Gobierno ha corregido igualmente otros errores relativos a las informaciones facilitadas en sus anteriores alegaciones sobre las pruebas en cuestión; concretamente ha puntualizado lo siguiente: «la referencia a "25 miligramos de GF [vapor por kilogramo de masa corporal]" parece ser un error tipográfico. En realidad, las dosis calculadas de GF iban de 0,16 a 2,84 microgramos por kilogramo de masa corporal». Asimismo, el Gobierno ha comunicado algunos documentos descubiertos recientemente en nuevas investigaciones: a) la radiografía pulmonar del demandante antes de la exposición y la ficha de información correspondiente (apartado 33 supra); b) un informe de agosto de 1942 que describe el desarrollo de las pruebas de sensibilidad al gas mostaza que lleva el título siguiente: «Método empleado en las experiencias fisiológicas realizadas en seres humanos en [Porton Down]»; c) extractos de un cuaderno de laboratorio titulado «Pruebas en prendas de ropa exterior: el gas mostaza sobre el ser humano» de mediados de julio de 1963 y que hace referencia al demandante.

#### D Las acciones ejercitadas por el demandante a nivel interno

##### 1 La solicitud de una pensión militar

37 El 10 de junio de 1991, el señor Roche solicitó una pensión militar por «hipertensión/problemas respiratorios» causados por las pruebas de Porton Down (y también por la radiación sufrida en los ensayos nucleares realizados en la Isla Christmas). El Ministerio de Asuntos Sociales obtuvo copia de los historiales médicos (militar y civil) del demandante, así como un informe de su médico confirmando que padecía hipertensión, BPCO y asma de comienzo tardío. El 28 de enero de 1992 el Ministro rechazó la solicitud de pensión porque no se había demostrado ninguna relación causa-efecto entre las pruebas y las afecciones en cuestión. El demandante no interpuso recurso en esta fase.

2 Certificado emitido en virtud del artículo 10 de la Ley de 1947 sobre procedimientos relativos a la Corona (Crown Proceedings Act)(«la Ley de 1947»)

38 En 1994, el señor Roche consultó a unos solicitors y obtuvo asistencia jurídica con vistas a una demanda judicial. Por carta de 14 de noviembre de 1994 dirigida al Ministro, los solicitors del demandante amenazaron con incoar una demanda concretamente por falta, lesión corporal e incumplimiento de una obligación legal por parte del MOD; exigían la comunicación de todos los documentos médicos y de laboratorio de que dispusiese el Ministro o Porton Down sobre los ciclos de las pruebas de 1962 y 1963, a falta de lo cual su cliente acudiría al High Court al objeto de obtener su comunicación previa. A principios de enero de 1995, se produjo un encuentro «sin compromiso» entre los representantes del demandante y los del MOD; posteriormente, por carta de 5 de junio de 1995, los primeros solicitaron al MOD que precisase si se había emitido un certificado en virtud del artículo 10 de la Ley de 1947 («certificado en virtud del artículo 10»).

39 En una carta de 4 de julio de 1995, dirigida a los solicitors del señor Roche, el servicio de solicitudes del MOD escribió lo siguiente:

«La Agencia de pensiones de guerra [ War Pensions Agency] nos ha informado de que una bronquitis aguda (1963), una lesión de rodilla y la pérdida de audición serían consideradas imputables al servicio y que se emitiría un certificado en virtud del artículo 10. Las demás afecciones por las que [el demandante] ha solicitado una pensión de guerra no han sido juzgadas imputables al servicio».

40 El 3 de agosto de 1995, el Ministro firmó, en virtud del artículo 10, un certificado que decía así:

«En la medida en que el perjuicio personal sufrido por el [demandante] se debe a algo que padece por el hecho de haber servido en el seno del ejército entre el 16 de febrero de 1954 y el 2 de abril de 1968, certifico por la presente que ese algo ha sido considerado imputable al servicio a efectos del derecho a una indemnización recogido en la disposición de 1983 relativa a las pensiones de invalidez y de supervivientes del personal de las fuerzas aéreas, navales y terrestres, etc. ( The Naval, Military and Air Forces etc. [Disablement and Death] Service Pensions Order 1983, que trata sobre la invalidez y el fallecimiento de los miembros del ejército».

41 El 8 de agosto de 1995, el Treasury Solicitor (Procurador General de su Majestad) envió una copia de este certificado a los representantes del demandante.

### 3 El Comité de recursos de pensiones (Pensions Appeals Tribunal «el PAT»)

42 Tras la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos en el asunto McGinLey y Egan contra Reino Unido (Sentencia de 9 junio 1998, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-III) y de la divulgación de algunos documentos por el Gobierno en su escrito de alegaciones de 9 de marzo de 1998 relativo al caso, el demandante solicitó el aplazamiento de la presente demanda al objeto de poder ejercitar un recurso ante el PAT y, concretamente, solicitar la comunicación de documentos en virtud del artículo 6 del Reglamento del Comité de recursos de pensiones adoptado en 1980 para Inglaterra y el País de Gales («Reglamento del PAT»). La presente demanda fue pues aplazada.

43 El 1 de junio de 1998, el señor Roche presentó un recurso ante el PAT. Como la Agencia de pensiones de guerra ( War Pensions Agency - «WPA», órgano especializado del Ministerio de Asuntos Sociales) precisó que era necesario un formulario complementario, el interesado volvió a presentar su recurso el 8 de noviembre del mismo año.

44 En febrero de 1999, el demandante recibió el informe del asunto. Obtuvo dos prórrogas del plazo que le había sido impuesto para la presentación de su réplica a este informe (al objeto de obtener el dictamen de un experto en patología química sobre los documentos ya divulgados y sobre aquellos que procedería asimismo solicitar en el marco del recurso ante el PAT, y examinar las nuevas alegaciones del Gobierno presentadas en la presente demanda) y precisó que iba a formular una solicitud en virtud del artículo 6.1 del Reglamento del PAT.

45 El 30 de julio de 1999, la WPA recibió su respuesta, así como una carta que señalaba que esta respuesta incluía una solicitud de divulgación de documentos fundamentada en el artículo 6.1 del Reglamento del PAT: el párrafo 18 de la respuesta presentaba una lista de diecisiete categorías de documentos reclamados por el interesado en virtud de la disposición en cuestión.

46 El 10 de agosto de 1999, la WPA respondió que se estaban efectuando investigaciones al objeto de obtener el conjunto de informaciones requeridas en virtud del artículo 6.1 del Reglamento del PAT. En cuanto recibiese estas informaciones, la WPA solicitaría al presidente del PAT autorización para divulgarlas.

47 Ese mismo día, la WPA escribió a Porton Down adjuntando copia de la solicitud del señor Roche fundamentada en el artículo 6 y solicitando que se le facilitasen las informaciones lo antes posible para que el presidente del PAT pudiese dar su conformidad.

48 El 14 de marzo y el 13 de abril de 2000, la WPA transmitió al interesado y al PAT, respectivamente, la cláusula adicional al informe del asunto (que incluía elementos médicos complementarios).

49 El 3 de agosto de 2000, el presidente del PAT respondió a una pregunta del demandante indicando que su asunto no había sido inscrito en el turno de causas porque se estaba a la espera de otras pruebas escritas así como de la respuesta del Ministro. Señalaba, no obstante, que como la solicitud fundamentada en el artículo 6 del Reglamento del PAT no debía haber sido formulada en la réplica del demandante al informe del asunto, la solicitud en cuestión acababa de descubrirse. El señor Roche era invitado a confirmar que deseaba que se considerase el apartado 18 de su réplica como solicitud en virtud del artículo 6; si este fuese el caso, el presidente le rogaba que facilitase todas las alegaciones que pudiesen ayudarle a estudiar la pertinencia de los documentos para las cuestiones a examinar en el marco del recurso. El demandante debía asimismo designar el servicio administrativo que debía ser objeto de un mandamiento en virtud del artículo 6.

50 El 9 de noviembre de 2000, el señor Roche confirmó al presidente del PAT que el apartado 18 de su réplica constituía su demanda fundada en el artículo 6, presentando unas alegaciones detalladas sobre los puntos indicados por el presidente.

51 En una carta de 13 de noviembre de 2000, el presidente del PAT rogaba al demandante que presentase un proyecto de mandamiento y compareciese en la vista consagrada a esta cuestión; temía en efecto que el texto de algunos pasajes de la solicitud fundamentada en el artículo 6 pudiese parecer ambiguo y poco claro. El interesado presentó un proyecto de mandamiento (enumerando en esencia los documentos ya mencionados en el apartado 18 de su réplica).

52 Por decisión de 1 de febrero de 2001, el presidente de el PAT requirió al Ministro, en aplicación del artículo 6.1 del Reglamento del PAT, que divulgara los documentos que figuraban en la lista, debido a que «probablemente presenta[ban] un interés para las cuestiones a resolver en el marco del recurso».

53 El 6 de julio de 2001, el Ministro respondió al mandamiento del presidente del PAT. Su respuesta llevaba la mención de «secreto médico» y hacía referencia a los documentos que el Gobierno ya había presentado al Tribunal (apartados 34-36 supra). El Ministro no estaba en condiciones de dar una respuesta definitiva a la solicitud relativa a la quinta categoría de documentos requeridos (a saber «todo informe científico o médico, publicado o redactado para uso interno en Porton Down, el MOD u otros servicios u órganos administrativos, y referentes a estudios o experimentos realizados a voluntarios en Porton Down entre 1957 y 1968 y que son similares o están relacionados con estudios o experimentos en los que participó [el demandante]»). Se emprendió un estudio exhaustivo y minucioso pero que constituía un largo proceso. Numerosos documentos identificados como potencialmente pertinentes para la solicitud estaban clasificados de secretos. El Ministro había solicitado que se examinase de urgencia la posibilidad de desclasificar estos documentos; una vez regulada la cuestión, daría al PAT una respuesta completa. Asimismo, facilitaría diversas explicaciones en cuanto a las piezas que el Gobierno ya había presentado ante el Tribunal, así como precisiones sobre las fechas en las que el señor Roche había aparentemente participado en las pruebas, los niveles de exposición al gas y diversos títulos y abreviaturas que figuran en los documentos divulgados. Al margen de las presentadas ante el Tribunal, las únicas piezas comunicadas al PAT eran las hojas de servicio del demandante así como extractos del

salario que mostraban que se había pagado una cantidad al señor Roche por su presencia en Porton Down durante una semana de julio de 1963.

54 El 25 de julio de 2001, se transmitió la carta del MOD al demandante. El 19 de julio de 2002, este último escribió al PAT una carta en la que presentaba sus excusas por no haber respondido y explicaba las razones de este retraso.

55 El 23 de agosto de 2002, el MOD comunicó bajo pliego unos documentos pertenecientes a la quinta categoría (descrita anteriormente), a saber dos informes titulados respectivamente «Factibilidad del estudio de seguimiento de la salud de los voluntarios de [Porton Down]» y «La exposición al GB por inspiración única». Se había expurgado de estos dos documentos algunos nombres de personas. El primer informe reconocía que los archivos conservados en Porton Down hasta finales de los años 70 consistían generalmente en la mención del nombre, la matrícula y la edad de los participantes en la fecha de los ensayos, y que estos archivos no eran «suficientes para permitir la realización de un estudio de carácter mórbido o de mortalidad completo». Era posible un estudio sobre las personas que habían participado en las pruebas después de 1976, pero «su utilidad era muy limitada y no [podía] servir sino para mostrar el interés de [Porton Down] en los eventuales problemas de salud de los voluntarios a largo plazo». Este informe concluía que un estudio de seguimiento completo sobre el conjunto de voluntarios era «irrealizable». El catálogo de la biblioteca de Porton Down mencionaba también un documento titulado «Informes exclusivos sobre la exposición precoz de voluntarios al GD [metilfluorofosfonato de pinacolina, conocido como «soman»] así como al GF y al DM [difencilcloroarsina, conocida como «adamsite»]; sin embargo, no había podido encontrarse ningún ejemplar de este documento. El MOD adjuntaba igualmente una carta de 20 de agosto de 2002 que certificaba que nueve documentos requeridos se presentaban en «forma de informes o notas de servicio» y que, en consecuencia, no serían divulgados (artículo 6.1 del Reglamento del PAT).

56 Se fijó una vista para el 3 de octubre de 2002. El 27 de septiembre, el demandante se vio obligado a solicitar un aplazamiento, ya que su abogado le había informado de que debían hacerse más preguntas al doctor H. El 30 de septiembre de 2002, el PAT rechazó la solicitud de aplazamiento considerando poco probable que el doctor H. pudiera o quisiera establecer un informe.

57 El 2 de octubre de 2002, el MOD escribió al PAT y al señor Roche. Si bien había certificado anteriormente que nueve documentos no eran divulgables (en la carta de 23 de agosto de 2002 - apartado 55 supra), siete de ellos sí eran a partir de ahora accesibles. El MOD había «tenido la ocasión de volver a examinar los documentos (...) al objeto de determinar si podían ser objeto de una divulgación voluntaria (...), y para verificar que todo aquello que pueda divulgarse lo ha sido y garantizar al [PAT] una apertura y una asistencia óptimas». Algunos documentos divulgados habían sido censurados con el fin de proteger la identidad de los miembros del personal afectados y suprimir la información no pertinente. Dos documentos seguían sin ser divulgables: el primero parecía «no contener ningún elemento relativo» a las pruebas a las que se sometió el demandante y, en todo caso, «contenía informaciones que por razones de seguridad seguían siendo sensibles y no se prestaban a una divulgación voluntaria»; en cuanto al segundo, su comunicación era tributaria de la autorización de los Estados Unidos de América.

58 La vista tuvo lugar el 3 de octubre de 2002. Apoyado por la Oficina de veteranos ( Veterans' Agency - la «VA», órgano que sucedió a la WPA), el demandante solicitó un aplazamiento. En su decisión, pronunciada el 7 de octubre de 2002, el PAT se expresó así:

«El [ PAT] considera muy lamentable que esta solicitud haya resultado necesaria debido a que los abogados [del demandante] no han examinado a tiempo unos documentos divulgados hace más de un año.

Sin embargo, puesto que parece que la [ VA] carece de documentación y el demandante está confuso sobre la cuestión de si desea también invocar la hipertensión en su recurso, hemos decidido finalmente conceder el aplazamiento.

Es de lamentar que se desperdicien así los recursos de una jurisdicción. Para evitar que esto vuelva a producirse, el Comité ejercerá cierto control sobre la progresión del recurso».

El PAT debía verificar ante el MOD el estatus de ciertos documentos clasificados como secretos y los límites dentro de los que podían hacerse públicos, y requerir al MOD que asegurase, para el 21 de octubre de 2002, la divulgación de nuevos documentos. El MOD, la VA y el demandante debían, para el 18 de noviembre de 2002, indicar al PAT las cuestiones y los documentos que deseaban fuesen estudiados por el doctor H. El PAT añadiría sus propias preguntas y sometería un cuestionario compuesto al doctor H., el cual en respuesta informaría de ello al PAT. Asimismo, el demandante debía aclarar antes del 28 de octubre de 2002 su postura en cuanto a la eventual invocación de su problema de hipertensión.

59 El 21 de octubre de 2002, el MOD comunicó al PAT tres documentos excluidos de la lista de documentos secretos. En una carta de 8 de noviembre de 2002, el PAT transmitió al demandante las piezas en cuestión, acompañadas de la advertencia de que el MOD había divulgado estos documentos a efectos del recurso y que ninguna información contenida en los mismos debía utilizarse para otros fines sin el aval del MOD. Por carta de 25 de octubre de 2002, el señor Roche confirmó que iba a incluir la hipertensión en su recurso, explicó las razones de su confusión y solicitó una prórroga del plazo al objeto de presentar su recurso en este sentido. El 5 de diciembre de 2002, se presentó en el PAT un formulario de recurso «por hipertensión».

60 El 3 de diciembre de 2002, el PAT envió al doctor H. una carta a la que se figuraban adjuntos los documentos hasta entonces comunicados por el MOD, así como dos series de preguntas (preparadas por el demandante y el médico miembro del PAT). El 19 de febrero de 2003, el doctor H. envió su informe al PAT. Como el demandante señaló que el doctor H. había omitido las preguntas del PAT, este último respondió a las mismas en un informe complementario de 14 de mayo de 2003 dirigido bajo pliego al PAT.

61 A través de un documento fechado el 14 de octubre de 2003, el MOD presentó sus comentarios sobre los informes del doctor H. El 16 de octubre de 2003, la VA añadió una cláusula al informe del asunto.

62 La vista consagrada al examen del recurso ante el PAT se celebró el 23 de octubre de 2003. Pese a la tardanza de su presentación, el PAT aceptó conocer de la queja relativa a la hipertensión, pero cuando resultó que la VA no había analizado los documentos presentados por el demandante en apoyo de su recurso, concedió al MOD, no sin reticencia, un aplazamiento para dar a la VA el tiempo «de estudiar convenientemente todos los elementos de prueba y redactar un dictamen médico motivado». Rechazó, por el contrario, el aspecto del recurso relativo a la BPCO.

63 El 14 de enero de 2004, el PAT emitió su decisión escrita. En cuanto a los hechos, admitía que el señor Roche había sido sometido a unas pruebas con gas mostaza «en un momento dado en 1962, así como a los ensayos -comprobados- de julio de 1963», incluso si las hojas de servicio del demandante y los informes de investigación no hacían constar las pruebas de 1962. Consideró «inquietantes» las «dificultades» halladas por el interesado en obtener los documentos presentados ante él. Añadía lo siguiente:

«1. Consideramos probado que, tras las pruebas llevadas a cabo en 1962 y en 1963, el contacto cutáneo con el gas mostaza no ha tenido ningún efecto duradero en el sistema respiratorio [del demandante].

2. Consideramos probado que al [demandante] no se le administraron sino dosis bajas de gas mostaza y de gas GF, que no podían entrañar sino una exposición mínima, por escape gaseoso, al gas mostaza y una reacción limitada y transitoria al gas GF. Aunque no haya documentos sobre las dosis, se sabe que las pruebas con gas mostaza perseguían probar la eficacia de las ropas militares en caso de exposición a dicho gas; no se trataba realmente de pruebas sobre el gas. Además, tras la muerte accidental de una persona en Porton Down, en 1953, se habían establecido unas garantías para que los voluntarios no fuesen expuestos sino a dosis exentas de riesgo.

3. Se desprende claramente de los elementos de prueba que al [demandante] no se le administraron en ninguna de las dos pruebas unas dosis que pudiesen tener unos efectos duraderos similares a los descritos en los trabajos de investigación. El [perito del PAT], por ejemplo, admitiendo que puede descubrirse un vínculo favorable a nuevas investigaciones que pasen por un estudio de seguimiento a largo plazo, concluye que nada permite establecer una relación entre la exposición [del demandante] a uno u otro de los gases y su estado de salud actual. Aprobamos su conclusión según la cual, vista la liviandad de las dosis y de las reacciones inmediatamente observadas en [el demandante], se descarta la hipótesis de una relación entre las pruebas y las afecciones invocadas.

4. Nos apoyamos muy particularmente en el dictamen pericial [del doctor H.]. El especialista ha analizado los datos específicos a tener en cuenta en el caso [del demandante] y cotejado estos datos con las afecciones invocadas. Si los trabajos de investigación en los que se basa [el demandante] presentan cierto interés en el plano probatorio, tienen sin embargo un carácter muy general y especulativo. Es por ello que

concedemos preferencia a las pruebas y conclusiones formuladas en los informes [del doctor H.]».

El PAT admitió que, desde un punto de vista jurídico, era suficiente con demostrar que el acontecimiento probado acaecido en el marco del ejército había jugado un papel causal en el estado de salud del demandante, incluso si otros factores habían podido contribuir a éste. No obstante, precisó lo siguiente:

«2. Consideramos que la ausencia de eventuales elementos en otras pruebas de seguimiento no es suficiente para que una prueba sea fiable.

3. Consideramos que existen pruebas fiables en cuanto a las pruebas de Porton Down a las que se prestó [el demandante]. No obstante, estos elementos de prueba tienden más bien a apoyar el punto de vista según el cual no existe en efecto ninguna relación entre las pruebas en cuestión y el estado de salud actual [del demandante]. No se cumple, por lo tanto, la condición de la duda razonable.

4. Ningún elemento fiable deja suponer la existencia de una relación causa-efecto entre las pruebas -tanto de gas mostaza como de gas GF- y el estado de salud invocado.

5. La opinión [del perito del PAT] según la cual "no puede excluirse la posibilidad" de una relación entre la exposición al gas GF y/o al gas mostaza y el estado de salud invocado no cumple la condición de la "duda razonable". Además [el perito] "descarta" la exposición al GF como causa y estima "poco probable" que el gas mostaza lo sea.

6. Por último [el abogado del demandante] nos invita a admitir el recurso por motivos que pueden resumirse como de "equidad general". Ahora bien, el [PAT] no tiene el poder legislativo o discrecional necesario para obrar de esta forma. El [PAT] rechaza también el recurso en lo que atañe a la [BPCO]».

64 El 4 de febrero de 2004, el señor Roche solicitó al PAT la autorización para dirigirse al High Court (sobre la cuestión de la BPCO) y la suspensión del recurso relativo a la hipertensión que seguía pendiente ante el PAT. El 26 de abril de 2004, se denegó la autorización; el PAT notificó su decisión motivada el 28 de abril de 2004.

65 El 11 de mayo de 2004, el señor Roche pidió autorización para incoar recurso ante el High Court. La autorización le fue concedida el 13 de julio de 2004.

66 El 10 de agosto se presentaron el recurso del demandante y el esquema de su argumento. Se fijó el examen del mismo para el 7 de octubre de 2004.

67 El 8 de octubre de 2004, el High Court admitió el recurso y remitió la causa al PAT para un nuevo examen.

68 El 7 de marzo de 2005, se celebró una vista ante el PAT. Ésta ordenó el examen conjunto de los aspectos relativos a la hipertensión y la BPCO, así como el intercambio, antes del 18 de abril de 2005, de todo nuevo documento pertinente para el recurso. En esta última fecha, el Treasury Solicitor precisó que, debido a su limitado interés, la mayor

parte de estos documentos (entre ellos dos actas de reuniones que, según el artículo 6, podían no ser divulgados) no eran de obligada comunicación, que todos habían sido desclasificados y pertenecían en adelante a la categoría «desclasificados» y que el MOD haría todo lo posible para presentar los anexos evocados en ciertos documentos.

