



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO

DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y
DERECHOS HUMANOS

Traducción realizada por Claudia V. Jiménez Soto, siendo tutora la profesora M. Carmen Quesada Alcalá, en virtud del Convenio suscrito por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, el Ministerio de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El TEDH y el Ministerio de Justicia no se hacen responsables del contenido o calidad de la presente traducción

GRAN SALA

ASUNTO SÖDERMAN c. SUECIA
(Demanda nº 5786/08)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

12 de noviembre de 2013



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

En el asunto de Söderman c. Suecia,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reunido en Gran Sala, compuesta por:

Josep Casadevall, *President*,

Guido Raimondi,

Ineta Ziemele,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Kristina Pardalos,

Julia Laffranque,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse,

Helen Keller,

Helena Jäderblom,

Johannes Silvis, *Jueza*,

Y Erik Fribergh, *Registrador*,

Tras deliberar en sesión privada el 13 de abril de 2013 y el 25 de septiembre de 2013,
Dicta la siguiente sentencia, adoptada en la última fecha indicada:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició mediante demanda (no. 5786/08) contra el reino de Suecia interpuesta ante este Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el convenio”) por una nacional sueca, la Sra. Eliza Söderman (“la demandante”), el 21 de enero de 2018.

2. La demandante estuvo representada por el Sr. J. Södergren, Sr. K. Lewis y Sr. C. Crafoord, abogado en ejercicio en Estocolmo. El gobierno Sueco (“el gobierno”) estuvo representado por sus agentes, el Sr. A. Rönquist, la Sra. G. Isaksson y el Sr. O. Widgren, del Ministerio de Asuntos Exteriores.

3. La demandante alegó que el Estado sueco no había cumplido con su obligación en virtud del artículo 8 del Convenio de proporcionarle recursos contra la violación de la integridad personal de su padrastro cuando había intentado filmarla desnuda en su baño teniendo la demandante la edad de 14 años.

También se basó en el artículo 13 del Convenio.

4. La demanda se asignó en un principio a la Sección Tercera del Tribunal (artículo 52 § 1 del Reglamento del Tribunal). Su presidente accedió a la solicitud de la demandante de no revelar su nombre (Regla 47 § 3), y el caso se denominó E.S. c.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Suecia. El 11 de febrero de 2011, el Tribunal modificó la composición de secciones (Artículos 25 § 1) y la demanda fue asignada a la sección quinta. El 21 de junio de 2012 una sala compuesta por Dean Spielman, presidente, Elisabet Fura, Karel Jungwiert, Mark Villiger, Ann Power-Forde, Gonna Yudkivska, André Potocki, jueces, y Claudia Westerdiek, secretaria de sección, falló decidiendo examinar la demanda solo en virtud del artículo 8 y la declaró unánimemente admisible, sosteniendo, por cuatro votos contra tres que no había habido violación de esa disposición. El voto disidente conjunto de los jueces Spielmann, Villiger y Power-Forde se incorporó como anexo a la sentencia.

5. El 19 de septiembre de 2012 la demandante solicitó la remisión del caso a la Gran Sala en virtud del artículo 43 del reglamento, y el pleno de la Gran Sala estimó la petición el 19 de noviembre de 2012.

6. La composición de la Gran Sala de posteriormente definida de conformidad con los artículos 26 §§ 4 y 5 del Convenio y 24 del Reglamento.

7. La demandante y el Gobierno formularon observaciones escritas sobre el fondo del asunto (artículo 59 § 1).

8. Además, se recibieron comentarios de terceros del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante, que había recibido un permiso del presidente de la Gran Sala por intervenir en el procedimiento escrito (artículo 36 § 2 del convenio y 44 § 2 del reglamento).

9. El 22 de marzo de 2013, el presidente de Gran Sala admitió la solicitud de la demandante de 12 de marzo de 2013 para levantar el anonimato que se otorgó.

10. Una audiencia pública se celebró en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo el de 3 de abril de 2013 (artículo 59 § 3 del Reglamento).

Comparecieron ante el Tribunal:

a) *por el gobierno,*

Sr. A. RÖNQUIST, Representante, Embajador y
Director General de Asuntos Jurídicos,
Ministerio de Asuntos Exteriores,

Consejo,

Sra. G. ISAKSSON, Co-Agente y Subdirectora
Ministerio de Asuntos Exteriores,

Sr. O. WIDGREN, Co-Representante, Asesor Especial,
Ministerio de Asuntos Exteriores,

Sr. M. SÄFSTEN, Asesor Jurídico Superior, Ministerio de Justicia,

Sr. V. LÁNG, Subdirector, Ministerio de Justicia,

Sr. C. ROSENMÜLLER, Asesor Jurídico, Ministerio de Justicia,

Asesores,

b) *por la demandante,*



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Sr. J. SÖDERGREN,
Sr. K. LEWIS,
Sr. C. CRAFOORD,
La demandante también compareció,

Consejo,

Fueron oídas por el Tribunal las declaraciones de los Sr. Crafoord, Sr. Lewis, Sr. Södergren y Sr. Rönquist, así como sus respuestas a las preguntas formuladas por los jueces Ziemele, Sicilianos, Pinto de Albuquerque y Zupančič.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

11. La demandante nació en 1987 y vive en Ludvika.

12. En septiembre de 2002, cuando la demandante tenía 14 años de edad, descubrió que su padrastro había ocultado una vídeo-cámara en la cesta de la ropa sucia del baño, la cual estaba en modo de grabación dirigida hacia el lugar donde ella se había desvestido antes de ducharse. Inmediatamente después del incidente, la grabación fue quemada sin que nadie la viera.