#### E Servicios de información y estudios sanitarios

69 En 1998 las Fuerzas Armadas crearon un servicio encargado de atender las demandas de información provenientes de ex participantes en las pruebas de Porton Down («el dispositivo de 1998»). El folleto de información editado al efecto indica que un ex participante puede solicitar documentos relativos a las pruebas que le afecten y elementos complementarios sobre los procedimientos propiamente dichos, que se facilita al solicitante una síntesis y que, si desea acudir a Porton Down, puede ir y llevarse copias de los documentos en cuestión. El folleto señala asimismo que desde 1942 existen archivos razonablemente completos, pero que las personas afectadas deben comprender que los expedientes antiguos son a menudo muy someros, que la forma en que entonces se mantenían los archivos no corresponde a los criterios actuales y que, en ocasiones, la presencia de una persona puede incluso no haber sido consignada. El folleto afirma igualmente que ningún participante se ha vuelto a encontrar mal después de las pruebas de Porton Down.

70 En 2001, el MOD lanzó el Programa de evaluación del estado de salud de los voluntarios de Porton Down, a través del cual se trataba de hacer una encuesta sobre los problemas de salud de las personas que habían participado en las pruebas. El estudio aludía a 111 ex participantes pero no constaba de grupo de muestra. Desembocó en la publicación, en abril de 2004, de un informe titulado «Constataciones clínicas relativas a 111 ex voluntarios de Porton Down». Éste señala que más de 20.000 personas participaron en las pruebas desde la creación en 1916 de Porton Down, que 3.000 de ellas se prestaron a los ensayos con gases neurotóxicos y 6.000 a pruebas con gas mostaza, habiendo sido expuestos algunos militares a los dos tipos de gas. Concluía:

«En el plano clínico, no se ha descubierto ningún elemento que apoye la hipótesis según la cual la participación en Porton Down tendría efectos nocivos duraderos en la salud u originaría patologías inhabituales respecto a las observadas en la misma franja de edad en el seno de la población general».

71 En julio de 2002, el MOD financió un «proyecto piloto inicial de investigación» sobre la mortalidad y la frecuencia del cáncer entre los ex participantes en las pruebas de Porton Down. En este marco, se comparó a 500 ex participantes con un grupo de muestra de otros 500 militares, y se decidió emprender un amplio estudio epidemiológico. Iniciado a mediados de 2003, debía durar unos dos años.

72 Tras la desaparición del señor Maddison, soldado del Ejército del Aire fallecido en mayo de 1953 tras haber sido expuesto al gas sarín (agente neurotóxico, llamado también «gas GB», similar al GF), un coronel llevó a cabo una encuesta judicial, concluyendo con la constatación de «muerte accidental». Se presentó una demanda con vistas a la apertura de una nueva investigación judicial, debido concretamente a que el coronel había presentado elementos incompletos; en noviembre de 2002, el Tribunal de apelación ordenó una nueva investigación. Ésta finalizó el 15 de noviembre de 2004; el

Jurado concluyó que la causa de la muerte del señor Maddison era «la aplicación de un agente neurotóxico en el marco de un experimento no terapéutico». Parece que actualmente está en curso un procedimiento de control jurisdiccional.

Alrededor de 2004-2005, una organización no gubernamental («los veteranos de Porton Down») descubrió en las investigaciones efectuadas en la Oficina de archivos públicos dos cartas fechadas en mayo y agosto de 1953; éstas contenían dictámenes jurídicos del Treasury Solicitor a la intención del MOD relativos al asunto Maddison y al artículo 10 de la Ley de 1947. El 7 de febrero de 2005, la organización en cuestión envió estos documentos al servicio del MOD encargado de los veteranos y de las cuestiones de salud vinculadas al pasado. La carta fechada en agosto de 1953 contenía el pasaje siguiente:

«Cuando inicialmente se me sometió el asunto, examiné la pertinencia del artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona y llegué a la conclusión de que esta disposición no se aplicaba. A la vista de las informaciones de que dispongo, sigo opinando lo mismo. El apartado 1 de este artículo, que trata de las lesiones corporales causadas por actos de los miembros de las Fuerzas Armadas, no puede aplicarse ya que -según lo que he creído comprender- el gas GB fue administrado al señor Maddison por personal civil y no por ningún miembro de las Fuerzas Armadas. El apartado 2 parece también inaplicable. Dispone que el personal de las Fuerzas Armadas no puede entablar civilmente una acción judicial contra la Corona por fallecimiento o lesión corporal debida a un accidente del que haya sido víctima un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona «debido a la naturaleza o al estado del equipamiento o de un material utilizado por las Fuerzas Armadas de la Corona». Según mi interpretación de los hechos de la causa, el gas GB no puede considerarse en ningún caso un «material utilizado por las Fuerzas Armadas», ya que se trata de una sustancia puramente experimental que nunca ha sido utilizada por las Fuerzas Armadas. El artículo 10 de la Ley de 1947 no exonera pues a la Corona o al Ministro de su responsabilidad».

## II Legislación y práctica internas aplicables

### A Posibilidades para los militares de actuar civilmente contra la Corona

#### 1 La situación antes de 1947

73 En virtud de una norma bien establecida del derecho consuetudinario inglés, no se podía en ningún caso indagar acerca de la responsabilidad civil de la Corona.

74 No obstante, existían diversos elementos que servían de contrapeso a esta norma. Era posible actuar contra un militar culpable, y si éste había actuado en el ejercicio de sus funciones, la Corona asumía invariablemente la responsabilidad del pago de toda indemnización concedida. Cuando el individuo autor del perjuicio no podía ser identificado, se designaba un demandado al objeto de permitir que el procedimiento siguiese su curso. Asimismo, a partir de 1919, un militar herido en acto de servicio durante la guerra tenía derecho a una pensión de invalidez y su esposa podía también percibir una pensión. Posteriormente, estos derechos se extendieron a la invalidez y muerte causadas por un perjuicio imputable a cualquier forma de servicio en el seno de

las Fuerzas Armadas (en tiempo de guerra o de paz). Una de las características de estos regímenes sucesivos es que el derecho a pensión no estaba subordinado al establecimiento de una falta de la Corona.

75 Debido a las críticas que suscitaba la posición de la Corona como parte, se consideró en los años 20 una legislación que tuviese por efecto que la Corona fuese responsable civil. En 1924, un comité de redacción recibió el mandato de elaborar un proyecto de Ley previendo concretamente la posibilidad de ejercitar contra la Corona una acción de responsabilidad civil. Bajo el título «Derechos materiales», el punto 11 del proyecto de Ley presentado en 1927 (que nunca se aprobó) indicaba: «Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley y pese a toda norma de derecho en sentido contrario se podrá indagar acerca de la responsabilidad civil de la Corona». Figuraba en el artículo 29.1 g) una atemperación a esta disposición, que enunciaba:

«Salvo indicación expresa en contrario en la presente Ley, nada en ésta:

(...) g) autoriza a un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona a ejercitar una acción contra la Corona por cualquier cuestión relativa a, derivada de o relacionada con la disciplina o las funciones de las Fuerzas Armadas o las reglas referentes a las mismas, o la ejecución o pretendida ejecución de esta disciplina, estas funciones y estas reglas por un miembro de las Fuerzas Armadas, o sobre otras cuestiones ligadas o accesorias a una de las cuestiones anteriormente citadas (...)».

2 La Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona (Crown Proceedings Act - «la Ley de 1947»)

76 La Ley de 1947 aportó unos cambios considerables -de orden material y procesal- en cuanto a la posibilidad de ejercitar una acción contra la Corona.

77 Esta Ley consta de cuatro partes: la primera se titula «Disposiciones materiales» (artículos 1 a 12), la segunda «Competencia y procedimiento», la tercera «Sentencia y ejecución», y la cuarta «Cuestiones diversas».

78 El artículo 1 dispone que la demanda contra la Corona es preceptiva y no está subordinada a una acción (petition of right) sancionada por Real decreto.

79 El artículo 2 de la Ley de 1947 dispone:

«2. Responsabilidad civil de la Corona

1) Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley, la Corona está sometida al conjunto de responsabilidades civiles a la que estaría sujeta si fuese un particular mayor de edad dotado de plena capacidad:

a) en los delitos civiles cometidos por sus empleados o funcionarios;

b) en todo incumplimiento de las obligaciones que, en el derecho consuetudinario inglés, correspondan a una persona hacia sus empleados o sus funcionarios por el hecho de ser su empleador; y

c) en todo incumplimiento de las obligaciones que el derecho consuetudinario inglés vincula a la propiedad, la ocupación, la posesión o el control de los bienes; quedando claro que no puede entablarse un procedimiento contra la Corona en virtud del párrafo a) del presente apartado por un acto u omisión de un empleado o funcionario de la Corona a menos que, si no fuese por esta Ley, el acto u omisión en cuestión constituya un motivo de acción de responsabilidad contra el empleado o el funcionario en cuestión o contra su sucesión».

80 Los miembros de las Fuerzas Armadas debían ser objeto de un trato distinto. Si fallecían o se lesionaban en el ejercicio de sus funciones, no podía demandarse a la Corona una vez que el Ministro hubiese certificado que el fallecimiento o la lesión corporal en cuestión se consideraban imputables al servicio a los efectos del derecho a una pensión de guerra. De esta forma, el artículo 10 de la Ley de 1947, titulado «Disposiciones relativas a las Fuerzas Armadas» decía lo siguiente:

«1. Ninguna falta u omisión por un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona en el ejercicio de sus funciones podrá comprometer su responsabilidad civil ni la de la Corona en caso de fallecimiento de otra persona, o de lesiones corporales sufridas por otra persona, si en el momento de los hechos el interesado era miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona:

a) Si en la época de los hechos la víctima como miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona o, sin servir como tal, se encontraba en un terreno, edificio, bordo de un buque, avión o vehículo utilizado en ese momento por las Fuerzas Armadas de la Corona; y

b) Si el [Ministro] certifica que la cosa sufrida por la víctima ha sido o será considerado imputable al servicio a los efectos del derecho a una indemnización previsto por el Royal Warrant, un decreto ministerial o una ordenanza real relativa a la invalidez o el fallecimiento de los miembros del ejército del que forma parte, quedando claro que este párrafo no exime a un miembro de este ejército de su responsabilidad civil en los casos en los que un tribunal constate que el acto o la omisión no está ligado al cumplimiento de las tareas que le corresponden como miembro del ejército.

2. No podrá entablarse ninguna acción de responsabilidad civil contra la Corona por un fallecimiento o unas lesiones corporales debidas a la cosa sufrida por un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona:

a) Si esta cosa es la consecuencia de la naturaleza o el estado del terreno, del edificio, del buque, del avión o del vehículo en el sentido citado anteriormente, o de la naturaleza o del estado de un equipamiento o un material utilizado por las Fuerzas Armadas de la Corona; y

b) Si el [Ministro] emite el certificado citado en el párrafo precedente. Asimismo, ningún acto u omisión de un oficial de la Corona compromete su responsabilidad civil por un fallecimiento o unas lesiones corporales cuando este fallecimiento o estas lesiones

corporales se deben a una cosa sufrida por un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona y se cumplen en cuanto a esta cosa las condiciones anteriormente mencionadas.

3. (...) [El Ministro], si constata concluido:

a) Que en una circunstancia concreta una persona estaba o no de servicio en calidad de miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona; o

b) Que en un momento concreto un terreno, un edificio, un buque, un avión, un vehículo, un equipamiento o un material eran o no utilizados por las Fuerzas Armadas,

podrá emitir un atestado certificando este hecho; a efectos del presente artículo, dicho certificado tiene valor de prueba en cuanto al hecho que certifica».

Las palabras «sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley» contenidas en el artículo 2 de la Ley tenían por efecto subordinar este artículo a las disposiciones del artículo 10.

3 La Ley de 1987 sobre los procedimientos relativos a la Corona (Fuerzas Armadas) (Crown Proceedings (Armed Forces) Act 1987 - «la Ley de 1987»)

81 La excepción formulada en el artículo 10 de la Ley de 1947 fue suprimida por la Ley de 1987. Esta derogación no tenía carácter retroactivo. Así, a partir de 1987, una acción de responsabilidad civil entablada por un miembro de las Fuerzas Armadas (o su sucesión) por fallecimiento o lesión corporal por una causa que se sitúa en un período anterior a 1987 no puede seguir su curso una vez que el Ministro ha emitido el certificado pertinente. Las razones por las cuales no se dotó a la Ley de un efecto retroactivo fueron expuestas de esta forma por el diputado que presentó el proyecto de Ley (Hansard, HC, 13 febrero 1987, col. 572).

«Los sucesivos Gobiernos se oponen en principio a la adopción de Leyes retroactivas, a fortiori si se trata de imponer una responsabilidad retroactiva a otra persona. En segundo lugar, sería manifiestamente injusto imponer una responsabilidad retroactiva a un militar por actos pertenecientes al pasado, incluso si la Corona, su empleadora, debiese cubrirle. Ello implicaría que una persona supuestamente culpable de negligencia sea obligada a rendir cuentas ante la justicia años después de haber cometido el acto que, en la época, no comprometía su responsabilidad según la legislación. Tal inconveniente milita contra la idea de una legislación retroactiva. En tercer lugar (...) en la tramitación de las quejas antiguas ¿Dónde se establecería el límite para ser justo y equitativo respecto al conjunto de demandantes? ¿Cómo establecer un umbral de exigencia lógico por debajo del cual el MOD y los tribunales se negarían a examinar las demandas? ¿Cómo se podría dar satisfacción a las personas cuya demanda cayese en el lado malo de esta línea arbitraria? ¿Cómo se supone que el [MOD], y en definitiva los tribunales, valorarían los asuntos antiguos en los que ya no se dispone de unas pruebas escritas o unos testigos indispensables?

Son estas unas preguntas de orden práctico para las que desgraciadamente no hay respuestas preparadas. Es por lo que pienso que el único trámite razonable es derogar el artículo 10 a partir de la fecha de la promulgación de la Ley».

#### 4 La Ley de 1980 sobre la prescripción (Limitation Act 1980)

82 El artículo 11 de esta Ley dispone que toda demanda de indemnización por lesión corporal deberá presentarse dentro de un plazo de tres años a partir de que se produzca el motivo para actuar.

#### B El asunto Matthews contra Ministerio de defensa

83 El señor Matthews había servido en la marina entre 1955 y 1968. Quejándose de haber sufrido, en el ejercicio de sus funciones militares, una lesión corporal debida a su exposición a fibras y polvo de amianto, entabló en 2001 contra el MOD una acción de responsabilidad civil directa e indirecta (por ser miembros del ejército) por negligencia e incumplimiento de obligaciones legales.

#### 1 El High Court - [2002] EWHC 13 (QB) (22 enero 2002)

84 Sobre la cuestión previa de si se podía demandar al MOD teniendo en cuenta el artículo 10 de la Ley de 1947, el High Court consideró esta disposición incompatible con el artículo 6.1 del Convenio.

85 Al determinar si el artículo 10 se consideraba una restricción procesal o material de los derechos del interesado, el High Court consideró que la cuestión llevaba a preguntarse si un certificado en virtud del artículo 10 tenía por efecto suprimir no solamente el derecho para el señor Matthews de presentar una demanda de indemnización, sino también su derecho primordial derivado del deber de vigilancia ( duty of care) de la Corona:

«Si, tras aprobarse la Ley de 1947, él gozaba del derecho primordial de no ser expuesto al amianto en unas circunstancias que constituyesen una falta o un incumplimiento de una obligación legal, el artículo 10 ha suprimido pura y simplemente su derecho secundario a solicitar reparación de su violación, y esta privación no es sino una barrera procesal al ejercicio de su derecho secundario a elegir interponer un recurso por vulneración de su derecho primordial».

Para concluir que el artículo 10 se consideraba un obstáculo procesal al ejercicio de un derecho de acción de responsabilidad existente y que, en consecuencia, se aplicaba el artículo 6, el High Court se apoyó concretamente en los asuntos Tinnelly & Sons Ltd y otros y McElduff y otros contra Reino Unido (Sentencia de 10 julio 1998, Repertorio 1998-IV) y Fogarty contra Reino Unido ([GS], núm. 37112/1997, TEDH 2001-XI).

86 La restricción debía pues someterse al criterio de la proporcionalidad. El High Court concluyó, a este respecto, que los inconvenientes de un régimen de pensiones eran tales que el acceso a éste era un precio «excesiva e incluso intolerablemente» alto a pagar para no tener que probar la falta, que a fin de cuentas no podía aplicarse sino en los casos en los que suscitase dudas la cuestión de la falta de la parte contraria. El High Court se declaró asimismo no convencido de que la decisión de derogar la Ley de 1947 sin carácter retroactivo fuese una medida proporcionada ya que una constatación de

responsabilidad debido a una conducta que, en el momento de los hechos, no constituía un motivo de responsabilidad era una solución mucho menos perniciosa que la consistente en negar una indemnización adecuada a una persona lesionada a consecuencia de una negligencia.

## 2 El Tribunal de apelación - [2002] EWCA Civ 773 (29 mayo 2002)

87 El Tribunal de apelación admitió el recurso del MOD. Consideró que el artículo 10 producía unos efectos materiales y no procesales, y que el High Court se había basado erróneamente en el asunto Fogarty anteriormente mencionado. El Master of the Rolls declaró lo siguiente:

«La exigencia contenida en el artículo 10 -que hace de un certificado del Ministro una condición necesaria para rechazar el motivo de acción de un demandante- es inhabitual y difícil de analizar; no puede considerarse simplemente una opción que permite bloquear la demanda mediante una barrera procesal».

88 El Tribunal de apelación rechazó la objeción del MOD -basada en la Sentencia Pellegrin contra Francia ( TEDH 1999, 65) ([GS], núm. 28541/1995, TEDH 1999-VIII) y la Sentencia R. contra Bélgica ( núm. 33919/1996, 27 febrero 2001 [ TEDH 2001, 123] ), más reciente- relativa a la aplicabilidad del artículo 6.1. Consideró que el asunto Pellegrin trataba únicamente de «litigios planteados por los funcionarios del Estado acerca de sus condiciones de servicio», mientras que el asunto ante él hacía referencia al artículo 10 de la Ley de 1947 y sus efectos en una acción de responsabilidad dirigida contra el MOD.

## 3 La Cámara de los Lores - [2003] UKHL 4

89 El demandante presentó ante la Cámara de los Lores un recurso en el que alegaba que el Tribunal de apelación había ignorado un principio claro establecido en el asunto Fogarty. El MOD abandonó el argumento basado en la Sentencia Pellegrin.

90 La Cámara de los Lores (compuesta por Lord Bingham of Cornhill, Lord Hoffmann, Lord Hope of Craighead, Lord Millett y Lord Walker of Gestingthorpe) inadmitió el recurso por unanimidad. Consideró que el mantenimiento de la distinción entre restricciones procesales y restricciones materiales al acceso a un tribunal, era necesaria debido a que el artículo 6 afectaba a la equidad del procedimiento y a la integridad del sistema judicial de un Estado, y no al contenido material del derecho interno. Reconoció, sin embargo, que establecer una línea de demarcación entre lo material y lo procesal era un ejercicio delicado, ya que la jurisprudencia resultante del Convenio daba testimonio de cierta dificultad al respecto. Basándose, por un lado, en el texto del artículo 10 de la Ley de 1947, el contexto histórico en el que se inscribía, la intención del legislador y la manera en que concretamente funcionaba esta disposición y, por otro lado, en un análisis completo de la jurisprudencia resultante del Convenio y los principios aplicables, la Cámara de los Lores concluyó que el artículo 10 mantenía la ausencia de responsabilidad civil de la Corona respecto a los militares por las lesiones corporales imputables al servicio y facilitaba la obtención, por estas personas, de una pensión no fundamentada en la noción de culpa, eliminando la necesidad de probar la imputabilidad. El artículo 10 se consideraba pues una limitación material de la responsabilidad civil de la

Corona hacia los militares por las lesiones corporales sufridas durante el servicio, a la que no se aplicaba el artículo 6.1.

91 Tras analizar la jurisprudencia resultante del Convenio, Lord Bingham señaló que, cualquiera que fuese la dificultad en desmarcar las restricciones procesales de las restricciones materiales a un derecho concreto reconocido por la legislación interna, el análisis preciso de los derechos materiales del demandante en virtud de la legislación interna era, sin embargo, una primera etapa esencial para determinar si esta persona tenía, según el sentido autónomo que el Convenio atribuye a esta expresión, un «derecho de carácter civil» que hiciese aplicable el artículo 6.

Recordando después la evolución histórica del artículo 10, Lord Bingham consideró que estaba claro que el legislador no había tenido la intención de conferir un derecho material a solicitar indemnización. Consideró que raras eran las normas de derecho consuetudinario inglés que son más constantes y más absolutas que las que excluyen toda acción de responsabilidad contra la Corona, añadiendo que desde el momento en que no existía ningún perjuicio del que pudiera quejarse un demandante (aplicación del adagio en virtud del cual el rey no puede hacer daño), no era posible la reparación por la vía de una demanda judicial no era posible. Las demandas -calificadas de «demandas exentas»- contra la Corona al objeto de obtener una indemnización, entre otras cosas, por las lesiones corporales sufridas por un miembro de las Fuerzas Armadas durante el servicio eran «absolutamente excluidas». Cuando se presentaron en los años 20 los proyectos de reforma, no se propuso ningún motivo de acción para las «demandas exentas». Cuando en 1947 se presentó en el Parlamento el proyecto de Ley sobre los procedimientos relativos a la Corona, el texto preveía una vez más que las demandas exentas fuesen «absolutamente excluidas»; en cuanto a las demandas que reunían las condiciones requeridas, debían dar lugar a una indemnización en forma de pensión no fundamentada en la noción de culpa.

Cuando la Cámara de los comunes modificó, al margen de todo contencioso, lo que iba a convertirse en el artículo 10.1, la intención no era cambiar la «idea maestra de la disposición tal y como había sido redactada anteriormente». El objeto del nuevo procedimiento de certificación era «facilitar la obtención de una pensión para las personas privadas de legitimidad para actuar en derecho consuetudinario inglés, suprimiendo la necesidad de probar la imputabilidad, condición esencial a la concesión de una pensión». Si la emisión de un certificado, en virtud del artículo 10.3, tenía un carácter discrecional, como lo mostraba la fórmula «puede emitir», no podía decirse lo mismo de la emisión de un certificado fundamentada en el artículo 10.1 b), vistos los términos empleados en esta disposición. La finalidad manifiesta de ésta era que el Ministro emitiese un certificado cuando se reuniesen las condiciones. Esta era, por otro lado, la práctica invariable de los ministros que se sucedieron en el curso de los cuarenta años siguientes. Incluso si los términos empleados habían cambiado a lo largo de los años, los tribunales ingleses seguían considerando que el artículo 10.1 excluía toda demanda en derecho consuetudinario inglés. De hecho, era el «carácter absoluto de la imposibilidad enunciada por el artículo 10.1» (combinada con la diferencia que se había incrementado entre la cuantía de una pensión y la de una indemnización solicitada en el marco del derecho consuetudinario inglés) que había alimentado la solicitud de derogación del artículo 10 y que había desembocado en la Ley de 1987. Para determinar

si el artículo 10.1 imponía una barrera procesal o negaba un derecho material, había que tener en cuenta la realidad concreta; a este respecto, la práctica de los ministros había sido «uniforme e invariable», de forma que cualquier profesional habría dicho al señor Matthews que «forzosamente iba a emitirse» un certificado en virtud del artículo 10. Lord Bingham consideró que el asunto Fogarty se distinguía «categóricamente» del asunto Matthews entonces examinado y concluyó, por motivos muy similares a los expuestos por el Tribunal de apelación y por Lord Walker (ver infra), que procedía inadmitir el recurso.

92 En cuanto a la distinción entre las restricciones materiales y las restricciones procesales a un recurso judicial, Lord Walker hizo un análisis completo de la jurisprudencia que resulta del Convenio, y puso de manifiesto lo que él consideraba eran incoherencias en esta jurisprudencia y las dificultades de aplicación resultantes de la misma:

«127. La distinción entre barreras materiales y barreras procesales a un recurso judicial es ampliamente evocada en la jurisprudencia de Estrasburgo relativa al artículo 6.1; sin embargo, en los asuntos en cuestión no destaca una línea clara y única. Esto apenas sorprende. Si bien esta distinción se capta fácilmente en los casos extremos, se presta mucho más a debate si está próxima a la línea de demarcación, más aún cuando los diferentes sistemas jurídicos no la sitúan en el mismo lugar (...).

130. He tenido ya la ocasión de hacer referencia a varios de los grandes asuntos juzgados en Estrasburgo, pero es interesante ver cómo desde la sentencia principal dictada en 1975 en el asunto Golder han aparecido dos líneas contrastadas. Algunos asuntos subrayan la importancia de evitar cualquier restricción arbitraria o desproporcionada al acceso de un litigante a un tribunal, independientemente de la cuestión de si la restricción merece, por su propia naturaleza, la calificación de procesal; otros asuntos conceden importancia a la distinción entre fondo y procedimiento.

131. El primer asunto a señalar es el asunto Ashingdane contra Reino Unido (...). El apartado 1 del artículo 141 [de la Ley de 1959 sobre la salud mental] imponía unas restricciones materiales a los derechos de ejercitar una acción del demandante (exigiendo la mala fe o la negligencia) y el apartado 2 imponía una restricción procesal (la necesidad de obtener la autorización del High Court para ejercitar una acción). La Comisión (...) suscribió la opinión de las partes según la cual "poco importa[ba] que el impedimento sea de carácter sustancial o procesal. Basta con decir que el artículo 141 es un obstáculo infranqueable que restringe efectivamente las posibilidades de presentar una demanda de indemnización del interesado". Consideró, no obstante, que las restricciones en cuestión no habían sido arbitrarias ni irrazonables, ya que su finalidad era proteger al personal hospitalario contra las demandas infundadas o vejatorias. El Tribunal (...) adoptó un punto de vista similar.

132. En el asunto Pinder contra Reino Unido (...) (del que los asuntos Ketterick y Dyer no difieren mucho), la Comisión estimó (...) que el artículo 10 de la Ley de 1947 había reemplazado el derecho a presentar una demanda de indemnización por un sistema de concesión de pensiones no basado en la idea de culpa, y que ello había privado al demandante de un derecho de carácter civil: "De ello se deduce que el Estado no está obligado a justificar, contrariamente a lo que sostiene el demandante, una

inmunidad inscrita en su Código civil alegando una necesidad social urgente". Sin embargo, la Comisión hizo referencia a continuación (...) a su informe relativo al asunto Ashingdane declarando: "Estos principios se aplican no solamente a un impedimento de carácter procesal, como una norma de incompetencia de los tribunales, como en el asunto Ashingdane, sino también a una exención material de responsabilidad como la del caso que nos ocupa. La cuestión que se plantea pues en el presente contexto es la de si el artículo 10 de la Ley de 1947 limita arbitrariamente la demanda civil del interesado".

133. La Comisión consideró que el artículo 10 no era arbitrario ni desproporcionado (...).

134. En el asunto Powell y Rayner contra Reino Unido (...), se trataba del efecto del artículo 76.1 de la Ley de 1982 relativa a la aviación civil en las personas que se quejaban del ruido de los aviones que se acercaban a tierra o despegaban del aeropuerto de Heathrow. Esta disposición descarta la responsabilidad del explotador en caso de demanda por perturbación en la posesión o molestias, desde el momento en que se prueba que el avión volaba a una altura razonable teniendo en cuenta las circunstancias y que su vuelo no vulneraba las disposiciones de la Ley en cuestión o de una disposición adoptada en virtud de la misma. El Tribunal europeo de Derechos Humanos rechazó unánimemente la queja de los demandantes basada en el artículo 6.1, basándose simplemente en el hecho de que los demandantes no podían pretenderse titulares de un derecho a indemnización consagrado por la legislación inglesa. Descartó asimismo un argumento subsidiario según el cual la facultad residual de actuar de los demandantes (en los casos no excluidos por el artículo 76.1) era ilusoria.

135. El Tribunal siguió en el asunto Fayed contra Reino Unido (...) un trámite mucho menos directo. (...) En la parte consagrada a los principios aplicables, se expresó (...) así: "Que una persona tenga, en el plano interno, una pretensión que pueda dar lugar a una acción en justicia puede depender no solamente del contenido material, hablando con propiedad, del derecho de carácter civil en cuestión definido por la legislación interna, sino también de la existencia de barreras procesales (procedural bars) que impidan o limiten las posibilidades de someter a un tribunal una potencial querrela. En esta última categoría de casos, el artículo 6.1 puede aplicarse hasta cierto punto. Desde luego los órganos del Convenio no pueden crear, a través de la interpretación del artículo 6.1, un derecho material de carácter civil sin base legal alguna en el Estado en cuestión. Sin embargo, que un Estado, por ejemplo, pueda sin reservas o sin control de los órganos del Convenio substraer a la competencia de los tribunales toda una serie de acciones civiles o exonerar de toda responsabilidad civil de grandes grupos o categorías de personas, no se concilia con la preeminencia del derecho en una sociedad democrática ni con el principio fundamental que subtiende el artículo 6.1 las reivindicaciones civiles deben poder ser sometidas al Juez".

136. Es difícil decir cuál es el alcance de esta última frase. El Tribunal evocaba posteriormente (...) la distinción entre restricciones materiales y restricciones procesales: "No siempre es fácil distinguir las limitaciones procesales y las limitaciones materiales a un derecho reconocido por la legislación interna. Expresar la limitación desde el punto de vista del derecho o del recurso con el que hay que acompañar a éste, no es a veces sino una cuestión de técnica legislativa". El Tribunal no fue más allá tratando de resolver este

problema, porque en todo caso tendría que haber examinado las cuestiones del fin legítimo y de la proporcionalidad a efectos del artículo 8 (respeto de la vida privada) aunque no se le hubiese planteado ninguna queja en virtud de este artículo en el asunto en cuestión.

137. En *Stubbings contra Reino Unido (...)* y *Tinnelly & Sons Ltd contra Reino Unido (...)*, el Tribunal indagó si eran justificables unas restricciones determinadas al acceso a un tribunal (las contenidas respectivamente en el artículo 2 de la Ley de 1980 sobre la prescripción y en el artículo 42 de la Ley de 1976 sobre la igualdad en materia de empleo en Irlanda del Norte [ *Fair Employment (Northern Ireland) Act 1976*], sin referirse expresamente a la distinción entre barreras materiales y barreras procesales. En *Waite y Kennedy contra Alemania (...)*, la Comisión (...) calificó la inmunidad de simple barrera procesal que requería al respecto una justificación. El Tribunal se pronunció de igual forma (...) otorgando un peso importante al hecho de que se ofreciese a los demandantes otras vías de derecho no especificadas.

138. Los dos asuntos más recientes son de una importancia particular. En *Z contra Reino Unido (...)*, el Tribunal (...) juzgó que no había habido violación del artículo 6.1 debido a la decisión de los Loes en el asunto *X. contra Bedfordshire County Council (1995, 2 AC 633)*. Éste trataba de la responsabilidad de una autoridad local frente a unos menores que habían sufrido negligencia y abusos durante cinco años y cuyo sufrimiento era conocido por esta autoridad (no se había dictado ningún auto acordando la guarda de los niños). (...) Toda la parte de la sentencia del Tribunal consagrada al artículo 6.1 (...) merece ser estudiada con atención, pero su sustancia se desprende [del pasaje siguiente]: (...) "el Tribunal concluye que la imposibilidad para los recurrentes de demandar a la autoridad local deriva no de una inmunidad sino de unos principios aplicables que rigen el derecho de acción material en la legislación interna. No hubo limitación al acceso a un tribunal del orden de la incriminada en el asunto *Ashingdane*". La mayoría del Tribunal precisó claramente en su razonamiento que su decisión en el asunto *Osman* se basaba en una concepción errónea de la falta del derecho inglés.

139. Evoquemos para terminar el asunto *Fogarty contra Reino Unido (...)*, resuelto unos seis meses después de *Z* por un tribunal que comprendía varios de los jueces (algunos en la minoría) que habían juzgado el asunto *Z*. El Tribunal retomó textualmente (...) el pasaje de *Fayed* citado anteriormente. Rechazó (...) el motivo de defensa del Reino Unido según el cual, debido al ejercicio de la inmunidad de los Estados, la demandante carecía de derecho material en el plano interno. El Tribunal concedió cierta importancia al hecho de que los Estados Unidos tuviesen la facultad de renunciar a la inmunidad (la sentencia dice de hecho que podían "escoge[r] no solicitar[la]"), viendo en ello una indicación del carácter procesal de la barrera en cuestión. Concluyó, sin embargo, en estos términos: "No se puede (...), de forma general, considerar como una restricción desproporcionada al derecho de acceso a un tribunal, tal y como lo consagra el artículo 6.1, unas medidas tomadas por la Alta Parte Contratante que reflejan unos principios de Derecho internacional generalmente reconocidos en materia de inmunidad de los Estados. Del mismo modo que el derecho de acceso a un tribunal es inherente a la garantía del proceso justo que concede este artículo, algunas restricciones al acceso también deben considerarse inherente a éste; ejemplo de ello son las limitaciones generalmente admitidas por la comunidad de naciones como derivadas de la doctrina de la inmunidad de los Estados". (...)

140. En un esfuerzo por borrar las incoherencias de la jurisprudencia de Estrasburgo, sería tentador suponer que las observaciones generales y bastante especulativas del Tribunal en Fayed (que no sirvieron de fundamento en su sentencia) representaban una desviación que, en Z, resultó ser un punto muerto. Sin embargo, esta explicación se enfrenta inmediatamente a una dificultad: en Fogarty, seis meses después de Z, el Tribunal (constituido en gran parte por los mismos jueces) escogió repetir palabra por palabra las observaciones formuladas en Fayed. La sombra incierta de Osman sigue planeando en este ámbito del derecho.

141. Sin embargo, [el abogado del señor Matthews] admite que para obtener una sentencia favorable debe convencerlos de que el artículo 10 de la Ley de 1947 constituye una barrera procesal. Considera que ello equivale a persuadirlos de que su cliente tenía en el momento de entablar su procedimiento un motivo para actuar contra el [MOD], y que dicho motivo se suprimió (o invalidó) por la invocación, por el [MOD], del procedimiento basado en el artículo 10. En su opinión, este hecho no puede distinguirse de la invocación por el Gobierno de los Estados Unidos (en Fogarty) del motivo de defensa relativo a la inmunidad de los Estados (o, más concretamente, de su decisión de no renunciar a la inmunidad del Estado): tanto en un caso como en el otro, el abogado se apoya en una barrera procesal para suprimir un derecho material que era válido cuando se entabló el procedimiento.

142. Considero que [el abogado del señor Matthews] tiene motivos para hacer esta concesión. Aunque sea difícil trazar la línea de demarcación entre fondo y procedimiento, el carácter general de la distinción está claro en principio, y también está claro que el artículo 6 se interesa en principio en la equidad del procedimiento y la integridad del sistema judicial de un Estado, y no en el contenido material de la legislación interna. La idea de que un Estado opte por un sistema de indemnización no basado en la culpa para ciertos perjuicios que podrían de otro modo dar lugar a acciones de responsabilidad no es contrario al artículo 6.1, como declaró la Comisión en el asunto Dyer (...) (en un informe que trataba específicamente del artículo 10 de la Ley de 1947 y al que ha hecho referencia con aprobación el Tribunal en varios asuntos posteriores).

143. Teniendo en cuenta las circunstancias, el argumento [del señor Matthews] se confunde prácticamente con el mero hecho de que el interesado tuviese un motivo para actuar cuando presentó su formulario de recurso, y que su acción no podía rechazarse por estar condenada al fracaso a menos que el Ministro emitiese un certificado en virtud del artículo 10. El Tribunal europeo de los Derechos Humanos no se interesa, sin embargo, por las apariencias ni por el vocabulario empleado, sino por la realidad (Van Droogenbroeck contra Bélgica (...)). El argumento [del señor Matthews] ignora la realidad. No discute que, en la práctica, el Ministro emita un certificado cada vez que procede hacerlo (en los planos jurídico y práctico). No goza de una libertad tan grande como un gobierno extranjero llamado a decidir si procede o no renunciar a la inmunidad del Estado (lo que puede no practicarse por anticipado, en particular en los asuntos de empleo políticamente sensibles). En Fogarty, la decisión de renunciar o no a la inmunidad sí era una decisión referente a una barrera procesal, pero no estoy totalmente convencido de que exista un paralelo con el presente caso. El hecho es que el artículo 10 de la Ley de 1947 sustituyó la demanda de indemnización por un sistema de

indemnización no basado en la culpa en muchos asuntos anteriores a 1987, y que esta sustitución continúa actualmente aplicándose en los asuntos de perjuicios latentes sufridos con anterioridad a 1987. Se trataba, y sigue tratándose, de una cuestión de derecho material, y el hecho de que se previese la emisión de un certificado oficial (para evitar o al menos reducir en lo posible el riesgo de incoherencia entre las decisiones sobre la causalidad) no cambia nada. El artículo 10.1 b), considerado aisladamente, es una disposición que trata de proteger a las personas que tengan una queja contra el [MOD]. Apruebo el análisis de Lord Bingham sobre la evolución histórica de la Ley de 1947 y las conclusiones que de ello saca.

144. En estas condiciones, no considero útil ni deseable tratar de determinar si el artículo 10, evaluado como barrera procesal, responde a la exigencia de la proporcionalidad. Unos argumentos serios militarían tanto en un sentido como en el otro, y puesto que no es necesario que nos pronunciemos sobre este punto, prefiero no hacerlo».

93 Lord Hoffmann suscribió el razonamiento y las conclusiones de Lord Walker, a las que añadió algunas observaciones. Señaló que el abogado del señor Matthews (que es el abogado del señor Roche en este caso) admitía que si la Ley de 1947 afirmaba simplemente que los militares no tenían ningún derecho a presentar una acción en justicia, no era contraria al artículo 6. El señor Matthews alegaba, sin embargo, que la estructura de la Ley de 1947 era tal que, hasta la emisión de un certificado en virtud del artículo 10, había tenido un derecho de carácter civil (un motivo para ejercitar una acción de responsabilidad civil); si no se hubiese emitido ningún certificado, habría podido ejercitar su acción ante los tribunales; en consecuencia, el artículo 10 otorgaba al Ministro la facultad discrecional de parar en seco la acción del demandante e impedirle acceder a los tribunales. Lord Hoffmann señaló asimismo que si las disposiciones del artículo 10.1 b) y 10.2 b) tenían por objeto conferir al Ministro un poder discrecional de «abatirse sobre las personas que tienen quejas contra la Corona e impedir que las sometan a los tribunales», habría suscrito el argumento del demandante, ya que tal injerencia del Ejecutivo es contraria a la preeminencia del derecho y al principio de la separación de poderes. Ahora bien, al igual que Lord Bingham, cuyo análisis histórico hacía suyo, consideraba que evidentemente el artículo 10 delimitaba el motivo de acción material y que el certificado previsto por esta disposición no era sino una confirmación de obligado cumplimiento efectuada por el Ministro del carácter «imputable al servicio» de un perjuicio a efectos de la concesión de una pensión, contrapartida de la imposibilidad de presentar una demanda de indemnización. Lord Hoffmann precisó que él también estimaba que el asunto Matthews se distinguía del asunto Tinnelly (en la medida en que no había injerencia del Ejecutivo en las funciones del Poder judicial) y del asunto Fogarty (teniendo en cuenta el hecho de que en este último el gobierno extranjero en cuestión podía escoger someterse o no a la competencia de una jurisdicción).

94 Lord Hope analizó por su parte de forma bastante precisa la jurisprudencia y los principios que se desprenden del Convenio, la génesis de la Ley de 1947, el texto y el funcionamiento del artículo 10, así como el sistema de certificado previsto por el artículo 10. Se expresó así:

«72. El contexto general surge del hecho de que el artículo 10 proviene de la misma parte [I] de la Ley que el artículo 2. Este último, que enuncia los principios fundamentales

de la responsabilidad civil de la Corona, se considera explícitamente que se aplica "sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley". El artículo 10 forma parte integrante del régimen general de responsabilidad descrito en la parte I de la Ley. Todo esto era nuevo. Ninguna de las disposiciones de esta parte -que preservaba la inmunidad de la Corona en ciertas hipótesis-, no podía considerarse, en el momento de la aprobación de la Ley, que retiraba a nadie el derecho a actuar que gozaba anteriormente.

73. En cuanto al artículo 10 en sí mismo (...), se basa en el principio de que si se formula una queja en virtud del artículo 2 de la Ley, el Ministro debe, a partir de los hechos, forjarse una opinión sobre la cuestión de si el asunto está cubierto por la inmunidad. El Ministro está obligado a resolver. No puede afirmar que existe inmunidad sin establecer una declaración en forma de certificado redactada según las formas prescritas. No puede por ello, como Ministro responsable de la administración del sistema de pensiones de guerra, discutir la cuestión de si la cosa sufrida es imputable al servicio a efectos del derecho a una indemnización en el marco de dicho sistema. Se trata de una cuestión de derecho material. Este dispositivo forma parte integrante de la reforma global instaurada por la Ley de 1947. Los demandantes no han perdido nada de lo que tenían anteriormente. Por el contrario, el artículo 10 fue incluido en el sistema de la Ley en su beneficio».

Aprobando sin reservas los motivos expuestos por Lord Walker, Lord Hope concluyó que el artículo 10 constituía una restricción material del derecho a comprometer la responsabilidad civil de la Corona.

95 Lord Millett también analizó detalladamente la jurisprudencia del Tribunal, el contexto histórico y el texto del artículo 10, y la finalidad a atribuir, en consecuencia, al certificado previsto por el artículo 10. Se expresó de esta forma:

«Cuando el militar en cuestión presentaba una demanda por daños y perjuicios contra la Corona, se planteaba inmediatamente la cuestión de si había sufrido la lesión corporal en unas circunstancias que concedían al interesado un derecho a pensión, ya que si tal era el caso la Corona no estaba obligada a indemnizar. A veces, el Ministro había admitido ya -o el Comité había ya considerado- que cualquiera que fuese la causa de la lesión corporal invocada por el interesado, esta causa era imputable al servicio en el seno de las Fuerzas Armadas de la Corona. El Ministro emitía entonces un certificado al efecto y el asunto era archivado debido a que carecía de motivo para actuar.

(...) En tales circunstancias, el Ministro no era libre de conceder o denegar el certificado. Era invitado a certificar la existencia de una situación que eliminaba cualquier posibilidad de éxito del procedimiento. Como servidor del Estado, tenía el deber de establecer los hechos y certificar o no en consecuencia».

Lord Millett consideró que estaba claro que el certificado en virtud del artículo 10 no operaba como una barrera procesal que impidiese a un militar obtener una resolución judicial sobre su derecho de carácter civil. En cuanto al asunto Fogarty, precisó que, contrariamente a sus colegas, estimaba que las inmunidades invocadas por los Estados de conformidad con las normas generalmente admitidas del Derecho Internacional, escapaban totalmente al campo de aplicación del artículo 6. Por las razones expuestas

por cada uno de los otros Lores -con las que estaba de acuerdo-, concluyó también con la inadmisión del recurso.

## C Las pensiones militares

### 1 Las condiciones de concesión de una pensión militar

96 Las normas a las cuales obedece actualmente el pago de las pensiones militares en el caso, entre otros, de enfermedades y lesiones corporales imputables al servicio están recogidas en la disposición de 1983 relativa a las pensiones de invalidez y de supervivientes del personal de las fuerzas aéreas, navales y terrestres, etc. ( The Naval, Military and Air Forces etc. [Disablement and Death] Service Pensions Order 1983- «la disposición relativa a las pensiones»).