13. En septiembre de 2004, dos años después, la madre de la demandante denunció el incidente ante la policía. Un abogado nombrado oficialmente (*målsägandebiträde*) fue asignado a la demandante el 5 de octubre de 2004.

14. El día 21 de octubre de 2005 el fiscal condenó al padrastro de la demandante por el delito de abuso sexual (*sexuellt ofredande*) bajo el capítulo 6, Artículo 7 § 3 del código penal. También fue acusado de dos cargos de abuso sexual a la prima de la demandante, cometidos durante la primavera y el verano de 2003 cuando la prima tenía 16 años de edad, por haber acariciado su muslo y haber expresado su deseo de tener sexo con ella. Fue acusado de un cuarto cargo de abuso sexual por supuestamente haber mirado por la ventana de la habitación de la demandante mientras esta se desvestía a finales del verano de 2003.

15. El día 20 de enero de 2006 la demandante, representada por un abogado, presentó una reclamación por daños de 25,000 coronas suecas (SEK): 15,000 SEK en compensación por la violación de su integridad personal y 10,000 SEK por dolor y sufrimiento, para ser unido al procedimiento penal.

16. La demandante, su padrastro, su madre y su prima presentaron pruebas ante el Tribunal de Distrito de Falun (*Falu Tingsrätt*). La demandante declaró que el día correspondiente a septiembre de 2002, estando a punto de ducharse, su padrastro había estado haciendo algo en el baño. Al descubrir la cámara, estaba en modo de grabación, haciendo un zumbido y parpadeando. Ella no tocó ninguno de los botones, se acercó a su madre llorando, tomando la vídeo-cámara envuelta en una toalla. El padrastro le



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

quitó la cámara a su madre. Posteriormente la demandante vio a su madre y su padrastro quemando una película, pero no estaba segura de si era una grabación de ella.

17. La madre de la demandante confirmó la declaración de la misma agregando que no sabía si algo había sido grabado ya que la película había sido quemada sin que ella la viera. No había denunciado el incidente a la policía hasta el año 2004, momento en el que se enteró de que la prima de la demandante también había experimentado incidentes con el demandado.

18. El padrastro de la demandante declaró que había vivido con su madre desde 1997 hasta el otoño de 2003 separándose a cause del incidente en cuestión, entre otras cosas. Afirmó que había querido tratar de filmar con una cámara oculta, como consecuencia de un acto impulsivo. No estaba seguro de si la cámara había estado en modo de grabación o si se había grabado un vídeo. La madre de la demandante había quemado la película sin que ninguno de ellos la viera.

19. Mediante sentencia del 14 de febrero de 2006, el Tribunal condenó al padrastro de la demandante por los cuatro cargos de abuso sexual en virtud del capítulo 6, Artículo 7 § 3 del Código Penal. En cuanto al primer cargo de abuso sexual, descubrió que había tenido una intención sexual al esconder la cámara en la cesta de la ropa y dirigirla a la parte del baño donde era habitual desvestirse. Agregó que el zumbido de la cámara escuchado por la demandante sugería con rotundidad que la cámara estaba encendida y en realidad estaba grabando. De lo contrario, no habría tenido sentido esconder la cámara entre la ropa sucia de la cesta. El agujero de la cesta de la ropa indicaba que la estrategia era bastante refinada. Independientemente del hecho de que, después, nadie había verificado el contenido del vídeo, bajo estas circunstancias se podía considerar que el padrastro de la demandante la había filmado mientras estaba desuda.

20. Al padrastro de la demandante se le impuso una sentencia suspendida combinada con setenta y cinco horas de servicio comunitario obligatorio. Además, se le ordenó pagar a la demandante daños por una cantidad de 20,000 SEK.

21. En la apelación, mediante sentencia de 16 de octubre de 2007, el Tribunal de Apelación se Svea (*Svea hovrätt*) lo declaró culpable de los dos cargos de abuso sexual cometidos contra la prima, por los cuales se le impuso una sentencia y se le ordenó pagar multas de sesenta días de 50 SE, totalizando 3,000 SEK.

22. El Tribunal de Apelación lo absolvió por los cargos de abuso sexual presuntamente cometidos contra la demandante.

23. En cuanto al incidente en septiembre de 2002, el Tribunal de Apelación estableció que el padrastro de la demandante había puesto una cámara en el baño y que había la grabación antes de que ella estuviera de bañarse. Sin embargo, no estaba claro si realmente se había realizado una grabación. Era evidente, el Tribunal continuó, que su motivo, había sido filmar a la demandante de forma encubierta con un fin sexual. Por ese motivo, también se consideró que no había tenido la intención de que la demandante se enterara de la grabación.