97 La condición básica que rige la concesión de una pensión es que la invalidez o el fallecimiento «se deba al servicio» (artículo 3 de la disposición relativa a las personas). Por «invalidez» se entiende «una lesión o un daño físico o psíquico o una pérdida de las facultades físicas o intelectuales». Cuando se formula una demanda más de siete años después del cese del servicio, se considerará que la invalidez o la muerte «se debe al servicio» si su causa está en una lesión que, o bien es imputable a un período de servicio posterior al 2 de septiembre de 1939, o bien existía antes o se declaró durante el período en cuestión, habiéndola agravado el servicio de forma duradera.

98 La disposición relativa a las pensiones prevé que cuando, sobre la base de pruebas fiables, existe una duda razonable en cuanto al hecho de si se cumplen las condiciones arriba mencionadas, esta duda debe beneficiar al demandante (artículos 5.4).

### 2 El procedimiento de solicitud de pensión y los recursos

99 El sistema de pago de las pensiones es administrado por un órgano especializado del Ministerio de Asuntos sociales, a saber la Agencia de los veteranos («VA»), que sucedió a la Oficina de las pensiones de guerra («WPA»). Desde el momento en que se recibe una solicitud, la VA obtiene del MOD las hojas de servicio (incluidos los historiales médicos) del solicitante y, con ayuda de unas pruebas médicas complementarias si procede, establece si el interesado padece una invalidez imputable al servicio. Es el Ministro de Asuntos sociales el que, sobre la base de esta valoración, decide si ha lugar a conceder una pensión militar.

100 Todo solicitante al que el Ministro niegue una pensión de guerra puede apelar al PAT (ver la Ley de 1943 sobre el Comité de recursos de pensiones), en virtud del reglamento de dicho órgano que se compone de un jurista, un médico y un militar o ex militar del mismo sexo y del mismo rango que el demandante.

101 La VA presenta al PAT un «informe del caso» ( Statement of Case) que incluye una copia de la hoja de servicio (incluidos el historial médico) del demandante, los documentos médicos posteriores e informes (incluidos los preparados a petición del médico de la VA), así como una declaración exponiendo brevemente los motivos por los cuales el Ministro ha rechazado la solicitud. El interesado puede responder a dicho

informe y/o presentar pruebas complementarias. Se organiza entonces una vista. El PAT vuelve a examinar el expediente de forma que el solicitante no tenga que demostrar que el Ministro se ha equivocado. Posteriormente se puede presentar un recurso ante el High Court sobre una cuestión de derecho, previa autorización del PAT o del propio High Court.

### 3 Divulgación de documentos en los procedimientos ante el PAT

102 Titulado «Divulgación de documentos e informes oficiales», el artículo 6 del Reglamento del PAT dice así:

«6.1. Cuando, por necesidades de su recurso, una persona desee obtener la divulgación de un documento cualquiera o de una parte de un documento cualquiera del que tenga razones para creer que se encuentra en poder de un órgano administrativo, podrá en cualquier momento, en un plazo de seis semanas después de habersele enviado el expediente del caso, solicitar del presidente la divulgación del documento o de la parte del documento en cuestión, y si el presidente considera que este documento o parte del documento presenta un interés para una cuestión a resolver en el marco del recurso, podrá ordenar al órgano administrativo que lo divulgue (si está en su poder) de la manera y en las condiciones que juzgue apropiadas. (...)

2. A partir de la recepción de este mandamiento, el Ministro o el secretario de Estado del que dependa el servicio administrativo en cuestión o la persona capacitada por él a este efecto, podrá certificar al presidente:

a) que es contrario al interés público divulgar íntegramente o en parte el documento afectado por el mandamiento; o

b) que por razones de seguridad, la totalidad o la parte del documento en cuestión no puede ser divulgada, y ello de la manera que sea;

En caso de emitirse un certificado en el sentido del párrafo a) que antecede, el Presidente dará al Comité de recursos las instrucciones necesarias para impedir o restringir la divulgación pública del documento o de la parte del documento, según el caso, y en caso de emisión de un certificado en el sentido del párrafo b) que antecede, el Presidente solicitará al Comité de recursos que examine si la causa del autor del recurso corre el riesgo de sufrir perjuicio en caso de no divulgación del documento o de una parte de él y si lo estima, aplaze el examen del recurso hasta el momento en que la necesidad de una no divulgación por motivos de seguridad deje de existir».

D La Ley de 1990 sobre el acceso a los historiales médicos (Access. To health records Act - «la Ley de 1990»)

103 Antes de 1991, un historial médico (de carácter civil o militar) no era comunicado sino bajo «secreto médico». Correspondía al médico decidir si el conocimiento de su historial correspondía al interés superior del paciente. La Ley de 1990, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1991, enuncia los derechos de los particulares relativos al acceso, concretamente, a sus historiales médicos (militares o

civiles). Se aplica únicamente a los documentos establecidos tras la fecha de su entrada en vigor y a los «relativos a los cuidados dispensados al solicitante».

## Fundamentos de derecho

### III Sobre la violación del artículo 6.1 del Convenio

104 El demandante se queja de no haber podido, a causa del artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona («la Ley de 1947»), acceder a un tribunal, en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, que dispone:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente (...) por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá (...) los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)».

#### A Argumentos del demandante

105 El demandante considera que la cuestión esencial, puesta de relieve por la jurisprudencia en sus comienzos (concretamente por las Sentencias Golder contra Reino Unido de 21 febrero 1975 [ TEDH 1975, 1 ] , serie A núm. 18 y Ashingdane contra Reino Unido de 28 mayo 1985 [ TEDH 1985, 7 ] , serie A núm. 93), es la protección constitucional de los tribunales internos contra toda influencia del Ejecutivo y la toma de un poder arbitrario por parte del Estado. Las decisiones adoptadas por la Comisión en los asuntos Ketterick, Pinder y Dyer (Ketterick contra Reino Unido, núm. 9803/1982, Decisión de 15 de octubre de 1982, sin publicar; Pinder contra Reino Unido, núm. 10096/1982, Decisión de 9 de octubre de 1984, sin publicar; Dyer contra Reino Unido, núm. 10475/1983, Decisión de 9 de octubre de 1984, Decisiones e informes 39, pg. 246) y la Sentencia dictada por el Tribunal el 21 de septiembre de 1994 en el asunto Fayed contra Reino Unido Sentencia dictada por el Tribunal el 21 de septiembre de 1994 en el asunto Fayed contra Reino Unido ( TEDH 1994, 30) (serie A núm. 294-B, ap. 65) reconocerían esta garantía constitucional fundamental.

En consecuencia, independientemente de la cuestión de si el artículo 10 de la Ley de 1947 debe calificarse de restricción material o de limitación procesal al derecho de acceso del demandante a un tribunal, el apartado 65 de la Sentencia Fayed (tal y como se cita en la Sentencia Fogarty [ TEDH 2001, 762 ] anteriormente mencionada) significaría que esta restricción debe someterse al criterio de la proporcionalidad. Lord Walker, miembro de la Cámara de los Lores, reconoció en el asunto Matthews la dificultad en sostener que el principio que se desprende de la Sentencia Fayed se modificó en la Sentencia Z y otros contra Reino Unido ( TEDH 2001, 332) ([GS], núm. 29392/1995, TEDH 2001-V), y el demandante estima por su parte que esta última no contiene ningún elemento que esté en contradicción con la decisión Dyer o la Sentencia Fayed.

106 A título subsidiario, sostiene que el artículo 10 constituye una medida procesal que restringe su acceso a un tribunal en lo referente a un derecho de carácter civil.

Afirma que él tenía un «derecho de carácter civil» (motivo de demanda reconocido por el derecho interno), en el sentido del artículo 6.1 del Convenio ( RCL 1999, 1190,

1572) , y que este derecho se había suprimido con la emisión de un certificado en virtud del artículo 10. Señala que la noción de derecho de carácter civil que figura en el Convenio tiene -con mucha razón en su opinión- un carácter autónomo en el seno del Convenio y no es pues tributaria de las calificaciones del derecho interno. Ahora bien, en el asunto Matthews, la Cámara de los Lores no examinó la cuestión de la existencia de un «derecho de carácter civil» sino en referencia a la legislación interna. Existe sin duda una contradicción no resuelta entre, por un lado, el principio según el cual la expresión «derechos de carácter civil» tiene un sentido autónomo y, por otro lado, el principio según el cual el artículo 6 no se aplica sino a los litigios sobre los derechos de carácter civil, que estén, al menos de forma defendible, reconocidos en derecho interno. La solución consistiría en considerar que la legislación interna permite responder a la cuestión de si un derecho tiene una «base legal» en esta legislación y no a la cuestión de la propia existencia de un derecho de carácter civil. En consecuencia, el hecho de que el demandante tuviese, hasta la emisión del certificado en virtud del artículo 10, un motivo para presentar una demanda civil reconocido en la legislación interna, bastaría para justificar la conclusión de que poseía un «derecho de carácter civil» a los efectos del artículo 6 del Convenio.

Sin discutir el análisis histórico efectuado por Lord Bingham en el asunto Matthews, el demandante alega debe asimismo tenerse en cuenta la manera en que concretamente funciona el artículo 10. Afirma que hasta que el Ministro, ejerciendo su poder discrecional, no emitió un certificado en virtud del artículo 10, él tenía un motivo para actuar. Es la existencia de este poder discrecional la que, en su opinión, distingue su caso del asunto Z y otros y lo hace idéntico al asunto Fogarty. La potestad discrecional concedida por el artículo 10 quizás no estaba muy extendida, pero existía, y si no se ejercía persistía el motivo para actuar. De hecho, el certificado no se emitió sino nueve meses después de que se incoase el procedimiento.

107 A la luz de los documentos enviados al MOD por los veteranos de Porton Down el 7 de febrero de 2005 (apartado 72 supra) y de las alegaciones del Gobierno al respecto (apartado 115 infra), el demandante considera que lo único que procede admitir es que, como reconoce el Gobierno, el cambio en la línea de conducta del MOD en lo referente a su demanda civil no ha tenido efecto en las cuestiones o alegaciones examinadas por el Tribunal, si no es porque ha socavado el argumento del Gobierno según el cual el certificado en virtud del artículo 10 se emitía invariablemente.

108 Asimismo, el demandante rechaza la tesis, basada en la Sentencia Pellegrin previamente citada, según la cual el artículo 6 no se aplica. Señalando que el MOD no sostuvo este argumento ante la Cámara de los Lores, hace valer que los principios que se desprenden en el asunto Pellegrin no son válidos sino para los litigios «planteados por los empleados del servicio público sobre sus condiciones de servicio», tal y como lo confirmó posteriormente la Sentencia Fogarty. En la medida en que se expone que el asunto R. contra Bélgica establece una norma según la cual todo litigio entre un militar y el Ejército no se halla en el campo de aplicación del artículo 6, este argumento incompatible con la Sentencia Pellegrin, y erróneo en el principio. Si se sostuviese que la Sentencia Pellegrin enuncia una norma tan general, esta tesis sería falsa.

109 El demandante considera que la restricción que afectó a su derecho de acceso a un tribunal era desproporcionada. El High Court identificó así el fin legítimo perseguido por esta restricción: eficacia operacional y disciplina durante la formación. Ahora bien, el Parlamento consideró claramente en 1987 que ya no merecía la pena perseguir tal fin, que apenas tenía relación con la situación de una persona que se presenta voluntaria para unas pruebas, y que no existía ninguna relación lógica entre el artículo 10 y el fin que se consideraba perseguía ya que el certificado en virtud de esta disposición era amplio hasta el punto de poder aplicarse eventualmente a unas situaciones sin vínculo con dicho fin legítimo.

Incluso teniendo en cuenta la posibilidad de obtener una pensión, la restricción habría sido desproporcionada respecto al fin legítimo perseguido. Su alcance era mayor de lo necesario para lograr este fin. El sistema basado en la concesión de una pensión es manifiestamente inadaptado y constituye un precio excesivamente elevado a pagar para no tener que probar la falta. Su derogación en 1987 reconocía el carácter fundamentalmente injusto del artículo 10 de la Ley de 1947; además, un miembro del Ejército que descubra hoy una lesión corporal sufrida antes de 1987 será tratado menos favorablemente que el que haya sufrido un perjuicio similar después de 1987.

## B Los argumentos del Gobierno

110 El Gobierno se apoya en las sentencias del Tribunal de apelación y de la Cámara de los Loes en el asunto Matthews contra el Ministerio de la Defensa, evocado anteriormente. Los dos altos tribunales examinaron detalladamente la jurisprudencia del Convenio y decidieron (por unanimidad en el caso de la Cámara de los Loes) que el artículo 6 no era aplicable debido a que el artículo 10 de la Ley de 1947 era un elemento substancial de la legislación interna en materia de responsabilidad civil, que delimitaba el ámbito del derecho de carácter civil en cuestión.

111 Aunque difícil, la distinción entre disposiciones materiales y disposiciones procesales sigue siendo necesaria. Frecuentemente citado, el apartado 65 de la citada Sentencia Fayed ( TEDH 1994, 30 ) no puede invocarse para justificar que se haga caso omiso a esta distinción, y el Tribunal de apelación y la Cámara de los Loes han explicado de forma convincente por qué debe mantenerse.

Toda creación de un tipo de categoría híbrida conduciría a ampliar el ámbito del artículo 6 más allá de su campo de aplicación normal, haciendo de una disposición que garantiza unos derechos procesales una disposición que crea unos derechos materiales, lo que iría en contra del principio bien establecido según el cual el artículo 6 no se aplica sino a los derechos de carácter civil que estén, al menos de manera defendible, reconocidos en derecho interno. Además, el Gobierno considera crucial conservar el sentido de la razón de ser del artículo 6, a saber la protección contra todo lo que pueda amenazar al Estado de Derecho y la separación adecuada de poderes (ver, Sentencia Golder [ TEDH 1975, 1] , previamente citada, y la opinión de Lord Hoffman en el asunto Matthews). Una disposición que permitiese al ejecutivo ejercer un poder de apreciación de forma arbitraria para impedir que unas quejas por otro lado válidas sean resueltas por los tribunales, amenazaría el Estado de Derecho. El artículo 10 no constituye, sin embargo, ninguna amenaza de este tipo, ya que se limita a definir las circunstancias en las que un régimen de pensiones que no se basa en la culpa sustituye la posibilidad de

presentar una demanda de indemnización. Además, es fundamental analizar con precisión los derechos materiales que la legislación interna garantiza al individuo, a la luz de la evolución histórica, del contexto legislativo y de la finalidad de la disposición en cuestión (como habría hecho Lord Bingham). Esta finalidad podría ser entonces evaluada en virtud de la razón de ser del artículo 6.

112 La cuestión central es pues la de la calificación (procesal o material) a dar concretamente a la restricción en cuestión. Sería esencial partir de un análisis correcto del derecho interno, y sería necesario conceder gran respeto al análisis efectuado de la restricción por los tribunales internos superiores. Convendría asimismo no sacar conclusiones tempranas de la terminología empleada. De esta forma, la utilización de la palabra «inmunidad» no es determinante, ya que el derecho interno consagra una inmunidad de responsabilidad (limitación material) y una inmunidad diligencias judiciales (limitación procesal).

Por las razones expuestas en las sentencias dictadas en el asunto Matthews, el Gobierno considera por su parte que el artículo 10 es una restricción material. El punto de partida -que no se presta a controversia- es que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1947, el derecho consuetudinario inglés no consagraba un derecho a presentar una demanda de indemnización contra la Corona: el artículo 10 no podía pues suprimir o retirar un derecho que no existía. La Ley de 1947 creó tal derecho en su artículo 2, pero acompañándolo, en su artículo 10, de una restricción en términos de la cual la imposibilidad de solicitar indemnización seguía siendo aplicable en los asuntos relativos a los militares. En resumen, el fin perseguido por el legislador a través de la Ley de 1947 era mantener el obstáculo anterior para los militares. Tanto el artículo 2 como el artículo 10 figuran en la parte I de la Ley, titulada «Disposiciones materiales», título que refleja bien la naturaleza de esta parte, que constituye un grupo de disposiciones que enuncia los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil de la Corona. Tanto el derecho consuetudinario inglés anterior como la Ley de 1947 constituyen normas de aplicación general que establecen los límites de la responsabilidad civil en derecho interno: se expresan en el lenguaje de las normas de derecho material, y las circunstancias que excluyen todo derecho a presentar una demanda (la excepción del artículo 10 al derecho a presentar una demanda que consagra el artículo 2) son de aplicación general y son clara y expresamente enunciadas por la Ley.

Bien comprendidas en su contexto, las disposiciones relativas al certificado no permiten concluir que un derecho a acceder a un tribunal preexistente hubiese sido suprimido en beneficio de una amplia potestad discrecional del Ejecutivo. De hecho, tal derecho nunca existió y la potestad en cuestión era limitada. Sobre este último extremo, las circunstancias que implican la supresión de todo derecho a acceder a un tribunal fueron perfectamente definidas por el Parlamento [artículos 10.1 a) y 10.2 b)], el estrecho margen de apreciación previsto por las disposiciones pertinentes contrasta con el amplio margen que confiere el artículo 10.3, y la potestad discrecional se ejercía de forma uniforme y sin excepciones. El objeto de estas disposiciones previendo la emisión de un certificado no era conferir un amplio margen de apreciación que permitiese eliminar un motivo de acción existente, sino facilitar a los militares la obtención de otra forma de indemnización -una pensión- suprimiendo la necesidad de probar la existencia de una relación causa-efecto entre el perjuicio y el servicio. Si no se emitía ningún certificado, el

motivo de acción persistía, pero en virtud del artículo 2 de la Ley de 1947. En consecuencia, el procedimiento de certificación no perseguía ningún fin ni tenía ningún efecto que amenazase el estado de derecho o la separación de poderes, o que se enfrentase a la razón de ser del artículo 6.

Por estos motivos, el Gobierno sostiene que el Tribunal de apelación y la Cámara de los Lores concluyeron con mucha razón, en el asunto Matthews, que el artículo 10 era una disposición material que limitaba el ámbito del derecho de carácter civil en cuestión.

113 A título subsidiario, el Gobierno alega la no aplicabilidad del artículo 6 respecto a los principios «funcionales» enunciados en la citada Sentencia Pellegrin ( TEDH 1999, 65) (apartado 66) y aplicados en el asunto R. contra Bélgica ( núm. 33919/1996, 27 febrero 2001 [ TEDH 2001, 123] ).

114 A título más subsidiario aún, en el caso de que el artículo 6 se considerase aplicable, el Gobierno afirma que toda lesión al derecho de acceso a un tribunal del demandante sería proporcionada, teniendo en cuenta, por un lado, los riesgos, gastos y otras dificultades de que se acompaña un procedimiento incierto basado en la culpa (en el que sería particularmente difícil determinar si es justo y razonable imponer un deber de vigilancia) y, por otro lado, la certeza y la relativa eficacia de un sistema no basado en la culpa sino en las necesidades de la víctima. En 1984 incluso, la Comisión consideró que la creación de un régimen de pensiones que no se basara en la culpa constituía una solución adecuada para reemplazar el derecho a presentar una demanda por falta (ver asuntos K., Dyer y Poner, previamente citados). La circunstancia de que en 1987 el Estado decidiera que la prohibición hecha a los militares de presentar una demanda de indemnización ya no tenía razón de ser en las demandas formuladas después de esta fecha, no implica que esta prohibición fuese anteriormente inadecuada o desproporcionada.

115 Tras recibir la carta de los Veteranos de Porton Down fechada el 7 de febrero de 2005 (apartado 72 supra), el agente del Gobierno solicitó que se efectuasen de urgencia investigaciones. Al presentar dicho documento al Tribunal, el Gobierno precisó que no había sabido de la existencia de las misivas en litigio del Treasury Solicitor hasta que conoció la citada carta de 7 de febrero y que el Ministro que ocupaba el cargo en 1995 también ignoraba su existencia cuando emitió su certificado en virtud del artículo 10. El MOD tomó la decisión de principio de no «recurrir al artículo 10.1» en el marco de ciertas demandas presentadas por unos voluntarios de Porton Down, debido a que al menos algunos de los ensayos (concretamente los practicados al señor Maddison, a los que hacían referencia las cartas del Treasury Solicitor) habían sido llevados a cabo por personal civil, o bajo la dirección y el control de dicho personal, y no únicamente por militares. No se sabe con precisión quién se ocupó entonces de las pruebas efectuadas en el demandante, pero «parece que éstas fueron llevadas a cabo tanto por militares como por civiles». El MOD indicó que estaba dispuesto a considerar que al señor Roche le competía la decisión de principio anteriormente citada, pudiendo así el interesado presentar una demanda de indemnización conservando el derecho diferenciado de mantener su solicitud de pensión ante el PAT, siguiendo siendo válido, a efectos del procedimiento en cuestión, el certificado en virtud del artículo 10. El Gobierno afirma que en la época en la que se emitió el certificado, 1995, el Ministro pensaba que el artículo 10 era aplicable. Añade que hasta la reciente presentación de los dictámenes del Treasury

Socilitor, tal era asimismo la convicción de su agente. De ello concluye que es posible deducir «al menos de forma defendible» que, tras la emisión del certificado en virtud del artículo 10 (en agosto de 1995), se habría desestimado la posible acción por falta entablada por el demandante. Admite, en consecuencia, que las recientes revelaciones evocadas anteriormente no privan a las cuestiones planteadas por el demandante de su pertenencia en el terreno del artículo 6.

## C Valoración del Tribunal

### 1 Principios generales

116 El derecho de acceso a un tribunal, en el sentido del artículo 6, puesto aquí en tela de juicio fue definido en la Sentencia Golder ( TEDH 1975, 1) anteriormente citada (apartados 28-36 de esta sentencia). Haciendo referencia a los principios de la preeminencia del derecho y de la prohibición de todo derecho arbitrario que subtiende en gran parte el Convenio, el Tribunal concluyó que el derecho de acceso a un tribunal era un elemento inherente a las garantías consagradas por el artículo 6. De esta forma, el artículo 6.1 garantiza a cada uno el derecho de que un tribunal decida los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (ver, más recientemente, Sentencia Z y otros [ TEDH 2001, 332] previamente citada, ap. 91).