Tampoco, según el Tribunal, se había mostrado indiferente ante el riesgo de que ella se enterara. Al evaluar si el acto constituía legalmente abuso sexual en el sentido del



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Capítulo 6, Artículo 7 § 3 del Código Penal, el Tribunal de Apelación hizo referencia a una sentencia del Tribunal Supremo (publicada en Nytt juridiskt arkiv (NJA) 1996, p. 418) con respecto a un hombre que había filmado secretamente a su novia dormida mientras se masturbaba siendo absuelto de abuso sexual porque no pretendía que su novia se enterara de la grabación. Además, en dicha sentencia, el Tribunal Supremo sostuvo que el acto aislado de filmar no era un delito en sí mismo, ya que en la ley sueca no había una prohibición general de filmar a una persona sin su consentimiento.

Siguiendo esa línea de razonamiento, y a pesar de que la situación que el padrastro de la demandante tenía intención de filmar era obviamente de naturaleza sensible en lo que respecta a su integridad personal y que la violación de particularmente grave debido a la edad y a la relación de la demandante con su padrastro, el Tribunal de Apelación descubrió que no podía ser considerado criminalmente responsable por el hecho aislado de filmar a la demandante si su conocimiento. El Tribunal observó que la demandante había tenido conocimiento del intento de su padrastro de filmarla, pero que esto no había sido cubierto por su intención.

24. El Tribunal de Apelación continuó señalando que el acto podría, al menos teóricamente haber constituido un crimen de intento de pornografía infantil (*försök till barnpornografibrott*) considerando la edad de la demandante. Sin embargo, ya que no se había presentado ningún cargo de ese tipo contra el padrastro de la demandante, el Tribunal de Apelación no podría examinar si podría ser considerado responsable por tal crimen. En conclusión, a pesar de que su comportamiento era extremadamente reprobable, fue absuelto y la demanda de la demandante por daños y perjuicios fue desestimada.

25. Respecto al incidente de finales de verano de 2003, el Tribunal de Apelación determinó que establecía que el padrastro de la demandante había querido observarla en secreto. Por lo tanto, aunque el Tribunal consideró que tal comportamiento era reprobable, faltó la intención de que la demandante lo viera.

26. El día 12 de diciembre el Tribunal Supremo (*Högsta domstolen*) rechazó la apelación.

II. LEGISLACION Y DERECHO INTERNO RELEVANTE

A. Abuso sexual

27. El delito de abuso sexual (y pornografía infantil, mirar abajo) se encuentra dentro del dominio de enjuiciamiento público en el que se aplica el principio de objetividad por el cual no se debe iniciar un proceso judicial si el fiscal considera que falta las condiciones para una condena. La disposición referente al abuso sexual puede encontrarse en el Código Penal (*Brottsbalken*, 1962:700) el cual, antes del 1 de abril de 2005, establecía:



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Capítulo 6 sobre delitos sexuales, artículo 7

“1. Si una persona toca sexualmente a un niño menor de 15 años de edad que no sea como se establece anteriormente en este Capítulo, o lo induce a emprender o participar en un acto con implicaciones sexuales, se impondrá una multa o prisión de un período máximo de dos años impuesto por abuso sexual.

2. También se impondrá una condena por abuso sexual a una persona que, por coacción, seducción u otra influencia indebida, induzca a una persona que ha cumplido 15 años pero no 18 a emprender o participar en un acto con implicaciones sexuales si el acto es un elemento. en la producción de imágenes pornográficas o constituye una presentación pornográfica en circunstancias distintas de las relacionadas con la producción de una imagen.

3. Esto también se aplicará si una persona se expone a sí misma de tal manera que su naturaleza ofenda o se manifieste de manera indecente por palabra o hecho hacia una persona de una manera que viola de manera flagrante un sentido de propiedad.”

28. El 1 de abril de 2005, esa disposición de incorporó al artículo 10 del capítulo 6 y en virtud de lo siguiente:

“1. Una persona que, de lo contrario a lo dispuesto anteriormente en este Capítulo, toque sexualmente a un niño menor de 15 años de edad o lo induzca a emprender o participar en un acto con implicaciones sexuales, será condenada por acoso sexual a una multa o al encarcelamiento de un Período máximo de dos años.

2. "Esto también se aplica a una persona que se expone a sí misma a otra persona de una manera que pueda causar incomodidad o que, de otra manera, con palabras o hechos moleste a una persona de una manera que pueda violar la integridad sexual de esa persona".

29. Cabe señalar que una persona no puede ser considerada responsable por un acto incompleto de abuso sexual, como intentar o prepararse para cometer tal delito (ver, por otra parte, el Capítulo 23, Artículo 1 del Código Penal).

30. Posteriormente, en base a las declaraciones en los trabajos preparatorios de la disposición, la Comisión de Delitos Sexuales de 2008 declaró lo siguiente:

“Desde nuestro punto de vista, es... bastante claro que el segundo párrafo de la disposición sobre el abuso sexual también debe incluir acciones dirigidas a personas que están inconscientes o dormidas. Por lo tanto, la disposición pertenece a la categoría de delitos sexuales, no a delitos contra la integridad. Utilizando esto como el punto de partida para manejar el delito de abuso sexual, también puede ser posible evaluar situaciones en las cuales una persona ha filmado o fotografiado de manera encubierta a otra persona de manera sexualmente intrusiva como abuso sexual.”



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

B. INTENTO DE PORNOGRAFIA INFANTIL

31. Las disposiciones pertinentes del Código Penal establecen:

Artículo 10 del Capítulo 1 sobre delitos contra el orden público

"Una persona que

1. retrata a un niño en una foto pornográfica
2. 2. disemina, transfiere, otorga el uso de, exhibe, o de cualquier otra manera pone a disposición de otra persona la imagen de un niño;
3. adquiere u ofrece tal imagen de un niño;
4. provoca el contacto entre un comprador y un vendedor de esas imágenes de niños o toma cualquier otro paso similar para facilitar el trato en dichas imágenes; o
5. Posee tal imagen de un menor

será condenado por el delito de pornografía infantil a prisión por un período máximo de dos años o, si se trata de un delito menor, a una multa o prisión por un período máximo de seis meses.

Se considera que un niño es una persona cuyo desarrollo puberal no está completo o es menor de 18 años. Si el desarrollo puberal de una persona está completo, la responsabilidad se impondrá por las escrituras cometidas en los puntos 2 a 5 anteriores solo si se desprende de la imagen o de sus circunstancias que la persona representada es menor de 18 años".

32. Antes del 1 de enero de 2011, el segundo párrafo del Artículo anterior establecía:

"Se considera que un niño es una persona cuyo desarrollo puberal no está completo o que, como se desprende de la imagen y sus circunstancias, es menor de 18 años..."

33. El término "imagen pornográfica" no está definido en el texto legal. En los trabajos preparatorios se afirmó que la disposición sobre delitos pornográficos se aplicaba solo a las imágenes, pero a imágenes de todo tipo, como, por ejemplo, imágenes distribuidas por TV-técnica o grabaciones de vídeo. (Proyecto de ley gubernamental 1978/79: 179, pág. 9). Además se afirmó que:

"Se pidió cierta prudencia para que el área criminalizada no fuera demasiado ancha o difícil de evaluar. No fue la intención criminalizar cada exposición de niños desnudos o todas las imágenes en las que se perciban los genitales de un niño, incluso si dichas imágenes pueden estimular los instintos sexuales de algunas personas. Para que el manejo de una imagen sea ilegal, es una condición que sea pornográfica de acuerdo con el lenguaje común y los valores generales."

34. En una revisión de la legislación (Ley núm. 2010: 1357), que llevó a la modificación del segundo párrafo del Capítulo 16, Artículo 10a, a partir de El 1 de enero de 2011, según lo establecido anteriormente, se indicó lo siguiente, *inter alia*, con respecto a la definición (Informes oficiales del gobierno sueco, SOU 2007: 54, p. 77):



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

“Una imagen puede considerarse pornográfica cuando, sin ningún mérito científico o artístico real, y de manera flagrante y atractiva, muestra un motivo sexual (Gov. Bill 1970: 125, pp. 79 y siguientes). No solo las imágenes en las que los niños participan en actos que obviamente tienen una connotación sexual entran en la disposición relativa a los delitos de pornografía infantil, sino también las imágenes en las que los niños aparecen junto con uno o varios adultos que realizan tales acciones. Las imágenes en las cuales un niño aparece de una manera que está diseñada para apelar a los instintos sexuales sin que se considere que el niño ha participado en el comportamiento sexual durante la imagen pueden caer dentro del área criminalizada... Una imagen puede presentarse de diferentes maneras, entre otras, por un niño real siendo fotografiado, filmado o dibujado. Al utilizar diferentes técnicas, también se pueden crear imágenes artificiales más o menos realistas. Para que se incurra en responsabilidad penal, no es necesario que la imagen represente a un niño real; También se incluyen imágenes ficticias.”

35. Con respecto específicamente al intento, el Código Penal establece:

Capítulo 16, Artículo 17

“Una persona que se prepare o conspire para cometer un motín... será sentenciada de acuerdo con las disposiciones del Capítulo 23. Lo mismo se aplicará... al delito de intentar cometer el delito de pornografía infantil descrito en el Artículo 10a, primer párrafo...”

Capítulo 23, Artículo 1

“Una persona que ha comenzado a cometer un delito sin completarlo, en caso de que existan disposiciones específicas para este fin, debe ser condenada por tentativa de delito, si existiera el peligro de que el acto conlleve la finalización del delito o tal peligro fue excluido sólo debido a circunstancias fortuitas.”

La pena por tentativa no debe exceder la sentencia aplicable a un crimen completado y no debe ser menor a la pena de prisión si la pena menos estricta para el crimen completado es la de prisión de dos años o más.

C. Otras disposiciones legales pertinentes

36. El código de Procedimiento Judicial (*Rättegångsbalken* 1942:740) establece en la medida en que es pertinente:

Capítulo 17, Artículo 3

“No se emitirá un fallo por otra cosa o más que la solicitada adecuadamente por una parte. En los casos susceptibles de un acuerdo extrajudicial, el fallo no se basará en circunstancias que no sean las alegadas por una de las partes como fundamento de su acción.”