117 El artículo 6.1 no asegura, sin embargo, a los «derechos» (de carácter civil) ningún contenido material determinado en el orden jurídico de los Estados Contratantes: el Tribunal no puede crear, por la vía de la interpretación del artículo 6.1, un derecho material sin base legal alguna en el Estado en cuestión ( Sentencia Fayed [ TEDH 1994, 30] , ap. 65). Sus garantías no son válidas sino para los derechos que estén, al menos de manera defendible, reconocidos en derecho interno (ver Sentencias James y otros contra Reino Unido de 21 febrero 1986 [ TEDH 1986, 2] , serie A núm. 98, Z. y otros [ TEDH 2001, 332] , previamente citada, ap. 81 y las anteriormente citadas en este caso, así como McElhinney contra Irlanda [ TEDH 2001, 761] [GS], núm. 31253/1996, ap. 23, TEDH 2001-XI [extractos]).

118 El demandante señala que existe cierta tensión entre, de un lado, el principio anteriormente mencionado y, de otro, el carácter autónomo que el Tribunal atribuye desde siempre a la noción de «derechos y obligaciones de carácter civil». A este respecto, vuelve a poner en tela de juicio la distinción entre una restricción que delimita el contenido material propiamente dicho del derecho de carácter civil en litigio, a la que no se aplican las garantías del artículo 6.1 ( Sentencia Powell y Rayner contra Reino Unido de 21 febrero 1990 [ TEDH 1990, 4] , serie A núm. 172, ap. 36 y Z. y otros [ TEDH 2001, 332] , previamente citada, ap. 100), y una restricción que constituye un obstáculo procesal que impide se sometan a un tribunal unas demandas potenciales, a la que el artículo 6 puede aplicarse en cierta medida ( Sentencias Tinnelly & Sons Ltd y otros [ TEDH 1998, 29] y McElduff y otros contra Reino Unido, ap. 62; Al-Adsani contra Reino Unido [ TEDH 2001, 763] [GS], núm. 35763/1997, aps. 48-49, TEDH 2001-XI; Fogarty contra Reino Unido [ TEDH 2001, 762] , ap. 26; y McElhinney contra Irlanda [ TEDH 2001, 761] , ap. 25). El demandante estima que no ha lugar a mantener esta distinción (se basa en las decisiones anteriormente mencionadas de la Comisión en los asuntos Ketterick, Pinder y Dyer, así como en el apartado 65 de la Sentencia Fayed [ TEDH 1994,

30] , citado en el apartado 25 de la Sentencia Fogarty [ TEDH 2001, 762] ); en su opinión, toda restricción debe someterse al criterio de la proporcionalidad, ya que no se puede tolerar que los tribunales estén bajo la influencia de un poder y un control arbitrarios por parte del Ejecutivo.

119 El Tribunal no puede suscribir estos argumentos del demandante. No ve ninguna incompatibilidad entre el carácter autónomo de la calificación «de carácter civil» (ver Sentencias König contra Alemania de 28 junio 1978 [ TEDH 1978, 4] , serie A núm. 27, ap. 89 y, más recientemente, Ferrazzini contra Italia [ TEDH 2001, 466] [GS], núm. 44759/1998, aps. 24-31, TEDH 2001-VII) y la exigencia según la cual el demandante debe poder pretender que un «derecho» esté, al menos de manera defendible, reconocido en derecho interno ( Sentencias James y otros [ TEDH 1986, 2] ], previamente citada, ap. 81; Lithgow y otros contra Reino Unido de 8 julio 1986 [ TEDH 1986, 7] , serie A núm. 102, ap. 192; y los Santos Monasterios contra Grecia de 9 diciembre 1994 [ TEDH 1994, 49] , serie A núm. 301-A, ap. 80). Además, las decisiones de la Comisión en los asuntos Ketterick, Pinder y Dyer deben leerse a la luz, concretamente, de la Sentencia Z. y otros ( TEDH 2001, 332) (anteriormente citada), en particular de la afirmación que el Tribunal hace en ella de la necesidad de mantener la distinción entre lo que es de orden procesal y lo que es de orden material; por muy sutil que sea en un momento dado, esta distinción determina, sin embargo, la aplicabilidad y, sí procede, el alcance de las garantías del artículo 6 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) . Por estas dos razones, el Tribunal recuerda el principio fundamental según el cual el artículo 6 no asegura en sí mismo ningún contenido material determinado en el orden jurídico de los Estados Contratantes (ver, entre otras, Sentencia Z. y otros, previamente citada, ap. 87).

En opinión del Tribunal, ninguna implicación contraria puede fundamentarse en el apartado 67 de la Sentencia Fayed ( TEDH 1994, 30) . El hecho de que las circunstancias y las quejas de una causa puedan hacer inútil el establecimiento de una distinción entre limitaciones materiales y barreras procesales (ver, por ejemplo, Sentencia A. contra Reino Unido [ JUR 2003, 50513] , núm. 35373/1997, ap. 65, TEDH 2002-X) no incide en el ámbito del artículo 6 del Convenio, el cual, en principio, no puede aplicarse a las limitaciones materiales de un derecho consagrado por la legislación interna.

120 Por tanto, para apreciar si existe un «derecho» de carácter civil y determinar cuál es la calificación (material o procesal) a dar a la restricción en cuestión, hay que tomar como punto de partida las disposiciones de la legislación interna aplicable y la interpretación que de ella hacen los tribunales internos ( Sentencia Masson y Van Zon contra Países Bajos de 28 septiembre 1995 [ TEDH 1995, 32] , serie A núm. 327-A, ap. 49). Cuando, además, los tribunales superiores han analizado de forma completa y convincente el carácter preciso de la restricción en litigio, basándose en la jurisprudencia aplicable del Convenio y en los principios que de él se desprenden, el Tribunal debe tener motivos muy serios para defender la opinión contraria a estos tribunales sustituyendo sus propios puntos de vista sobre una cuestión de interpretación de la legislación interna (Sentencia Z. y otros, previamente citada, ap. 101) y juzgando, al contrario que ellos, que la persona afectada podía pretender de forma defendible que poseía un derecho reconocido por la legislación interna.

121 Por último, en esta valoración, es necesario, más allá de las apariencias y del vocabulario empleado, dedicarse a circunscribir la realidad ( Sentencia Van Droogenbroeck contra Bélgica de 24 junio 1982 [ TEDH 1982, 3] , serie A núm. 50, ap. 38). El Tribunal no debe dejarse influir indebidamente por las técnicas legislativas empleadas ( Sentencia Fayed previamente citada [ TEDH 1994, 30] , ap. 67) o por la manera en el que la legislación interna califica la restricción en cuestión: como señala el Gobierno, el término frecuente de «inmunidad» designa ya una «exoneración de responsabilidad» (en principio, se trata de una limitación material), ya una «inmunidad de diligencias judiciales» (que sugiere una limitación procesal).

## 2 Aplicación al presente caso

122 El Tribunal toma pues como punto de partida el análisis del artículo 10 de la Ley de 1947 efectuado por la Cámara de los Lores en el asunto Matthews evocado anteriormente y las conclusiones formuladas por el Alto Tribunal a propósito de esta disposición.

Basándose en el contexto histórico, el texto y el objetivo de la Ley de 1947, concretamente de sus artículos 2 y 10, la Cámara de los Lores concluyó que el artículo 10 no tenía como fin conceder a los militares ningún derecho material a presentar una demanda de indemnización contra la Corona, sino que mantenía la ausencia (no discutida) de responsabilidad civil de la Corona frente a los militares en las circunstancias citadas en sus propias disposiciones. Los Lores precisaron que con anterioridad a 1947 nadie tenía derecho a presentar una demanda de indemnización contra la Corona. La costumbre según la cual «el rey no puede hacer daño» significa que en derecho consuetudinario inglés no podía comprometerse la responsabilidad de la Corona. Aunque el artículo 2 de la Ley de 1947 instauró un derecho a ejercitar una acción de responsabilidad contra la Corona, fue sometido expresamente a las disposiciones del artículo 10 de la misma Ley. Éste (que al igual que el artículo 2 pertenece a la parte titulada «Disposiciones materiales» - ver la opinión de Lord Hope en el asunto Matthews en el apartado 94 supra) disponía que ningún acto u omisión por parte de un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona en el ejercicio de sus funciones podía comprometer su responsabilidad civil ni la de la Corona en caso de lesiones corporales sufridas por otro miembro de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, el artículo 10 no sustrae a la competencia de los tribunales internos una categoría de acciones previamente reconocida, ni establece una exoneración de responsabilidad respecto a dicha categoría: tal categoría de acciones nunca ha existido ni ha sido creada por la Ley de 1947. La Cámara de los Lores consideró, por lo tanto, que el artículo 10 constituía una disposición de derecho material que delimitaba los derechos de los militares en materia de demandas de indemnización contra la Corona y que, por otro lado, sustituía, mediante disposiciones de derecho material, un sistema de pensiones no basado en la culpa por un sistema que subordinaba la indemnización de las lesiones corporales sufridas durante el servicio al éxito de la acción de responsabilidad.

123 En cuanto a la cuestión de si existen serios motivos para apartarse de esta conclusión, el demandante sostiene en esencia que el certificado emitido por el Ministro en virtud del artículo 10 operaba como una restricción procesal que le impedía ejercitar un derecho a proceder judicialmente del que gozaba en virtud de la Ley de 1947 a partir

del momento en que había sufrido un perjuicio importante. El Tribunal no puede admitir este argumento. Considera que el artículo 10 debe interpretarse en su contexto y teniendo en cuenta la intención y la finalidad que perseguía el legislador. Tal y como explicaron detalladamente los Lores Bingham y Hope en el asunto Matthews, el objeto del procedimiento de certificación instaurado por el artículo 10.1 b) no era modificar la idea principal del artículo 10 en su redacción inicial -a saber excluir totalmente la responsabilidad de la Corona-, sino facilitar la concesión de una pensión a un militar víctima de una lesión corporal exonerándole de la obligación de probar la imputabilidad del daño al servicio.

Asimismo, Lord Bingham subrayó que la «realidad concreta» era la siguiente: el «objetivo manifiesto» era que el certificado en virtud del artículo 10 se emitiera una vez cumplidas las condiciones aplicables; precisó que ésta había sido la práctica uniforme e invariable de los ministros que se habían sucedido a lo largo de cuarenta años, de modo que cualquier profesional habría dicho al señor Matthews que forzosamente se emitiría un certificado (ver también la opinión de Lord Walker en el asunto Matthews, apartado 92 supra). La estrechez del margen de apreciación que confiere el artículo 10.1 b) contrastaba con la amplitud del previsto en el artículo 10.3 de la Ley de 1947. Por los motivos expuestos en el apartado 126 infra, el hecho de que el Ministro decidiese en adelante no volver a «recurrir al artículo 10.2» en relación al demandante, no cambia nada esta conclusión en lo que atañe a la estrechez del margen de apreciación de que disponía el Ministro.

El Tribunal considera que este poder discrecional concedido al Ministro por el artículo 10 es fundamentalmente diferente de la libertad sin trabas de que dispone un gobierno extranjero (cuestión sobre la que el Tribunal fue llamado a pronunciarse en el asunto Fogarty [ TEDH 2001, 762] ) a no renunciar a la inmunidad de Estado e impedir así que una demanda fundamentada asimismo en la legislación interna- sea examinada por un tribunal interno.

Igualmente, conviene distinguir el procedimiento de certificación previsto por el artículo 10 del procedimiento examinado por el Tribunal en el asunto Tinnelly ( TEDH 1998, 29) . En éste, la Ley de 1976 sobre la igualdad en materia de empleo en Irlanda del Norte reconocía claramente el derecho a solicitar reparación de una discriminación religiosa ocurrida en el contexto de una licitación para un contrato público; el artículo 42 de la misma Ley no perseguía crear una derogación para los casos en los que el Parlamento -al aprobar un texto- hubiese considerado justificada la discriminación, sino permitir al Ministro, mediante la emisión de un certificado que constituye prueba irrefutable y en términos del cual la medida en litigio se había tomado a efectos de proteger la seguridad nacional, obstaculizar un procedimiento judicial que, por otro lado, habría estado justificado. Como dijo Lord Hoffmann en el asunto Matthews, el artículo 10 no crea las condiciones de tal injerencia del Ejecutivo en el ámbito judicial. El presente caso tiene su origen en el hecho de que el Parlamento decidiese en 1947 que en caso de lesión corporal imputable al servicio sufrida por un militar, no habría derecho a proceder judicialmente, sino a un régimen de pensiones no basado en la culpa, debiendo servir el certificado del Ministro únicamente para confirmar la imputabilidad de la lesión corporal al servicio, a facilitar pues el acceso a este régimen.

124 En consecuencia, el Tribunal no ve motivo alguno para apartarse de la conclusión unánime del Tribunal de apelación y de la Cámara de los Lores relativa al efecto en derecho interno del artículo 10. Considera que la restricción en litigio deriva de los principios que rigen el derecho material a demandar en la legislación interna ( Sentencia Z. y otros [ TEDH 2001, 332] , previamente citada, ap. 100). En estas condiciones, el derecho interno no reconocía al demandante un «derecho» (de carácter civil) que hiciese aplicar el artículo 6.1 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) ( Sentencia Powell y Rayner contra Reino Unido [ TEDH 1990, 4] , previamente citada, ap. 36).

Por lo tanto, no procede examinar también las alegaciones de las partes sobre la proporcionalidad de la restricción en cuestión. Asimismo, no procede estudiar el argumento del Gobierno según el cual el artículo 6 es inaplicable en virtud de las Sentencias Pellegrin ( TEDH 1999, 65) y R. contra Bélgica ( TEDH 2001, 123) anteriormente mencionadas.

125 El Tribunal concluye que el artículo 6 no es aplicable y, en consecuencia, no ha sido violado.

126 Por último, el Tribunal toma nota de las alegaciones de las partes en cuanto al reciente descubrimiento de las notas redactadas por el Treasury Solicitor en 1953 sobre un individuo que había participado en los ensayos (apartados 72, 107 y 115 supra). El hecho de que el Ministro haya decidido no volver a «recurrir al artículo 10.1» en ninguna demanda del señor Roche no cambia en nada la conclusión anterior relativa al artículo 10 en la causa del interesado. Esta decisión tiene simplemente por efecto disipar a favor del demandante una duda surgida recientemente (que no había sido objeto de comentarios por parte del demandante y que quedaba sin respuesta) sobre la cuestión de si el interesado pertenecía de hecho a una categoría de personas afectada por las disposiciones del artículo 10. Además, no es válida sino en un futuro, ya que el Gobierno ha confirmado que el certificado emitido en virtud del artículo 10 sigue siendo válido a efectos del procedimiento en curso ante el PAT.

El Tribunal volverá sin embargo sobre estas alegaciones en el marco del artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) (ver infra).

## II Sobre la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio

127 El demandante alega que el artículo 10 de la Ley de 1947 también vulneró su derecho al respeto de sus bienes, garantizado por el artículo 1 del Protocolo núm. 1 ( RCL 1999, 1190, 1572) , cuyo pasaje aplicable dispone:

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

(...)».

128 Por los motivos expuestos desde el punto de vista del artículo 6, el demandante alega que hasta la emisión por el Ministro de un certificado en virtud del artículo 10, él

poseía un «bien» -una demanda por negligencia contra el MOD- habiéndole privado del mismo dicho certificado de forma injustificada ( Sentencia Presos Compañía Naviera, SA y otros contra Bélgica de 20 noviembre 1995 [ TEDH 1995, 45] , serie A núm. 332, ap. 31). El Gobierno señala que si el artículo 1 del Protocolo núm. 1 asimila a un bien una causa de demanda establecida, cualquier acción de responsabilidad que hubiese deseado ejercitar el señor Roche ha estado siempre subordinada al artículo 10 de la Ley de 1947 y ha tenido siempre un carácter revocable. No habría habido pues injerencia en los derechos del demandante derivados del artículo 1 del Protocolo núm. 1 ( RCL 1999, 1190, 1572) . De hecho, el señor Matthews (asunto Matthews contra Ministro de Defensa previamente citado) no defendió este argumento ante la Cámara de los Loes.

129 El Tribunal recuerda que un interés patrimonial de la categoría del crédito únicamente puede ser considerado un bien cuando tiene una base suficiente en Derecho interno, por ejemplo, cuando está confirmado por una jurisprudencia bien establecida de los tribunales ( Sentencia Kopecký contra Eslovaquia [ JUR 2003, 13841] [GS], núm. 44912/1998, ap. 52, TEDH 2004-IX). El demandante sostiene que tenía un «bien», formulando los mismos argumentos que los ya enunciados en apoyo de su tesis según la cual tenía un «derecho de carácter civil» en el sentido del artículo 6.1. Por los motivos anteriormente expuestos a propósito del artículo 6.1 (apartados 122-124 supra), el Tribunal considera que el crédito alegado carecía de fundamento en derecho interno. El demandante no tenía un «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 ( RCL 1999, 1190, 1572) , de forma que las garantías de esta disposición no son aplicables.

130 En consecuencia, no ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) .

III Sobre la violación del artículo 14 en relación con el artículo 6 y el artículo 1 del protocolo núm. 1

131 Invocando el artículo 14 (en relación con el artículo 6 del Convenio [ RCL 1999, 1190, 1572] y el artículo 1 del Protocolo núm. 1), el demandante denuncia el carácter discriminatorio, en su opinión, de la Ley de 1947. El artículo 14 dispone:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

132 El demandante sostiene que, por los motivos expuestos anteriormente en el terreno del artículo 6 del Convenio y del artículo 1 del Protocolo núm. 1 ( RCL 1999, 1190, 1572) , los hechos de la causa dependen del campo de aplicación de estas disposiciones. Considera haber sufrido un trato menos favorable que otras personas en una situación análoga a la suya; cita por ejemplo a los asalariados lesionados como consecuencia de una negligencia o de una imprevisión de sus empleadores y, a título subsidiario, el de los militares lesionados por actividades posteriores a 1987. Por iguales razones que las que le han llevado a encontrar injustificada la vulneración de su derecho de acceso a un tribunal, considera que esta diferencia de trato es desproporcionada. El Gobierno alega lo contrario.

133 Teniendo en cuenta sus conclusiones (apartados 124 y 129 supra) según las cuales el demandante no tenía «un derecho de carácter civil» en el sentido del artículo 6.1 ni un «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 ( RCL 1999, 1190, 1572) , no siendo aplicable ninguna de estas dos disposiciones, el Tribunal considera que el artículo 14 tampoco es aplicable (ver, entre otras, Sentencia Petrovic contra Austria de 27 marzo 1998 [ TEDH 1998, 66] , Repertorio 1998-II, pg. 585, ap. 22).

134 En consecuencia, no ha habido violación del artículo 14 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) .

IV Sobre la violación del artículo 13 en relación con el artículo 6 y/o el artículo 1 del protocolo núm. 1

135 Desde el punto de vista del artículo 13 en relación con el artículo 6 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 ( RCL 1999, 1190, 1572) , el demandante se queja de no haber dispuesto de ningún recurso efectivo para corregir la prohibición, ilegal en su opinión, de interponer una demanda o, a título subsidiario, la privación ilegal de propiedad que sufrió.

136 El Gobierno sostiene por su parte que el demandante no ha formulado ninguna queja defendible de violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 ( RCL 1999, 1190, 1572) y, por consiguiente, ninguna queja defendible de violación del artículo 13 del Convenio, que dice así:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

137 El Tribunal señala que las quejas del demandante en el terreno del artículo 6 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) y del artículo 1 del Protocolo núm. 1 aluden claramente a las disposiciones del artículo 10 de la Ley de 1947. Recuerda, a este respecto, que el artículo 13 no llega a exigir un recurso por el que se pueda denunciar, ante una autoridad interna, las Leyes de un Estado Contratantes contrarias como tales al Convenio ( Sentencia James y otros [ TEDH 1986, 2] , previamente citada, ap. 85).

138 En consecuencia, no ha habido violación del artículo 13 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) .

V Sobre la violación del artículo 8 del convenio

139 El demandante se queja de haber tenido un acceso insuficiente a las informaciones relativas a las pruebas que se le practicaron en Porton Down. Considera que la posibilidad para él de acceder a estas informaciones al objeto de atenuar su temor en cuanto a las pruebas presenta un vínculo suficiente con su vida privada y familiar para plantear una cuestión en virtud del artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) , que dispone:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

#### A Argumentos del demandante

140 El demandante sostiene, a título principal, que al no proporcionarle algunas informaciones relativas a su participación en las pruebas, el Estado faltó a la obligación positiva que le correspondía de respetar su vida privada y familiar.

141 Invocando esencialmente las Sentencias dictadas por el Tribunal en los asuntos Gaskin contra Reino Unido ( 7 julio 1989 [ TEDH 1989, 16] , serie A núm. 160), Guerra y otros contra Italia ( 19 febrero 1998 [ TEDH 1998, 2] , Repertorio 1998-I) y McGinLey y Egan [ TEDH 1998, 25] (previamente citada), considera que poseía en virtud del artículo 8 un derecho a obtener informaciones que le permitiesen comprender los riesgos y peligros a los que había sido expuesto y reaccionar a los mismos. El Estado tiene al respecto una obligación autónoma (no ligada a ningún proceso judicial u otro) de proporcionar a un individuo un medio «efectivo» y «accesible» de «solicitar la comunicación del conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas». La necesidad para él de tener información y disponer de un medio para obtenerla surgió en 1987, cuando comenzó a solicitar la comunicación de los historiales que le afectaban, es decir, mucho antes de su apelación ante el Comité de recursos de pensiones ( Pensions Appeal Tribunal- el «PAT») y al margen de dicha apelación. En todo caso, sería absurdo asociar la obligación positiva al procedimiento ante el PAT: ello equivaldría en efecto a obligar a una persona (tanto si tiene derecho o no a una pensión, o esté interesada o no en una pensión) a entablar un procedimiento contencioso y, concretamente, a solicitar una pensión y/o amenazar con interponer una demanda en virtud del artículo 2 de la Ley de 1947; a esperar que se le deniegue su solicitud de pensión en primera instancia para poder así apelar ante el PAT; y una vez ante el PAT, asumir la carga de la prueba y demostrar la pertinencia de los documentos para las cuestiones a resolver, antes de poder obtener una mandamiento de divulgación en virtud del artículo 6 del Reglamento del PAT. Esta disposición está concebida para los procedimientos contenciosos y no para el apaciguamiento de temores mediante la comunicación de informaciones: en el asunto McGinLey y Egan los demandantes no invocaron un derecho general a la información, de forma que su caso es diferente en el plano de los hechos.