Capítulo 22, Artículo 7

"Si una acción por reclamaciones privadas como consecuencia de un delito se presenta junto con la acusación y se determina que el delito acusado no es punible, la acción puede ser juzgada en el caso".

Capítulo 29, Artículo 6

“Cuando una demanda privada se une al enjuiciamiento, la determinación de responsabilidad penal del tribunal será vinculante para la adjudicación de la demanda privada.”



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Capítulo 30, Artículo 3

“La sentencia puede relacionarse solo con un acto para el cual se inició correctamente un enjuiciamiento o con un asunto remitido por ley a la jurisdicción penal del tribunal. El tribunal no está obligado por la caracterización legal del delito o las disposiciones legales aplicables establecidas en la demanda”.

37. La Ley de responsabilidad civil extracontractual (Skadeståndslag 1972: 207) establece, en la medida en que sea pertinente:

Capítulo 2, Sección 1

“Cualquiera que deliberadamente o negligentemente cause lesiones personales o daños a la propiedad deberá compensar la lesión o daño causado.»

Capítulo 2, Sección 3

“Cualquiera que viole gravemente a otra persona a través de un delito que implique un ataque contra la persona o la libertad, serenidad u honor de esa persona deberá compensar el daño causado por la violación.»

D. Derecho Interno referente a grabación encubierta

38. En una sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1992 (NJA 1992, p. 594) sobre una persona que había filmado en secreto relaciones sexuales entre él y su novia y que posteriormente había mostrado la grabación a varias personas, el Tribunal Supremo señaló que no era prohibido por la ley sueca filmar a otra persona sin su consentimiento. El tribunal señaló además que esto fue así incluso en situaciones donde el hecho en cuestión violaba gravemente la integridad personal de la persona en cuestión. Además de ciertas situaciones excepcionales, la única protección disponible estaba bajo las disposiciones penales sobre difamación en conjunto con el Capítulo 1, sección 3, de la Ley de Responsabilidad Civil (ahora Capítulo 2, sección 3, de esa Ley). El Tribunal Supremo determinó que la persona acusada había cometido difamación al mostrar la grabación a otros.

39. Otra sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 1996 (NJA 1996, p. 418) hacía referencia a un hombre que había filmado secretamente a su novia dormida mientras se masturbaba. El Tribunal de Distrito determinó que sus actos constituían, entre otras cosas, abuso sexual, pero el Tribunal de Apelación y el Tribunal Supremo lo absolvieron de este delito. El Tribunal Supremo señaló que el acto aislado de filmar no era un delito en sí mismo, ya que en la legislación sueca no existía una prohibición general de filmar a una persona sin su consentimiento.

40. Otra sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 23 de octubre de 2008 (NJA 2008, p. 946), se refería, entre otras cosas, a una persona que había filmado secretamente a su ex novia con otro hombre en una situación íntima y que posteriormente había enviado el video por correo electrónico, junto con ciertos mensajes descriptivos, a otros. El Tribunal de Apelación consideró que la grabación constituía un abuso y el envío de algunos de los correos electrónicos equivalía a difamación, y otorgó a la ex novia daños y perjuicios por violación de la integridad personal. El Tribunal otorgó permiso para



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

apelar respecto del presunto abuso. El tribunal absolvió a la persona de abuso sexual y reiteró al mismo tiempo que la ley sueca no contenía ninguna prohibición general contra la grabación encubierta. El tribunal también señaló que en los casos en que la grabación encubierta no constituía un delito, no se podían otorgar daños. Aunque la necesidad de un marco legal fortalecido a este respecto ya había sido reconocida en el trabajo legislativo sueco en la década de 1960, el tribunal señaló además que hasta ahora no había dado ningún resultado concreto. El tribunal consideró muy cuestionable si el hecho de que los actos de grabación de una persona en situaciones en las que tal grabación violaba gravemente la integridad personal de la persona en cuestión quedaran totalmente impunes de conformidad con la legislación sueca era compatible con los requisitos del artículo 8 del Convenio. Dado ese hallazgo, el tribunal continuó, era legítimo examinar si se podía imponer un castigo interpretando disposiciones nacionales que de otro modo no serían aplicables de una manera que cumpla con el Convenio. A ese respecto, el tribunal se refirió a la jurisprudencia nacional relativa a la indemnización por violaciones del Convenio. Sin embargo, el tribunal señaló que otro requisito bajo el Convenio era que nadie debería ser castigado por un acto que, en el momento en que se cometió, no constituía claramente un delito penal según la ley. Después de descubrir que la grabación en cuestión no estaba incluida en ninguna disposición penal aplicable, quedó impune y no se otorgaron daños.

E. Reciente labor legislativa referente a la grabación encubierta

41. En 2004, el Gobierno instruyó al comité de Protección de la Integridad (*Integritetsskyddskommittén*) para investigar la necesidad de disposiciones legales generales de la protección de la integridad personal (además de la legislación sobre protección de datos, delitos contra personas, secreto, etc.). Mientras tanto, se revisó el Código Penal y en abril de 2005 se introdujo una enmienda a la disposición sobre abuso sexual, que fue diseñada para abarcar la grabación encubierta con fines sexuales (véanse los párrafos 28-30 anteriores).