142 El demandante considera que el Estado no ha garantizado su derecho a un procedimiento efectivo o accesible que le permita obtener las informaciones necesarias.

143 Con anterioridad a la entrada en vigor del dispositivo de 1998 (apartado 69 supra) y su apelación ante el PAT, luchó, al margen de todo procedimiento contencioso, para obtener las informaciones en cuestión. Las primeras informaciones divulgadas se enviaron a su médico bajo «secreto médico», de forma que ni él mismo pudo conocerlas hasta 1994. De todas formas, no fueron de ninguna utilidad ya que contenían errores,

eran incompletas (no mencionaban las pruebas sobre el gas mostaza) y no iban acompañadas de documentos oficiales. Por vías extraordinarias, el demandante obtuvo en diciembre de 1997 y en marzo de 1998 la divulgación de informaciones interesantes que tenían también ciertas lagunas y, en consecuencia, no eran susceptibles de representar «el conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas»: no se mencionaban las pruebas de 1962 y no se decía nada acerca de las pruebas sobre el gas mostaza practicadas en 1963, la autoridad divulgadora reconocía el carácter poco riguroso de los criterios que regían la constitución de los historiales (en la época) y su conservación (posteriormente), afirmaba que ya no quedaba nada por divulgar, cuando evidentemente no era así ya que ulteriormente se comunicaron otras piezas y finalmente una carta de diciembre de 1997 que contenía afirmaciones no apoyadas por los documentos oficiales.

144 El dispositivo aprobado en 1998 no aportó ningún remedio a esto ni constituyó en sí mismo un medio adecuado de obtener informaciones. Se puso en marcha más de diez años después de que el demandante hubiese comenzado a buscar información y tras la presentación de la presente demanda. Las palabras tranquilizadoras contenidas en el folleto informativo no son convincentes ya que no se basan en ningún estudio epidemiológico; además, este folleto se limita a prometer un resumen de los historiales y a señalar la posibilidad para los interesados de acudir a Porton Down para consultar los archivos. En realidad, el dispositivo de 1998 no hace sino confirmar que no existe ningún medio adecuado y efectivo de obtener información.

145 El procedimiento entablado posteriormente sobre la base del artículo 6 tampoco remedió esta falta anterior de información; pesado, complejo y largo no es de todos modos efectivo ni accesible ya que no permite obtener sino una divulgación incompleta y a cuentagotas (la última comunicación de información data de abril de 2005).

Este procedimiento puede ser sometido a condiciones y restricciones que decide el presidente del PAT, no habilitando a este último el artículo 6 a ordenar la divulgación sino en los casos en los que es probable que [las informaciones] tenga[n] un interés para una cuestión a resolver en el marco del recurso. Además, no es sometido a ningún control efectivo: no prevé ningún plazo para la divulgación, que puede aplazarse en el tiempo. El procedimiento seguido en este caso conoció dilaciones importantes. El demandante reconoce al respecto una parte de responsabilidad e indica las razones por las que tardó en responder a la carta del PAT de 25 de julio de 2001 y en solicitar el aplazamiento de la vista de octubre de 2002. Considera, sin embargo, que estos retrasos no puede en ningún caso explicar la totalidad del retraso acusado por el procedimiento: el MOD continuó divulgando documentos tras la vista, y el aplazamiento de ésta también es imputable a la VA, que no estaba preparada a la confusión excusable que reinaba en cuanto al alcance del recurso y a la necesidad de formular unas preguntas complementarias al doctor H. La ausencia de toda posibilidad de hacer controlar el fundamento de la certificación del MOD según la cual algunas piezas eran «actas o notas de servicio» no divulgables y el poder del que gozaban las autoridades de negar la comunicación de documentos por motivos referentes a la «seguridad nacional» llevaron a la imposibilidad para el procedimiento entablado en virtud del artículo 6 de cumplir con la obligación positiva prevista en el artículo 8. El procedimiento en cuestión estuvo lleno de errores, de declaraciones contradictorias y de confesiones según las cuales algunos documentos habían desaparecido; en resumen, el proceso de divulgación no permitió

sino obtener informaciones incompletas. Si los señores McGinLey y Egan hubiesen hecho uso del procedimiento previsto en el artículo 6, el Tribunal no habría podido concluir en su sentencia que esta vía no permitía ni en principio ni en la práctica cumplir con la obligación positiva de ofrecer un medio accesible y efectivo de obtener informaciones.

146 El demandante afirma asimismo que no se le transmitieron todas las «informaciones pertinentes y apropiadas». Al margen de la conclusión que puede extraerse de la combinación del carácter fraccionado de la divulgación efectuada hasta hoy y de la afirmación no fundamentada (y contradicha posteriormente) según la cual todas las informaciones que podían ser divulgadas lo habían sido, dos elementos atestiguarían que no se le comunicaron todos los documentos pertinentes y apropiados.

En primer lugar, se produjeron en la constitución y el mantenimiento de los historiales unas lagunas inaceptables que hacían de entrada imposible el cumplimiento de la obligación positiva prevista en el artículo 8. En segundo lugar, hasta una época reciente, el Gobierno se ha negado a efectuar un estudio de seguimiento a largo plazo, única manera eficaz de facilitar información. Al demandante no le convencen los argumentos y la conclusión que figuran en el informe sobre la factibilidad de un estudio de este tipo (apartado 55 supra); en cuanto a la evaluación emprendida recientemente (apartado 70 supra) sigue sin haber finalizado y plantea además la cuestión de saber por qué no se ha llevado a cabo anteriormente.

147 En cuanto a la proporcionalidad de la actitud del Estado, el demandante señala que el Gobierno no alega los imperativos de la seguridad nacional sino una justificación más limitada, a saber «el secreto médico». Admite que una no divulgación así motivada puede corresponder a un fin legítimo (el interés de los profesionales sanitarios que mantienen los historiales médicos y, por ende, el interés de los pacientes), pero duda de que estas consideraciones puedan aplicarse en el presente caso, desde el momento en que las únicas personas que tenían algo que ganar si los científicos de Porton Down se expresaban libremente eran los propios científicos. En todo caso, el argumento del secreto médico ha sido abandonado no solamente de forma general (en 1991, con la entrada en vigor de la Ley de 1990 sobre el acceso a los historiales médicos), sino también de forma específica (con la adopción del dispositivo de 1998) para los ex participantes en las pruebas de Porton Down. La invocación de este argumento para rechazar la divulgación completa es evidentemente desproporcionada teniendo en cuenta los elementos siguientes: la extrema importancia de las informaciones para el demandante; la poca consistencia de las que le fueron comunicadas y su divulgación a cuentagotas; la necesidad de disponer de documentos reales e incluso originales para poder evaluar correctamente el riesgo; la angustia y el estrés provocados por la falta de tal apreciación del riesgo: el hecho de que las pruebas se efectuasen en secreto, que se prohibiese a los participantes hablar de ello y que no hubiese garantía alguna contra los abusos; el carácter tóxico y peligroso de las sustancias a las que expusieron a los participantes; por último, la ausencia de un estudio adecuado de seguimiento que permitiese sacar unas conclusiones que aclarasen las cosas -en un sentido o en otro- en la mente de los ex participantes.

148 Basándose en los argumentos jurídicos precisos y en los incumplimientos expuestos en el marco de sus alegaciones principales en el terreno del artículo 8, el demandante presenta a título subsidiario dos argumentos de carácter secundario.

En primer lugar, sostiene que los procedimientos y protocolos relativos a las pruebas no cumplían con las exigencias procesales inherentes al respeto de la vida privada y que, en consecuencia, el Gobierno no ha protegido suficientemente sus intereses en virtud del artículo 8 ( Sentencias W. contra Reino Unido de 8 julio 1987 [ TEDH 1987, 13] , serie A núm. 121, y McMichael contra Reino Unido de 24 febrero 1995 [ TEDH 1995, 9] , serie A núm. 307-B).

En segundo lugar, reprocha al Gobierno no haber efectuado una encuesta o investigación adecuada -o, subsidiariamente, no haber establecido un sistema apropiado que permitiese efectuar tal encuesta e investigación- sobre los riesgos potenciales a los que se había decidido someterle, y no haber garantizado así sus derechos en virtud del artículo 8. Al igual que los artículos 2 y 3 ( Sentencias McCann y otros contra Reino Unido de 27 septiembre 1995 [ TEDH 1995, 30] , serie A núm. 324, Hugo Jordan contra Reino Unido [ TEDH 2001, 330] , núm. 24746/1994, TEDH 2001-III (extractos), Paul y Autrey Edwards contra Reino Unido [ TEDH 2002, 13] , núm. 46477/1999, TEDH 2002-II, y Menson contra Reino Unido [dec], núm. 47916/1999, TEDH 2003-V), el artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) implica la obligación de investigación.

#### B Argumentos del Gobierno

149 Precisando que nada demuestra, en su opinión, que las pruebas tuviesen un efecto negativo en la salud del demandante, el Gobierno señala que para él la mejor forma de responder a la queja del interesado es declarar, al igual que hizo el Tribunal en la Sentencia McGinLey y Egan ( TEDH 1998, 25) previamente citada, que mediante el procedimiento previsto en el artículo 6 se ha cumplido con la obligación positiva que deriva del artículo 8 de establecer un procedimiento efectivo y accesible que permite obtener el conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas. Se trataría de una conclusión de principio, más bien confirmada que puesta en tela de juicio por los hechos de la causa.

150 Se ha demostrado que este procedimiento era accesible al demandante, que por otro lado lo invocó y utilizó con éxito. Siempre estuvo a su disposición a partir del momento -hacia finales de los años 80- en que aparecieron las afecciones por las que solicitaba una pensión. El interesado esperó a noviembre de 1998 para interponer un recurso ante el PAT y a julio de 1999 para solicitar el beneficio del procedimiento del artículo 6. Por tanto, el período anterior a julio de 1999 no debe tenerse en cuenta en la apreciación de la accesibilidad (o, ni que decir tiene, de la efectividad) de este procedimiento. Además, en el caso en que el estudio de epidemiología llevado a cabo actualmente por el Estado proporcionase unos elementos que apoyasen la tesis del demandante, éste podría presentar una nueva solicitud de pensión.

151 En opinión del Gobierno, el procedimiento en cuestión podía asimismo asegurar de forma eficaz -y los hechos los demuestran- la presentación en un plazo razonable de los documentos que interesaban al demandante.

152 Este procedimiento es efectivo en principio ya que permite la divulgación de documentos correspondientes directamente a la obligación positiva asumida en virtud del artículo 8. La no divulgación de ciertos documentos por motivos aferentes a la seguridad nacional o al interés público no disminuye en nada su efectividad y es compatible con el Convenio, ya que permite establecer un equilibrio entre los intereses que concurren e incluye unas garantías legales (inscritas en el propio texto del artículo 6). El procedimiento del artículo 6 no sufre ni retrasos sistemáticos ni una «falta de control».

Este procedimiento fue además, en este caso, efectivo. A instancias del demandante, el presidente del PAT emitió, en virtud del artículo 6, un mandamiento indicando simplemente y de forma general las categorías de documentos que debían ser divulgados. El Ministro cumplió el mandato sin demora y de forma exhaustiva, mostrándose claramente dispuesto a llevar a cabo investigaciones profundas y de gran alcance al objeto de poder divulgar el mayor número posible de documentos. Se comunicó un amplio abanico de documentos referentes a las pruebas: ninguna pieza importante fue apartada por razones de seguridad nacional. El demandante no formuló ante el PAT ninguna otra solicitud de divulgación de información basada en el artículo 6.

153 Parte del retraso en litigio puede sin duda imputarse al Estado en el período posterior a julio de 1999, pero la efectividad del procedimiento no disminuyó nada por ello y nada indica de forma tangible que se hubiesen lesionado los intereses del demandante. El interesado recibió los «documentos en respuesta» mucho antes de la vista ante el PAT y pudo hacer uso de ellos de la forma que estimó apropiada. El retraso con el que se transmitieron los documentos de la quinta categoría (apartados 53 y 55 supra) no tiene nada de sorprendente a la vista de la magnitud de esta categoría, el imperativo de exhaustividad que acompañaba al mandamiento, el tiempo transcurrido desde las pruebas y la «necesidad de examinar cuestiones serias de clasificación». Además, cualquier demora imputable a las autoridades debe sopesarse con los retrasos imputables al demandante: éste no invocó el artículo 6 hasta julio de 1999, si bien podía haberse aprovechado de este artículo ya a finales de los años 80, período en que comenzó su solicitud de documentos; además, el interesado ha sembrado la confusión - provocado pues retrasos- en cuanto al alcance de su recurso ante el PAT. En cuanto a los retrasos acusados tras la carta del Ministro de 6 de julio de 2001, son evidentemente imputables únicamente al demandante. Asimismo, al margen de la obligación de finalizar el procedimiento ante el PAT dentro de un plazo razonable, el tiempo no constituyó un factor sensible como, por ejemplo, en el caso de las medidas preventivas puestas en tela de juicio en el asunto Guerra previamente citado.

En lo concerniente a la divulgación por etapas, ello no es nada sorprendente (vista la magnitud de la categoría de la que dependían los documentos requeridos, la antigüedad de los mismos y el número de controles necesarios) y es preferible a la opción consistente en apartar los documentos hallados en espera de que se hayan reunido todos. En la medida en que el demandante alega que la documentación comunicada es incompleta, el Gobierno señala que, al igual que en el asunto McGinLey y Egan ( TEDH 1998, 25) , el Estado no debe ser considerado responsable de un presunto incumplimiento de crear o mantener unos historiales durante un período anterior a 1966, fecha del reconocimiento del derecho al recurso individual. En cuanto a la queja relativa a la negativa a llevar a cabo un estudio de seguimiento, el Gobierno afirma que no había

ninguna obligación positiva en este sentido, que en ningún caso tal obligación podía surgir ni nada probaba de forma indiscutible la existencia de un problema concreto, y que en todo caso se había efectuado un estudio epidemiológico al objeto de apaciguar los temores de los militares.

154 En lo referente, por último, a las respuestas de orden médico dadas en 1987 y en 1989, a los encuentros y a la correspondencia de 1997 con el Ministro, el dispositivo de 1998 y el estudio epidemiológico en curso, el Gobierno llega a la conclusión de que el demandante tuvo acceso a todas las informaciones pertinentes.

## C Valoración del Tribunal

### 1 Aplicabilidad del artículo 8

155 Pese a las constataciones del PAT, el Gobierno no se ha pronunciado de forma categórica sobre la participación o no del demandante en los experimentos de 1962. El Tribunal considera que no procede en este caso resolver la controversia, ya que en todo caso se admite que el interesado acudió en 1963 al establecimiento de defensa química y biológica de Porton Down para participar en las pruebas de gas mostaza y gas neurotóxico al personal de las Fuerzas Armadas.

En el marco de estas pruebas, descritas en los apartados 15 y 16 supra, el demandante fue expuesto a pequeñas dosis de estos dos agentes a efectos de investigación. En cuanto al gas mostaza, el PAT concluyó expresamente que el objetivo de los ensayos era probar la eficacia de la ropa militar en caso de exposición (ver las constataciones del PAT en el apartado 63 supra); en lo concerniente al experimento consistente en hacer inhalar gas neurotóxico, parece que su objetivo era probar la reacción del personal militar a este agente. Incluso admitiendo las aclaraciones del Gobierno a propósito del desarrollo de estas pruebas, el Tribunal considera que la cuestión del acceso a unas informaciones que hubieran podido, bien apaciguar los temores de los interesados a este respecto, o bien permitirles evaluar el peligro al que fueron expuestos, presenta una relación suficientemente estrecha con su vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 para plantear una cuestión en el ámbito de esta disposición ( Sentencia McGinLey y Egan [ TEDH 1998, 25] , previamente citada, ap. 97). No procede indagar si el presente caso plantea una cuestión distinta en el terreno del aspecto relativo a la vida familiar.

156 En consecuencia, el artículo 8 se aplica.

### 2 Cumplimiento del artículo 8

157 El demandante reprocha al Estado no haberle concedido acceso a ciertas informaciones, en lo que ve una violación de sus derechos en virtud del artículo 8. El Tribunal recuerda que, a los compromisos más bien negativos contenidos en el artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) pueden añadirse unas obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada. Para saber si existe dicha obligación, hay que tener en cuenta el equilibrio justo a mantener entre el interés general y los intereses antagónicos de la persona en cuestión, jugando cierto papel los objetivos

citados en el apartado 2 del artículo 8 ( Sentencia Gaskin [ TEDH 1989, 16] previamente citada, ap. 42).

158 En el asunto Gaskin ( TEDH 1989, 16) , un expediente describía en detalle la infancia del demandante, pero el interesado no había podido examinarlo por entero. El Tribunal concluyó que el Reino Unido había tratado las solicitudes de acceso del demandante a estos documentos de forma incompatible con la obligación positiva derivada del artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) :

«(...) Las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido por el Convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o éste niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar; y sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano independiente que, en el supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión. Ahora bien, no sucedió así en el caso de autos».

159 Posteriormente, en el asunto Guerra (previamente citado), el Tribunal verificó si las autoridades internas habían tomado las medidas necesarias para facilitar a los demandantes la información deseada sobre los riesgos para su salud y su bienestar:

«El Tribunal recuerda que atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de las personas y privarles del disfrute de su domicilio de manera que perjudique a su vida privada y familiar (ver, mutatis mutandis, Sentencia López Ostra [ TEDH 1994, 3] , pg. 54, ap. 51). En el presente caso, las demandantes quedaron, hasta la parada de la producción de fertilizantes en 1994, a la espera de informaciones esenciales que les hubieran permitido evaluar los riesgos que se podían derivar para ellas y para sus allegados por el hecho de continuar residiendo en el territorio de Manfredonia, un pueblo igualmente expuesto al peligro en caso de accidente en el recinto de la fábrica.

El Tribunal constata, por lo tanto, que el Estado demandado ha fracasado en su obligación de garantizar el derecho de los demandantes a su vida privada y familiar, ignorando el artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) ».

160 Más tarde, en el asunto McGinLey y Egan ( TEDH 1998, 25) anteriormente citado, el Tribunal indagó asimismo si el Estado cumplía con su obligación positiva de proporcionar informaciones a los demandantes, que cuando eran militares habían participado en unas pruebas atmosféricas de armas nucleares. El Tribunal distinguió el asunto en cuestión del asunto Guerra debido a que en este último no se negaba que los demandante corriesen un riesgo a causa de la fábrica vecina ni que el Estado dispusiese

de información que les hubiese permitido evaluar este riesgo y tomar medidas para evitarlo, mientras que los señores McGinLey y Egan habían demostrado solamente que una serie particular de documentos pertinentes (los datos del nivel de radiación) seguía en manos de las autoridades. El Tribunal prosiguió así:

«(...) el Gobierno afirma que no había ningún motivo imperioso relacionado con la seguridad nacional para no transmitir las informaciones relativas a los niveles de irradiación constatados (...) tras los ensayos (...).

En estas condiciones, respecto al interés de los demandantes en obtener el acceso a los documentos en cuestión y la aparente ausencia de interés público en no transmitirlos, el Tribunal considera que el artículo 8 hace que recaiga en el Estado esta obligación positiva. Desde el momento en que un gobierno emprende actividades peligrosas susceptibles de tener consecuencias nefastas para la salud de las personas que participan en ellas, el respeto a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 exige la puesta en práctica de un procedimiento efectivo y accesible que permita a tales personas solicitar la transmisión del conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas.

Respecto a la observación de dicha obligación positiva, el Tribunal recuerda sus conclusiones relativas a la queja fundamentada en el artículo 6.1: el artículo 6 del reglamento del PAT preveía un procedimiento que hubiera permitido a los demandantes solicitar la presentación de los documentos relativos a la afirmación del MOD según la cuál, no habían sido expuestos a niveles peligrosos de irradiación y en el sumario no hay nada que haga pensar que este procedimiento no hubiera llegado a divulgar los documentos deseados (apartado 89). Ninguno de los demandantes escogió hacer uso de este procedimiento y, según los elementos presentados ante el Tribunal, en ningún otro momento solicitaron a las autoridades competentes los documentos en cuestión.

Por estos motivos, este asunto difiere del asunto Gaskin ( TEDH 1989, 16) (citado en el apartado 98, p. 9, 14), en el que el demandante se dirigió al High Court a fin de obtener la transmisión de los documentos a los que deseaba acceder.

El Tribunal considera que al instituir el procedimiento descrito del artículo 6 del reglamento del PAT, el Estado ha cumplido, respecto a los demandantes con su obligación positiva que deriva del artículo 8. Por lo tanto no ha habido violación de esta disposición».

161 Se puede razonablemente admitir que el hecho para el señor Roche es haber permanecido en la incertidumbre en cuanto a la cuestión de si había sido expuesto o no a un peligro durante su participación en las pruebas practicadas en Porton Down le causó una ansiedad y una tensión importantes ( McGinLey y Egan [ TEDH 1998, 25] , previamente citada, ap. 99). En verdad, se desprende claramente de los elementos de pruebas que así ha sucedido. Desde la aparición de sus problemas de salud, en 1987, el demandante se puso a la búsqueda, con determinación a través de distintas vías (detalladas en los apartados 17 a 33 supra), de toda información sobre su participación en los experimentos y que le apaciguase su ansiedad en cuanto a las consecuencias de ésta. Aunque el PAT concluyó -basándose en el informe de su perito- que ningún elemento fiable hacía suponer la existencia de una relación causa-efecto entre las

pruebas en cuestión y las dolencias de las que se quejaba el demandante, no lo hizo hasta 2004, y su decisión ha vuelto desde entonces a ser puesta nuevamente en tela de juicio por la Sentencia del High Court admitiendo el recurso del señor Roche y remitiendo la causa al PAT, ante el que sigue pendiente. Asimismo, como ha quedado claro, ya existía un gran número de «documentos importantes» sobre las pruebas de 1963 en 1966, año de las declaraciones efectuadas por el Estado demandado en virtud de los artículos 25 y 46 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) (McGinLey y Egan, previamente citada, ap. 88): los documentos adjuntos a la carta del Ministro de Defensa de 2 de diciembre de 1987, los documentos evocados en la carta del establecimiento de Porton Down de 3 de mayo de 2001, las piezas anexas a las alegaciones presentadas por el Gobierno en el marco del presente caso (el 9 de marzo de 1998 y el 5 de abril de 2001) y, por último, los documentos comunicados al PAT el 6 de julio de 2001, el 23 de agosto de 2002, el 2 y el 21 de octubre de 2002 y el 18 de abril de 2005.

Por otro lado, el Gobierno no ha afirmado que existiera un motivo imperioso para no comunicar las citadas informaciones, alegando solamente la dificultad de encontrar antiguos documentos inevitablemente dispersados. Tampoco ha alegado el «secreto médico», y de todas formas esta defensa sería incompatible con la edulcoración sufrida por la noción en la Ley de 1990 sobre el acceso a los historiales médicos así como con la decisión aparentemente tomada de no invocarlo en el contexto del dispositivo de 1998 y de los expedientes de Porton Down. Tras una cierta revisión de su postura y de la desclasificación de algunos documentos (apartados 53, 55, 57, 59 y 68 supra), el Gobierno ha indicado que no se descartó «ninguna pieza importante» por motivos de seguridad nacional (apartado 152 supra).

162 En estas condiciones, el Tribunal considera que sobre la autoridades pesaba la obligación positiva de ofrecer al demandante un «procedimiento efectivo y accesible» que le permitiese acceder al «conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas» ( Sentencia McGinLey y Egan [ TEDH 1998, 25] , previamente citada, ap. 101) y evaluar así todo riesgo al que pudiese haber sido expuesto durante su participación en las pruebas (Sentencia Guerra y otros, previamente citada, ap. 60).

163 En cuanto al cumplimiento de esta obligación positiva, el Gobierno se basa principalmente en el hecho de que el Tribunal considerase en la Sentencia McGinLey y Egan ( TEDH 1998, 25) que el procedimiento ante el PAT previsto por el artículo 6 no cumplía con esta obligación.

164 El Tribunal considera que esta conclusión no se aplica al caso de autos, no pudiendo compararse las quejas del señor Roche a las formuladas entonces por los señores McGinLey y Egan. Para estos últimos, la búsqueda de documentos era indisociable de las solicitudes de pensión presentadas a nivel interno por unas patologías que decían haber sido causadas por su participación en los ensayos nucleares. Por el contrario, el señor Roche ha efectuado muchos trámites (relatados en los apartados 17 a 33 supra) para obtener los documentos pertinentes al margen de todo litigio y, especialmente, de toda solicitud de pensión. En efecto, incluso cuando solicitó una pensión en 1991, continuó paralelamente buscando documentos, ya que el procedimiento del artículo 6 no era de todas formas accesible en primera instancia. Si el señor Roche apeló al PAT es porque se sintió obligado a hacerlo para presentar su solicitud de documentos en virtud del artículo 6, tras la Sentencia dictada por el Tribunal

en junio de 1998 en el asunto McGinLey y Egan ( TEDH 1998, 25) , evocada anteriormente.

165 No se puede deducir de la Sentencia McGinLey y Egan ( TEDH 1998, 25) que un procedimiento de divulgación asociado a una demanda judicial pueda, en principio, cumplir con la obligación positiva de comunicar informaciones a una persona que, como el demandante en el caso de autos, trata de obtenerlos al margen de todo contencioso. Tal y como se desprende de las Sentencias Guerra ( TEDH 1998, 2) y Gaskin ( TEDH 1989, 16) anteriormente mencionadas y tal y como hace valer el demandante, la obligación de divulgación en cuestión (cuya naturaleza resume el apartado 162 supra) no exige del interesado que para obtener una indemnización entable un procedimiento.

166 El Gobierno se basa igualmente, de forma más general, en las divulgaciones efectuadas por la vía «médica» y por la vía «política», así como en los servicios de información y los estudios sanitarios (apartados 17.33 y 69-71 supra). El Tribunal estima sin embargo que, considerados individual o colectivamente, estos modos de obtener informaciones no pueden compararse con el modo estructurado de divulgación que contempla el artículo 8. En todo caso, evidentemente no dieron lugar sino a una divulgación parcial, ya que otros documentos pertinentes fueron comunicados más tarde, concretamente durante la instrucción de la presente demanda y del recurso ante el PAT.

Por ejemplo, aunque el médico recibió información en 1987 y en 1989, el propio demandante no pudo conocerla hasta 1994, ya que no había sido divulgada sino bajo «secreto médico». Además, esta información no hacía mención a los ensayos de gas mostaza, no iban acompañadas de los documentos sobre los que se suponía se basaban y eran en todo caso inexactas en ciertos puntos (apartados 19 y 36 supra). Tras negársele la divulgación de otras informaciones, el demandante accedió por vez primera a unos documentos originales en 1997. Este procedimiento ad hoc se aprobó debido a su tenacidad en la búsqueda de información (apartados 19-33 supra); constituyó un primer episodio que fue seguido de muchos otros.

Asimismo, todos los procesos citados por el Gobierno cuando se refiere a los «servicios de información y estudios sanitarios» (apartados 69-71 supra) comenzaron casi diez años después de que el demandante se lanzase a la búsqueda de documentos y, además, después de la presentación de su demanda ante el Tribunal.

En cuanto al dispositivo de 1998, El Tribunal recuerda las dificultades halladas por las autoridades -incluso en el contexto judicial del procedimiento ante el PAT- para proporcionar documentos en ejecución del mandamiento emitido por el presidente del PAT en virtud del artículo 6. Incluso teniendo en cuenta únicamente el período posterior al pronunciamiento (febrero de 2001) de este mandamiento, parece que la divulgación fue escalonada (más de cinco fechas citadas en el apartado 161 supra, situándose la más reciente en abril de 2005), que durante el período en cuestión el Estado revisó varias veces su postura sobre la clasificación de ciertos documentos (apartados 53, 55, 57, 59 y 68 supra) y que, más de cuatro años después del mandamiento, siguen sin divulgarse todos los documentos pertinentes (ver carta de 18 de abril de 2005-apartado 68 supra). De hecho, el PAT consideró «lamentables» las dificultades halladas por el demandante para obtener los documentos presentados ante él. Dentro de esta misma

idea, es igualmente significativo que todas las autoridades que intervinieron en el procedimiento llevado a cabo en virtud del artículo 6 o en el marco de la presente demanda no hayan conocido sino recientemente las cartas del Treasury Solicitor de 1953 (apartado 72 supra). El Tribunal considera que estas dificultades probadas para proceder a una divulgación completa y ordenada impiden afirmar que una persona que acudiese a Porton Down a consultar documentos conservados en dicho lugar (dispositivo de 1998) podría obtener todas las informaciones pertinentes y apropiadas. No cabe duda de que algunos documentos (que existían incluso después de 1996) se encontraban dispersos debido a su antigüedad y a su naturaleza, de forma que era -y sin duda seguirá siendo- difícil encontrar todos los documentos dignos de interés. Sin embargo, es cierto también que la ausencia de toda obligación de divulgar e informar favorezca esta dispersión y debilite el derecho de una persona a obtener la comunicación de informaciones pertinentes y apropiadas.

Por último, el Programa de evaluación del estado de salud de los voluntarios de Porton Down afectaba únicamente a 111 ex participantes y no constaba de grupo testigo, cuando 3.000 militares se habían prestado a pruebas sobre el gas neurotóxico y 6.000 a pruebas sobre el gas mostaza, habiendo sido expuestos algunos de ellos a ambos. En cuanto al amplio estudio epidemiológico emprendido, no se inició hasta el años 2003 y no ha finalizado todavía.

167 En estas condiciones, el Tribunal estima que el Estado no ha cumplido con la obligación positiva de ofrecer al demandante un procedimiento efectivo y accesible que le hubiese permitido acceder al conjunto de las informaciones pertinentes y apropiadas y evaluar así todo riesgo al que pudo ser expuesto durante su participación en las pruebas.

168 En consecuencia, no procede examinar la alegación complementaria del demandante según la cual esta obligación positiva exigía la realización de un «estudio de seguimiento a largo plazo» (apartado 146 supra), ni sus argumentos subsidiarios y secundarios resumidos en el apartado 148 supra.

169 Ha habido violación del artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) .

#### VI Sobre la violación del artículo 10 del convenio

170 El demandante se queja también de las deficiencias de la comunicación de informaciones desde el punto de vista del artículo 10 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) , cuyos pasajes aplicables dicen lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito (...) para impedir la divulgación de informaciones confidenciales (...)).».

171 Reconociendo que hasta ahora el Tribunal ha preferido siempre examinar estas cuestiones desde el punto de vista del artículo 8, el demandante sostiene que, por principio, el derecho a solicitar el acceso a una información constituye un aspecto importante de la protección prevista en el artículo 10 del Convenio e inherente a la misma. El Gobierno discute este argumento.

172 El Tribunal recuerda su conclusión en las Sentencias Leander contra Suecia ( 26 marzo 1987 [ TEDH 1987, 4] , serie A núm. 116, ap. 74) y Gaskin ( TEDH 1989, 16) (previamente citada, ap. 52), y confirmada más recientemente en la citada Sentencia Guerra (ap. 53) según la cual la libertad de recibir información «prohíbe que un gobierno impida a nadie recibir informaciones que otros aspiren o pueden consentir en proporcionarle» y «no podría entenderse como imposición a un Estado, en circunstancias tales como las del presente caso, de obligaciones positivas de (...) difusión, motu proprio, de las informaciones». El Tribunal no ve motivo alguno para no aplicar esta jurisprudencia constante.

173 En consecuencia, no ha habido violación, en el caso del demandante, del derecho a recibir información protegido por el artículo 10.

#### VII Aplicación del artículo 41 del convenio

174 El artículo 41 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) establece,

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las Consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

#### A Daño

175 El demandante solicita una indemnización en concepto de perjuicio material. Considera que la no divulgación de la información que le era necesaria y la emisión en su causa de un certificado en virtud del artículo 10 le impidieron ejercitar una acción de responsabilidad contra el MOD estando armado de unos elementos de prueba necesarios para establecer la relación causa-efecto pertinente. Afirma que el acceso al PAT apenas le ayudó: de un lado, el sistema de pensiones no reemplaza de forma satisfactoria la posibilidad de presentar una demanda y, de otro lado, el PAT se vio obstaculizado por el carácter limitado de los elementos en su poder, consecuencia de la inercia del Estado, que no aseguró la constitución de expedientes y su conservación en orden, de llevar a cabo un seguimiento adecuado, a corto y a largo plazo, de los ex participantes, y de encargar un trabajo de vigilancia y estudios epidemiológicos. El demandante no precisa la cuantía de la indemnización que solicita al respecto pero indica que debería corresponder al lucro cesante sufrido por él debido a los problemas de salud que imputa a su participación en las pruebas.

El interesado solicita asimismo una indemnización en concepto de daño moral debido al hecho de que durante un largo lapso de tiempo no pudo tener acceso a las

informaciones pertinentes. Combinada con las afirmaciones no fundamentadas de las autoridades según las cuales las pruebas no habían causado daño a nadie, esta imposibilidad de acceder a las informaciones le causó una ansiedad, una tensión y una incertidumbre profundas. Durante cerca de veinte años hizo un esfuerzo considerable (en el plano médico, político y judicial) para obtener información. Considera que el procedimiento del artículo 6 no es la respuesta adecuada y afirma que, en todo caso, sigue sin acceder a toda la información. La constatación de violación no constituiría una indemnización suficiente pero justificaría la concesión de una indemnización sustancial, cuya valoración deja, no obstante, al Tribunal.

176 Respondiendo globalmente a las pretensiones anteriormente expuestas, el Gobierno alega que en todas las épocas pertinentes el demandante tuvo acceso a un sistema de pensiones (en sustitución de la posibilidad de presentar una demanda), al PAT y al procedimiento del artículo 6. Hizo uso, por lo demás, de esta disposición y obtuvo información, sigue teniendo derecho a pensión, y podría obtener siempre una pensión ya que responde a las condiciones fijadas en la materia.

177 El Tribunal recuerda que no ha concluido con la violación del artículo 6 en lo que atañe al certificado emitido en virtud del artículo 10. Además, su constatación de violación deriva de la afirmación de que el demandante tenía un derecho autónomo, independiente de todo contencioso, de obtener información sobre su participación en las pruebas. En todo caso, el Tribunal no puede especular sobre las posibilidades que el demandante habría tenido de probar la existencia de una relación causa-efecto entre su participación en las pruebas y sus problemas de salud si hubiese dispuesto de un «procedimiento efectivo y accesible» que permitiese obtener «el conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas».

178 Dicho esto, el Tribunal considera que el demandante ha debido experimentar sentimientos de frustración, incertidumbre y ansiedad. En primer lugar, las pruebas eran sobre sustancias que teóricamente constituían armas militares. En segundo lugar, el interesado padece problemas respiratorios crónicos desde 1987, año en el que comenzó a solicitar información. En tercer lugar, ha efectuado durante mucho tiempo, haciendo uso de diferentes vías (médica, política y judicial) un esfuerzo considerable y obstinado para obtener la información buscada. En cuarto lugar, por último, la divulgación ha sido progresiva y aparentemente no ha terminado (apartados 161 y 166 supra). El Tribunal considera que la mera constatación de violación no es suficiente para reparar este daño moral.

179 Teniendo en cuenta las sumas concedidas en asuntos similares, el Tribunal concede en equidad 8.000 euros (EUR), suma a convertir en libras esterlinas en la fecha del pago.

#### B Gastos y costas

180 El demandante solicita una cantidad total (Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) incluido) de 100.109,67 libras esterlinas (GBP) por los gastos y costas ocasionados por el procedimiento ante el PAT y la presente demanda (esta cantidad tiene en cuenta los gastos previstos para la vista de octubre de 2004 ante el Tribunal).

Para la presente demanda, reclama 86.663,84 GBP, cantidad que incluye los honorarios de un solicitador y de un pasante (por unas 100 horas de trabajo) así como los honorarios de tres abogados (uno de ellos Queen'S counsel). En cuanto a los gastos y costas vinculados al procedimiento interno ante el PAT, los evalúa en 13.445,83 GBP, suma que engloba los honorarios de un solicitador y de un pasante (por alrededor de 40 horas de trabajo) así como de dos abogados (de los que uno de ellos no ha trabajado para la presente demanda). El demandante presenta, en apoyo de estas dos solicitudes, las notas de honorarios y los justificantes pertinentes. Precisa que si no solicita el reembolso de los gastos y costas vinculados a su recurso ante el High Court es porque según el artículo 28 del Reglamento del PAT había que obtener la autorización para apelar para que se le reembolsasen sus gastos.

181 El Gobierno considera excesivas las pretensiones relativas al procedimiento ante el Tribunal. Considera que éste no justificaba la designación de tres abogados y que en todo caso los honorarios de los solicitores deberían haber sido menos elevados. Algunas tareas están descritas vagamente y las tarifas de los abogados no han sido precisadas. Asimismo, no era necesario que el demandante presentase ante la Gran Sala un escrito de alegaciones tan largo. El Gobierno considera, en estas condiciones, que una suma de 29.000 GBP sería razonable en concepto de gastos y costas por el procedimiento seguido en Estrasburgo. No formula ninguna alegación en cuanto a los gastos y costas reclamados por el procedimiento ante el PAT.

182 El Tribunal recuerda que el reembolso de las costas y de los gastos con arreglo al artículo 41 presupone que se encuentran probadas su realidad, su necesidad para hacer corregir o prevenir el problema constitutivo de una violación del Convenio y el carácter razonable de su cuantía (ver, por ejemplo, Sentencia Stasaitis contra Lituania, núm. 47679/1999, aps. 102-103, 21 marzo 2002).

183 A este respecto, el Tribunal señala, de un lado, que el presente caso era de cierta complejidad. Ha requerido un examen en el seno de una Sala y posteriormente de la Gran Sala, y ha constado de varios ciclos de alegaciones así como de una audiencia. Fue aplazado durante cierto número de años en espera del resultado del recurso del demandante ante el PAT. Durante este intervalo, el interesado mantuvo informado al Tribunal del curso de este procedimiento; posteriormente, ha proseguido éste paralelamente a la presente demanda. Pese a la conclusión en el terreno del artículo 8 supra, se puede razonablemente admitir la necesidad de los gastos satisfechos hasta hoy en relación con el procedimiento ante el PAT (excluyendo sin embargo las sumas vinculadas al recurso ante el High Court, cuyo reembolso no ha reclamado), a la vista concretamente de que este procedimiento ha conducido a la divulgación -todavía en abril de 2005- de una documentación abundante. Desde la fecha de la audiencia, en la que el demandante estimó sus gastos y costas, se ha incurrido en otros gastos, tanto para la presente demanda como para el procedimiento ante el PAT.

184 El Tribunal considera, por otro lado, excesiva la designación de tres abogados y de un solicitador (y un pasante) para la presente demanda, y de dos abogados (así como de un solicitador y un pasante) para el procedimiento ante el PAT. El demandante no ha explicado por qué uno de los abogados que trabajó en el recurso ante el PAT no se ha ocupado también de la demanda ante el Tribunal: una parte del trabajo se ha hecho

seguramente dos veces. Además, como señala el Gobierno, las notas de honorarios de los abogados evocan unas tareas que no están definidas claramente y no indican las tarifas aplicadas. El Tribunal considera además excesiva la estimación de los gastos que se reclaman por la audiencia ante el Tribunal (unas 37.000 GBP, cantidad que engloba los gastos de viaje y alojamiento de tres abogados y de un solicitador, así como sus honorarios). Asimismo, puesto que la queja fundamentada en el artículo 6 -que constituía una parte importante de la demanda- no ha sido admitida, los gastos y costas concedidos deben reducirse en proporción ( Z y otros [ TEDH 2001, 332] , anteriormente citada, ap. 134).

185 Resolviendo en equidad, el Tribunal concede al demandante la cantidad de 47.000 EUR por los gastos y costas vinculados al procedimiento ante el PAT y a la presente demanda (suma que incluye el IVA y a convertir en libras esterlinas al cambio aplicable en el momento del pago), menos 3.228,72 EUR ya pagados por el Consejo de Europa en concepto de justicia gratuita.

#### C Intereses de demora

186 El Tribunal considera apropiado fijar el tipo de los intereses de demora en el tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos.

#### POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

1º Declara, por nueve votos contra ocho, que no hubo violación del artículo 6.1 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) ;

2º Declara, por dieciséis votos contra uno, que no hubo violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) ;

3º Declara, por unanimidad, que no hubo violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 6 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio;

4º Declara, por dieciséis votos contra uno, que no hubo violación del artículo 13 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) en relación con el artículo 6 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio;

5º Declara, por unanimidad, que hubo violación del artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) ;

6º Declara, por unanimidad, que no hubo violación del artículo 10 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) ;

7º Declara, por unanimidad,

a) Que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses, las sumas siguientes a convertir en libras esterlinas al cambio aplicable en el momento del pago:

i. 8.000 EUR (ocho mil euros) en concepto de daño moral;

ii. 47.000 EUR (cuarenta y siete mil euros), IVA incluido, en concepto de gastos y costas, menos 3.228,72 EUR ya percibidos del Consejo de Europa en concepto de justicia gratuita;

b) Que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago.

8º Rechaza, por unanimidad, el resto de la solicitud de indemnización.

Hecha en francés y en inglés, leída en audiencia pública en el Palacio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 19 de octubre de 2005. Firmado: Luzius Wildhaber, Presidente - T. L. Early, Secretario adjunto.

Se adjuntan a la presente sentencia, conforme a los artículos 45.2 del Convenio y 74.2 del Reglamento del Tribunal, las siguientes opiniones:

-Opinión concordante de los señores Caflisch y Ress;

-Opinión disidente de los señores Loucaides, Rozakis, Zupancic, Casadevall, Maruste, Traja y las señoras Stráznická y Tomasen;

-Opinión disidente del señor Zupancic.

Opinión Concordante de los Señores Caflisch y Ress

Suscribimos la presente sentencia. En cuanto, más concretamente, al artículo 6.1 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) , consideramos también que la restricción prevista en el artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona impidió al interesado demandar a la Corona y que esta restricción derivaba de los principios que rigen el derecho de demanda material en la legislación interna (apartado 124 de la sentencia).

Habiendo llegado a esta conclusión, el Tribunal ha considerado que no procedía entretenerse en el argumento subsidiario del Gobierno (apartado 113 de la sentencia) según el cual el artículo 6.1 era inaplicable en virtud de las sentencias Pellegrin contra Francia ( TEDH 1999, 65) ([GS], núm. 28541/1995, ap. 66, TEDH 1999-VIII) y R. contra Bélgica ( núm. 33919/1996, 27 febrero 2001 [ TEDH 2001, 123] ), que excluyen del campo de aplicación de esta disposición los asuntos referentes a las relaciones entre el Estado y los empleados del servicio público. Tal y como señaló el Tribunal en el asunto Pellegrin,

«Solo se sustraen al campo de aplicación del artículo 6.1 del Convenio los litigios de funcionarios públicos cuyo empleo sea característico de las actividades específicas de la

Administración pública en la medida en que ésta actúa como detentadora del poder público encargado de la protección de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas. Un ejemplo manifiesto de tales actividades son las Fuerzas Armadas y la Policía» (apartado 66).

La presente sentencia entra perfectamente en esta categoría. Consideramos asimismo que la queja del demandante fundamentada en el artículo 6.1 del Convenio cae también a la luz del argumento subsidiario formulado por el Gobierno pero no examinado por el Tribunal.