42. En 2008, el Comité de Protección de la Integridad propuso una disposición general en el Código Penal sobre fotografía ilícita y en enero de 2011 el Ministerio de Justicia emitió un informe sobre fotografía ilícita (Ds 2011: 1) que propuso la criminalización de la fotografía y la grabación en ciertas situaciones. El 1 de marzo de 2012, el Gobierno aprobó la remisión de una propuesta titulada “Fotografía intrusiva” al Consejo de Derecho (Lagrådet) para su consideración. Este último criticó la propuesta, *inter alia*, debido a los posibles efectos que podría tener sobre los principios establecidos para proteger a quienes obtienen información para su publicación en virtud de la Ley de Libertad de Prensa y la Ley Fundamental de Libertad de Expresión, que forman parte de la legislación sueca Constitución.

43. En consecuencia, el 20 de diciembre de 2012, el Gobierno adoptó una nueva propuesta que modifica el alcance de la criminalización de la fotografía intrusiva. El Consejo Jurídico no hizo ningún comentario sobre el fondo de la propuesta y el 7 de



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

febrero de 2013 el Gobierno presentó el proyecto de ley al Parlamento sueco proponiendo criminalizar la fotografía intrusiva de conformidad con la propuesta remitida al Consejo Jurídico el 20 de diciembre de 2012. La Ley (SFS 2013: 366) fue promulgada por el Parlamento el 29 de mayo de 2013 y entró en vigor el 1 de julio de 2013. En adelante, el Artículo 6 del Capítulo 4 del Código Penal, relativo a los crímenes contra la libertad y la paz, dice lo siguiente:

“Una persona que, con la ayuda de medios técnicos, grabe ilícita y secretamente alguien que se encuentre dentro de una casa o en un baño, en un vestuario u otro espacio similar, será sentenciada por fotografía intrusiva a una multa o prisión por un máximo de dos años.

No se impondrá responsabilidad penal si el acto es justificable considerando su propósito y otras circunstancias.

El primer párrafo es aplicable a una persona que representa a alguien con la ayuda de medios técnicos en el ejercicio del deber en nombre de una autoridad pública.»

En términos concretos, filmar encubiertamente a una persona sin su consentimiento en una ducha o baño sería punible como una fotografía intrusiva. Colocar, o "aparejar", una cámara con el objetivo de cometer un delito de fotografía intrusiva también sería punible como preparación para cometer dicho delito.

F. Derecho Interno referente al delito de pornografía infantil

44. En una sentencia de 25 de febrero de 2005 (NJA 2005, p. 80), que se refería a la fotografía y grabación de ciertas personas jóvenes mayores de 15 años pero menores de 18 años, el Tribunal consideró que el desarrollo puberal de las personas estaba claramente completo y que era imposible, solo con las imágenes o su presentación, determinar si habían alcanzado la edad de 18 años o no. Su edad no se pudo determinar a partir de ningún texto que acompañe a las imágenes o cualquier otra circunstancia. En tal situación, e independientemente de si la persona responsable de las imágenes tenía conocimiento de la edad de las personas o no, el acto no podría considerarse un delito de pornografía infantil.

G. Derecho Interno y labor legislativa en curso sobre compensación por vulneración del convenio

45. En una sentencia de 9 de junio de 2005 (NJA 2005, p. 462) relativa a una reclamación por daños y perjuicios presentada por una persona contra el Estado sueco, *inter alia*, sobre la base de una presunta vulneración del artículo 6 del Convenio debido a la excesiva duración del proceso penal, el Tribunal Supremo sostuvo que se había violado el derecho de la demandante en virtud de este artículo. Sobre la base de esta conclusión, y con referencia, entre otros, a los artículos 6 y 13 y la jurisprudencia del



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Tribunal en virtud de estas disposiciones, en particular el caso de Kudła v. Polonia ([GC], no. 30210/96, CEDH 2000- XI), el Tribunal Supremo concluyó que el reclamante tenía derecho a una indemnización del Estado directamente en virtud de la legislación sueca sobre responsabilidad extracontractual por daños materiales y en virtud del artículo 13 del Convenio por daños inmateriales en la medida en que no hubiera otro remedio disponible.

46. Se tomaron decisiones similares el 4 de mayo de 2007 (NJA 2007, p. 295), sobre la duración de la detención y el artículo 5 del Convenio, y el 21 de septiembre de 2007 (NJA 2007, p. 584) sobre el artículo 8 del Convenio.

47. Una decisión de Tribunal de 29 de octubre de 2007 (NJA 2007, p. 747) se refería a un reclamo por daños y perjuicios presentados por un individuo contra una compañía de seguros privada. La reclamación se trataba de una presunta vulneración del artículo 8 del Convenio relacionada con la vigilancia secreta realizada con respecto al demandante. El tribunal señaló que el Convenio no imponía deberes a las personas. Incluso si el Estado pudiera tener obligaciones positivas en virtud del Convenio, el tribunal continuó, en vista del valor del estado de derecho consagrado en el principio de previsibilidad, un individuo no podría estar obligado a compensar a otro individuo directamente en base al Convenio.

48. El derecho a obtener una indemnización basándose en una presunta violación del Convenio fue posteriormente reconocido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de diciembre de 2009 (NJA 2009, N 70), junio de 2010 (NJA 2010, p. 363) y abril de 2012 (NJA 2012, p. 211).

49. Además, el Canciller de Justicia ha emitido varias decisiones sobre indemnización a las personas por violaciones del Convenio.

50. Finalmente, en mayo de 2009, el Gobierno decidió establecer un comité (en särskild utredare) sobre responsabilidad extracontractual y el Convenio para examinar la situación legal actual. En diciembre de 2010, el comité presentó su informe (Skadestånd och Europakonventionen, SOU 2010: 87) al Gobierno. Propuso la inclusión de una disposición explícita en la Ley de responsabilidad civil extracontractual Permitiendo a las personas físicas y jurídicas obtener daños materiales e inmateriales del Estado o de un municipio por vulneración del Convenio. Tal acción contra las autoridades públicas sería examinada por un tribunal ordinario que primero necesitaría establecer que un derecho bajo el Convenio había sido vulnerado. El objetivo de la propuesta es cumplir, junto con los otros recursos legales ya existentes, las obligaciones de Suecia en virtud del Artículo 13 del Convenio.

III. CONVENIOS INTERNACIONALES

A. El Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño 1989

51. El Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptado por Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, tiene fuerza vinculante



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

en virtud del derecho internacional sobre los Estados contratantes, incluidos todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Fue ratificado por Suecia el 29 de junio de 1990 y sus artículos relevantes son los siguientes:

Artículo 19

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

Artículo 34

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”

B. El Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual

52. El presente Convenio obliga a sus Partes a tomar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prevenir todas las formas de explotación sexual y abuso sexual de niños y penalizar ciertas conductas intencionales, incluidos los delitos relacionados con la pornografía infantil. Fue firmado por Suecia el 25 de octubre de 2007 y entró en vigor el 1 de julio de 2010. Suecia lo ratificó el 28 de junio de 2013. Las partes relevantes del Capítulo VI, “Derecho penal sustantivo” establecen:

Artículo 18 – Abuso sexual

“1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales:

a) Realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades;

b) realizar actividades sexuales con un niño:
-Recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza; o abusando de una posición reconocida de confianza,

-autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia;



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

-o abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño.

3. Las disposiciones del apartado 1.a no tienen por objeto regular las actividades consentidas entre menores.”

Artículo 20 – Delitos relativos a la pornografía infantil

“1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita:

- a) La producción de pornografía infantil;
- b) la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil;
- c) la difusión o transmisión de pornografía infantil;
- c) la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil;
- d) la posesión de pornografía infantil;

f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

2. A efectos del presente artículo, por «pornografía infantil» se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

1. Cada Parte se reserva el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1.a a la producción y a la posesión de material pornográfico:

-Que consista exclusivamente en representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente;

-en el que participen niños que hayan alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18, cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular.

4. Cada Parte podrá reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1.f.”

Artículo 21 - Delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales:

a) Reclutar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos o favorecer la participación de un niño en dichos espectáculos;



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

b) obligar a un niño a participar en espectáculos pornográficos o beneficiarse de un niño o explotarlo de otro modo para tales fines;

c) asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográficos en los que participen niños.

2. Cada Parte podrá reservarse el derecho de limitar la aplicación del apartado 1.c a los casos en que los niños hayan sido reclutados u obligados según lo dispuesto en el apartado 1.a) o b).

...”

IV. DERECHO COMPARADO

53. Según la información disponible para el Tribunal, incluida una encuesta de treinta y nueve Estados miembros del Consejo de Europa, parece que la pornografía infantil está criminalizada en todos esos estados.

54. El acto aislado de filmar, fotografiar o retratar de forma encubierta / no consensuada a un niño con fines sexuales se tipifica como pornografía infantil o como delito específico en treinta y tres de los Estados miembros estudiados (Albania, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina , Bulgaria, Croacia, República Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, República de Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Polonia, Rumania, Rusia, Eslovaquia , Eslovenia, España, Suiza, Turquía, Ucrania y el Reino Unido), mientras que una condena en los seis Estados miembros restantes (Azerbaiyán, Dinamarca, Francia, Mónaco, Lituania y la ex República Yugoslava de Macedonia) solo se puede obtener cuando se intenta para distribuir el material pornográfico se puede probar. En la mayoría de los últimos países, la conducta en cuestión aún podría ser ilegal bajo otras disposiciones del Código Penal relacionadas con delitos sexuales.