Opinión disidente del señor Loucaides a la que se adhieren los señores Rozakis, Zupancic, Casadevall, Maruse, Traja y las señoras Stráznická y Thomassen

No puedo unirme a la mayoría cuando afirma que el demandante no tenía un «derecho» de carácter civil reconocido en la legislación interna que hiciese aplicable el artículo 6.1 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572) y que, en consecuencia, no se ha violado esta disposición. Considero por mi parte que el interesado tenía un derecho de carácter civil -el de quejarse de una negligencia- que fue sometido a una restricción procesal. De ello concluyo que el artículo 6.1 del Convenio es aplicable y que, desde el momento en que se le negó al demandante el acceso a un tribunal, se violaron las disposiciones consideradas. Detallaré a continuación las razones de mi enfoque.

En este caso, la cuestión fundamental es si las limitaciones impuestas por el artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos contra la Corona constituyen unas restricciones procesales o no materiales de otro tipo al inicio de un procedimiento judicial ante un tribunal británico en un asunto similar al del demandante, o si restringen el campo del motivo de demanda material de forma que el interesado no pueda invocar el artículo 6 del Convenio porque no puede aprovecharse de un derecho de carácter civil. Para resolver esta cuestión, debemos tomar en consideración no solamente la legislación interna sino también el sentido autónomo que el Convenio atribuye al término de derecho de carácter civil. Dicho de otro modo, se trata de determinar si el demandante tenía un motivo para interponer una demanda respecto al cual no tuvo acceso a un tribunal debido a unas restricciones procesales o si, por el contrario, carecía de motivo, en cuyo caso no se plantearía ninguna cuestión de acceso al tribunal desde el punto de vista del artículo 6 del Convenio.

Hasta 1947 no existía ningún motivo para ejercitar contra el Estado («la Corona») una acción de responsabilidad civil. La evolución histórica y social parece haber aportado, sin embargo, un cambio radical. El artículo 2 de la Ley de 1947 enunciaba que se podía ejercitar una acción de responsabilidad contra la Corona. Sin embargo, esta disposición estaba subordinada al artículo 10 de la misma Ley, el cual preveía un trato diferente para las Fuerzas Armadas: en el caso de que un miembro de las Fuerzas Armadas falleciese o se lesionase en el ejercicio de sus funciones, la Corona no podía ser demandada si el Ministro había certificado que el fallecimiento o la lesión corporal en cuestión se consideraba imputable al servicio a los efectos del derecho a una pensión de guerra, siendo la idea sustituir con un régimen de pensiones no basado en la culpa la posibilidad de una demanda de indemnización.

Si es importante señalar que los artículos 2 y 10 están en la parte I de la Ley de 1947 titulada «Disposiciones materiales», es pertinente también señalar que un militar podía invocar un motivo para demandar a la Corona si el Ministro no emitía «un certificado en virtud del apartado 10». Subrayemos que el artículo 10 de la Ley de 1947 fue derogado en 1987, permitiendo a los miembros de las Fuerzas Armadas presentar una demanda de indemnización sin restricciones contra la Corona, pero que esta derogación no afectaba sino a los hechos posteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1987 y que evidentemente no se aplica a la situación del presente demandante.

Antes de que el Tribunal se pronunciase sobre la admisibilidad del asunto, el High Court (en el asunto Matthews contra Ministro de Defensa - documento 6, aps. 79-89) estimó que el artículo 10 de la Ley de 1947 era incompatible con el artículo 6 debido a que se consideraba una barrera procesal desproporcionada (apartados 84-86 de la sentencia). A partir de entonces, el Tribunal de apelación y la Cámara de los Loes anularon la decisión del High Court concluyendo que el artículo 10 delimitaba el motivo de acción material, de forma que el artículo 6 era inaplicable (apartados 87-95 de la sentencia).

En consecuencia, considero que para determinar si la imposibilidad para el demandante de demandar al Estado por negligencia -mientras que en virtud de la misma Ley tal acción está abierta a todos los particulares- es una cuestión de orden procesal o de orden material, conviene conservar el espíritu del enfoque seguido por el High Court y la Cámara de los Loes en esta cuestión precisa en el asunto Matthews.

Según el High Court, las disposiciones aplicables de la Ley de 1947 no socavaron el derecho del demandante a proceder judicialmente sino que simplemente impidieron al interesado presentar contra el Estado una demanda de indemnización por vulnerar dicho derecho. En otras palabras, el demandante tenía un derecho a presentar una demanda pero el recurso no estaba disponible. A este respecto, el High Court tuvo en cuenta el hecho de que el demandante no podía interponer una demanda en virtud de las disposiciones en cuestión debido a la decisión del Ministro de emitir un certificado que permitía al interesado obtener una pensión no fundamentada en la culpa. El High Court señaló al respecto:

a) Suponiendo incluso que el certificado -cuya condición de impedir la presentación de una demanda de indemnización contra el Estado establecía el artículo 10 de la Ley- fuese emitido generalmente de oficio cada vez que el Ministro constataste la existencia de una relación entre las lesiones corporales sufridas por el militar y sus funciones en el seno de las Fuerzas Armadas, ello no significa que el Ministro responsable de la emisión del certificado no pudiese romper con esta línea de conducta si lo desease.

b) Si el legislador hubiese querido excluir las quejas de los miembros de las Fuerzas Armadas -como las del demandante- del campo de la responsabilidad civil del Estado y no solamente subordinar esta responsabilidad a ciertas condiciones procesales, habría podido simplemente precisar que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil no se aplicaban a las quejas de estas personas (apartados 18 y 22 de la Sentencia del High Court).

En cuanto al enfoque de la Cámara de los Lores, consistía en declarar que la legislación criticada por el demandante reconocía por vez primera la posibilidad de demandar al Estado. Esta legislación definía el alcance del motivo de acción de responsabilidad. El artículo 10, que impidió al demandante proceder judicialmente en las circunstancias del caso, limitaba el motivo de acción excluyendo las causas similares a la del interesado.

En lo referente al hecho de que la imposibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad en casos como el del demandante derivaba de la emisión por el Ministro de un certificado que implicaba el pago de una pensión -hecho en el que se fundamentó el High Court para concluir que la restricción al acceso al tribunal en tales casos constituía una barrera procesal y no una barrera material-, la Cámara de los Lores consideró que:

«(...) en la práctica, el Ministro emite un certificado cada vez que procede hacerlo (en los planos jurídico y práctico). No goza de una libertad tan grande como un gobierno extranjero llamado a decidir si procede o no renunciar a la inmunidad del Estado (...)» (apartado 92-93 de la sentencia).

Supongo que la Cámara de los Lores quería decir que en la práctica la emisión de un certificado por el Ministro era más una formalidad que un acto que correspondiese a una amplia potestad discrecional.

Habiendo examinado atentamente la situación jurídica anterior a 1947, la Ley de 1947 y la jurisprudencia, estoy más bien de acuerdo con la conclusión según la cual la cuestión aquí no es el derecho de acceso a un tribunal debido a la delimitación del delito civil concreto, sino las restricciones al acceso a un tribunal, para invocar ante él un derecho de carácter civil debido a ciertas condiciones de orden procesal. Pienso que la negligencia cuya reparación trata de obtener judicialmente el demandante posee una base legal bien establecida en la legislación interna del Estado demandado. Hasta 1947 esta negligencia no podía dar lugar a una demanda judicial contra el Estado. Se podría decir que hasta entonces el Estado no tenía ninguna responsabilidad jurídica porque en el orden jurídico británico de la época «el rey no [podía] hacer daño». Pienso que esta ficción jurídica clásica no es lo suficientemente convincente para neutralizar respecto al Convenio la negligencia en el contexto de las demandas dirigidas contra el Estado. Sin embargo ha impedido toda acción contra el Estado. Recordemos que para saber si un derecho de carácter civil existe o no en el seno de un Estado, no hay que basarse únicamente en la legislación interna. El Tribunal puede indagar si en el Estado en cuestión un derecho de carácter civil tiene una base legal suficiente independientemente de las condiciones o restricciones internas.

Sin embargo, incluso admitiendo que no se pudiese comprometer la responsabilidad del Estado debido a que «el rey no puede hacer daño», resulta que tras la aprobación de la Ley de 1947 devino imposible proceder judicialmente cuando la negligencia la hubiese cometido un funcionario público. Las disposiciones materiales de esta Ley no excluyen del campo de la responsabilidad civil del Estado los asuntos similares al del demandante. Debo decir aquí que suscribo la afirmación contenida en la Sentencia del High Court según la cual si la Ley de 1947 tenía por objeto excluir a los miembros de las Fuerzas Armadas de las reformas instauradas por los artículos 1 y 2 del texto, una disposición

debería haber indicado claramente que estas reformas no se aplicaban a las quejas de las personas en cuestión. Es sobre la base de los hechos pertinentes que los tribunales habrían tenido pues que resolver la cuestión de si una queja concreta pertenecía o no a esta categoría (ver asunto Powell y Rayner contra Reino Unido relativo a la restricción material fundamentada en el artículo 76.1 de la Ley de 1982 sobre la aviación civil).

Es cierto que el artículo 10 de la Ley dispone que no se puede demandar a la Corona por un acto que ha causado una lesión corporal a un miembro de las Fuerzas Armadas o su fallecimiento si se reúnen ciertas condiciones, siendo una de ellas que el Ministro certifique que la cosa sufrida es o será considerada imputable al servicio a efectos del derecho a pensión. Se debe entonces determinar si esta disposición forma parte de la definición del derecho de carácter civil pertinente, o si rige simplemente una responsabilidad civil existente por medio de restricciones procesales. Me inclino por la segunda opción y suscribo al respecto una vez más el punto de vista del High Court, al que ya he hecho referencia.

Poner una condición como la emisión por el Ministro de un certificado en lugar de definir una serie de excepciones y dejar que los tribunales valoren la cuestión de su existencia en tal o cual asunto, corrobora la opinión según la cual la restricción pertinente al derecho de acceso a los tribunales es procesal por esencia. A este respecto, hay que subrayar también, en mi opinión, que la emisión por el Ministro de un certificado se considera asimismo una intervención del Ejecutivo -en este caso de un miembro del Gobierno-, en el proceso consistente en determinar si una persona tiene la facultad de interponer una demanda por negligencia. Vista la estatura política del Ministro, una intervención por su parte indica una limitación procesal más que material del derecho a acceder a un tribunal. En efecto, los titulares de cargos políticos son responsables de la elaboración y ejecución de grandes orientaciones, lo que implica el ejercicio de una amplia potestad discrecional. Además, como señaló con mucha razón el High Court, el hecho de que el certificado se emitiese generalmente de oficio en todos los casos en los que el Ministro constataba la existencia de un vínculo entre las lesiones corporales sufridas por el militar y las funciones de éste en el seno de las Fuerzas Armadas no significa que el Ministro pudiese romper si lo deseaba con esta línea de conducta. Ello lo atestigua el descubrimiento hecho, tras la audiencia celebrada en este caso por el Tribunal, en el marco de un asunto similar al del demandante (apartado 72 de la sentencia; esta cuestión se evoca a continuación).

El Ministro puede emitir o no el certificado en cuestión. Si no está convencido de que la situación requiere la emisión de dicho certificado o, retomando las palabras utilizadas por la Cámara de los Lores, si considera que no procede emitir dicho certificado, las personas en una situación similar a la del demandante pueden ejercitar una acción de responsabilidad, vía de derecho que ya existe. El Ministro quizá no goce de una libertad tan grande como un Gobierno extranjero llamado a decidir si conviene o no renunciar a la inmunidad del Estado, pero seguramente tiene la posibilidad o la facultad de resolver en cada caso en un sentido o en otro. Si emite un certificado, se descarta la posibilidad de proceder judicialmente; si no lo hace, las personas en una situación similar a la del demandante pueden entablar una acción sobre una base legal que ya existe. De hecho, es importante subrayar que en tales casos el fundamento jurídico existente es el derecho general a presentar una demanda contra el Estado en

virtud del artículo 2 de la Ley. No se establece, ni se requiere, ninguna otra base legal en ausencia del certificado pertinente. Ello corrobora la conclusión según la cual las restricciones relativas a los miembros de las Fuerzas Armadas no entran en la definición o los límites de la responsabilidad civil general de la Corona tal y como la instauran las disposiciones materiales de la Ley de 1947. Además, teniendo en cuenta el texto de la Ley, la distinción hecha por el High Court entre la existencia de un derecho y la de un recurso es, en mi opinión, justa. La base legal del derecho está en esta Ley; el recurso está subordinado a ciertas condiciones.

El certificado del Ministro puede generalmente emitirse de oficio. Sin embargo, puede no emitirse, luego la supuesta naturaleza del certificado no refuerza ya los argumentos del Gobierno demandado. Ciertamente, el asunto Fogarty, que trata de las inmunidades, se distingue del presente caso. Sin embargo, incluso una solicitud de inmunidad constituye generalmente y en la práctica una solicitud formal ante los tribunales. Las embajadas emiten certificados invocando la inmunidad de los diplomáticos y del Estado -incluso por impago de una deuda por un diplomático-, y tales certificados se emiten de pleno derecho.

Recordemos otro elemento importante a este respecto: tras la audiencia del Tribunal en el presente caso, se descubrió que según un dictamen jurídico del Treasury Solicitor enviado al Ministerio de Defensa en 1953 sobre otro ex participante en los ensayos en igual situación que el demandante, el artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona no era aplicable y sus disposiciones no exoneraban por tanto a la Corona o al Ministro de toda responsabilidad. Tras este descubrimiento, el Ministro decidió no volver a «recurrir al artículo 10.1» en ninguna demanda del interesado. Parece pues que en el caso de autos existen dos enfoques contradictorios en cuanto a la exclusión de la responsabilidad de la Corona en virtud del artículo 10 de la Ley de 1947. Ello constituye un sólido argumento más favorable a la tesis según la cual la emisión de certificados en virtud del artículo 10 no era sistemática. El Ministro puede ejercer su potestad discrecional en un sentido o en otro apreciando la situación sobre la base de unos hechos, lo que demuestra claramente que se está en presencia de una limitación procesal al derecho de acceder a un tribunal para exponer ante él una queja. Esto hace vacilar seguramente la opinión expresada por la Cámara de los Lores y el Gobierno según la cual el ejercicio de una potestad discrecional en la emisión de certificados fundamentados en el artículo 10 no es un poder importante. Por el contrario se desprende de estos hechos nuevos que, al emitir un certificado, el Ministro lleva a cabo una apreciación o una evaluación de la situación que va más allá de la mera constatación o del ejercicio consistente en verificar que se reúnen ciertas condiciones. Se ha demostrado que una sola e igual situación podía apreciarse de dos formas distintas, incluso contradictorias. La estatura política del Ministro y la naturaleza de las condiciones que debe examinar para decidir si procede o no emitir un certificado [«si (...) la cosa sufrida (...) es o será considerada imputable al servicio (...)»] sí juegan un papel en esta apreciación.

En nuestro deseo de proteger los derechos humanos, no debemos perder de vista las exigencias del Estado de derecho que constituyen la base del reconocimiento del derecho de acceso a un tribunal. El Estado de derecho exige que los particulares puedan hacer examinar sus derechos de carácter civil por unos órganos judiciales independientes. Ello se aplica con más motivo a las quejas dirigidas contra el Estado. En

tales casos, debemos tener un enfoque o una interpretación más liberal de la situación jurídica, de forma que se deje lugar al derecho de acceso a un tribunal en lugar de tender a su extinción o a la creación de barreras absolutas a este derecho, desde el momento, por supuesto, en que existe una posibilidad razonable de hacerlo. Ahora bien, pienso que en este caso tal posibilidad existe.

La razón de ser de las restricciones al derecho pertinente de los miembros de las Fuerzas Armadas dejó de existir en 1987. Este elemento debe tomarse en consideración, tanto en apoyo de mi postura según la cual las restricciones en cuestión no limitaban este derecho, como en apoyo de la conclusión según la cual estas restricciones, debido a su carácter procesal, no podían considerarse desproporcionadas al fin perseguido. A este respecto, suscribo plenamente, una vez más, el razonamiento del High Court (apartados 38-43 de la Sentencia del High Court y apartado 86 de la Sentencia del Tribunal).

Debo decir, por último, que rechazo el argumento del Gobierno (apartado 113 de la sentencia) consistente en afirmar que el artículo 6.1 es inaplicable en virtud de las Sentencias Pellegrin contra Francia ( TEDH 1999, 65) ([GS], núm. 28541/1995, ap. 66, TEDH 1999-VIII) y R. contra Bélgica (núm. 33919/1996, 27 febrero 2001 [ TEDH 2001, 123] ). Mi desacuerdo se basa en motivos completamente idénticos a los expuestos por el Tribunal de apelación en el asunto Matthews (apartado 88 de la sentencia). Además, observo que en dicho asunto el Ministro de Defensa ya no planteó este argumento ante la Cámara de los Lores.

Teniendo en cuenta mi conclusión relativa a la violación del artículo 6 del Convenio, no creo que proceda examinar la queja fundamentada en el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

#### Opinión disidente del señor Zupancic

Desde el punto de vista decisorio, suscribo el enfoque matizado del Juez Loucaides quien en su opinión disidente adopta en definitiva un enfoque procesal.

Desde el punto de vista teórico, me cuesta no obstante admitir que la conclusión puede depender de la distinción algo ficticia entre lo que es «procesal» y lo que es «material». Esta separación artificial ha sido, con todo, mantenida y desarrollada por nuestra jurisprudencia. El artículo 6 y sus consecuencias jurisprudenciales, como el «acceso a un tribunal», derivan de una premisa de base no consciente o al menos no declarada.

Esta premisa es que el procedimiento no es sino un medio accesorio y anexo, una correa de transmisión que introduce unos derechos materiales.

Al principio, el hecho de que un instrumento internacional como el Convenio europeo de Derechos Humanos debe tratar de limitar sus efectos a lo que se percibía como un simple medio procesal tenía quizás un sentido en el plano político. El reconocimiento de un derecho material quedaba pues, al menos aparentemente, en el ámbito soberano del derecho interno. Con el tiempo, sin embargo, esta frontera tectónica

imaginaria entre lo que es material y lo que «simplemente» es procesal se ha convertido en una línea de falla sísmica. Resulta de los asuntos difíciles -la división de votos lo demuestra- que producen un derecho mediocre. En un asunto en el que además el Ejecutivo tiene la potestad discrecional de poner trabas al acceso a un tribunal, estamos frente a una cuestión de peso y contrapeso (separación de poderes) que en principio debe ser resuelta por un órgano judicial interno de carácter constitucional.

Es paradójico que precisamente en los asuntos británicos nos basemos en la distinción entre lo que es procesal y lo que es material. Si por razones históricas los sistemas jurídicos continentales han preservado la tradición de una distinción rígida, es justamente el sistema del derecho consuetudinario inglés el que siempre ha considerado que el derecho y el recurso eran independientes. ¿Tiene el recurso un carácter «material»? ¿«Procesal»? La ficción jurídica según la cual «la Corona no puede hacer daño» -que tiene por efecto bloquear una acción (inmunidad)- ¿Es puramente procesal? O bien ¿Se niega simplemente al demandante el derecho material? Cuando se pasa de un asunto británico a otro, el dilema surge en todo su relieve.

Está cada vez más claro que debemos volver al sentido común. Pese al voto contrario de una débil mayoría, se puede afirmar fácilmente que toda inmunidad ante los tribunales constituye un bloqueo procesal. Por otro lado, sabemos que la intención pero también el efecto de tal inmunidad es negar una de las facultades materiales lógicamente más imperiosas en derecho.

¿Qué es entonces un derecho? ¿No es cierto que un «derecho» -inclusive en la categoría de los «Derechos Humanos»- no es jurídicamente pertinente, paradójicamente, sino cuando una persona alega que ha sido privada de él? Los filósofos y los políticos se permiten quizás el lujo de poder hablar de derechos in abstracto y siguiendo un enfoque deontológico. En derecho, sin embargo, es el contexto que concurre, el contexto procesal, el que hace resaltar -es decir, que existen- los derechos materiales. El derecho surge en el horizonte jurídico cuando un interés de un sujeto de derecho que ha sido lesionado es defendido por medio de un procedimiento y que el recurso se ejercita de forma activa. Un derecho no reivindicado no es sino una abstracción hipotética.

En el seno de la sociedad, las relaciones humanas pueden estar saturadas por todo tipo de derechos posibles. Sin embargo, en la mayor parte de los casos estos derechos siguen sin reivindicarse, bien porque no han sido violados en un primer momento, o porque la persona lesionada no los defiende por la vía de un procedimiento. Además, un derecho sin recurso no es sino una recomendación (una «obligación natural»). De ello se deduce que un derecho es doblemente tributario del recurso concomitante. Si el recurso no existe, el derecho en cuestión no es un derecho; si el recurso no se utiliza de forma procesal, el derecho no es reivindicado. El derecho y su recurso no son solamente interdependientes; son consustanciales.

Hablar de derechos como si existieran al margen de su contexto procesal viene -por razones pedagógicas, teóricas o nemotécnicas- a disociar artificialmente lo que en la práctica es indisoluble. Un derecho material no es el reflejo del recurso procesal que le corresponde.

Un derecho material es su recurso.

Es curioso que el sentido común y el derecho consuetudinario inglés choquen de frente tan a menudo. Es doblemente paradójico que la mayoría hable de evitar las meras apariencias y dedicarse a circunscribir la realidad, mientras que la distinción en la que se basa la sentencia es una pura ficción jurídica. Aunque nos las hayamos arreglado más bien que mal, permanece la premisa errónea que constituye la base de la sentencia. El dilema volverá a surgir con toda seguridad.

Para salir de este dilema, es necesario evidentemente dejar de suscribir esta premisa errónea. Es difícil hacerlo en el abstracto. Puesto que somos un tribunal de derechos humanos, deberíamos no obstante -al menos en los asuntos en los que la línea de error es potencialmente determinante, en los que se enfrenta a la justicia y el sentido común- optar por un significado autónomo de las «garantías legales materiales». La honestidad intelectual no exige menos.