55. El acto aislado de grabación / fotografía encubierta o no consensuada de una persona (un niño o un adulto) con fines no sexuales se considera un delito penal en veinticinco de los Estados miembros estudiados (Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Turquía y Ucrania), es decir, como una violación del derecho. a la privacidad Once de los catorce Estados miembros restantes que no incluyen delitos de privacidad en sus códigos penales prevén recursos civiles contra las infracciones de la privacidad de una persona. Tres de los Estados miembros examinados tampoco tienen un procedimiento de derecho civil para reclamos contra la captura encubierta / no consensuada de la imagen de uno.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SUPUESTAS VIOLACIONES DE LOS ARTICULO 8 Y 13 DEL CONVENIO

56. La demandante se quejó de que el Estado sueco no había cumplido con su obligación en virtud del artículo 8 de proporcionarle remedios contra la violación de su padrastrado de su integridad personal mientras había intentado filmarla desnuda en el baño cuando tenía 14 años. También se basó en el artículo 13 del Convenio.

57. El Tribunal reitera que es el maestro de la caracterización que se debe dar por ley a los hechos de un caso (véase, por ejemplo, *Aksu c. Turquía* [GC], núms. 4149/04 y 41029/04, § 43, CEDH 2012). En el presente caso, considera que la queja de la demandante se refiere exclusivamente a los recursos disponibles para ella contra su padrastrado, no los disponibles contra el Estado para hacer cumplir la sustancia de un derecho o libertad del Convenio a nivel nacional. Por lo tanto, la queja debe ser examinada en virtud del artículo 8 del Convenio, que establece lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

A. La sentencia de la Sala

58. En su sentencia de 21 de junio de 2012 (véase *E.S.c Suecia*, no. 5786/08, 21 de junio de 2012), la Sala también consideró que la queja debía ser examinada solo en virtud del artículo 8 del Convenio. Estaba convencido de que, aunque la legislación sueca no contenía ninguna disposición relativa a la grabación encubierta, existían leyes que podían, al menos en teoría, abarcar actos como el de este caso. Señaló que el fiscal, al acusar al padrastrado de la demandante, y el Tribunal de Distrito, al condenarlo el 14 de febrero de 2006, consideraron que el acto impugnado podría estar cubierto por la disposición sobre abuso sexual. En consecuencia, aunque en el momento relevante se había visto un resultado similar en la jurisprudencia sueca (véase NJA 1996, p. 418), no fue hasta que se dictó la sentencia del Tribunal de Apelaciones que quedó claro que el acto no podía constituir legalmente abuso sexual dada la falta del padrastrado de la demandante de la intención requerida de que ella se entere de la grabación. La Cámara también reiteró que el Tribunal de Apelaciones, en su sentencia que lo absolvió de abuso sexual, había señalado que sus actos podrían, al menos teóricamente, haber constituido el delito de intento de pornografía infantil bajo el Código Penal. Sin embargo, dado que la acusación no había presentado ningún cargo de ese tipo contra el padrastrado de la demandante, el Tribunal de Apelación no pudo examinar si podía ser



considerado responsable de ese delito. Por último, la Sala observó que la demandante disponía de recursos de derecho civil y que ella había elegido, representada por un abogado, unir su demanda por daños y perjuicios en el proceso penal. En esas circunstancias, la Sala concluyó que no existían fallas tan significativas en la legislación y la práctica suecas que pudieran constituir una violación de las obligaciones positivas de Suecia en virtud del Artículo 8.

B. Alegaciones de las partes

1. La demandante

59. La demandante alegó que el sistema legal sueco no proporcionó ningún remedio para protegerla contra las acciones concretas de su padrastro.

60. En primer lugar, con respecto a la disposición sobre abuso sexual, era un requisito para la convicción de que su padrastro debía intentar que la demandante supiera de la grabación, la razón es que una persona no podía ser molestada a menos que él o ella lo supiera. En consecuencia, en opinión de la demandante, su padrastro había sido absuelto de abuso sexual a causa de la construcción de esa disposición. Podría y debería haber sido interpretado de tal manera que penalizara la grabación, independientemente de que la demandante lo supiera o no en el momento en que se llevó a cabo. En consecuencia, la demandante consideró que la construcción de la disposición sobre abuso sexual estaba abierta a críticas, especialmente porque el acto en cuestión no estaba cubierto por otras disposiciones penales.

61. En segundo lugar, refiriéndose, *inter alia*, a los trabajos preparatorios de la disposición sobre pornografía infantil y a una opinión legal de la profesora Madeleine Leijonhufvud, la demandante alegó que su padrastro tampoco podría haber sido condenado por intento de pornografía infantil, porque faltaba un requisito básico para esa disposición, a saber, que la imagen en cuestión sea pornográfica. En el presente caso, las imágenes de una niña de 14 años que se desnuda antes de ducharse, en una situación cotidiana, no pueden considerarse pornográficas en el sentido del Capítulo 16, Artículo 10a, del Código Penal sobre pornografía infantil. Para que la película fuera pornográfica, su padrastro habría tenido que manipular la película, entre otras cosas, haciendo que pareciera que la demandante estaba posando para él, o colocando la película en un contexto pornográfico. Cuando el caso estaba pendiente ante los tribunales nacionales, no era posible especular sobre lo que su padrastro habría hecho con la película porque había sido destruida. En opinión de la demandante, por lo tanto, era completamente comprensible que el fiscal no hubiera formulado o modificado la acusación para incluir un delito de pornografía infantil, ya que dicho reclamo no habría tenido ninguna posibilidad de éxito.

62. Por las razones expuestas anteriormente, la demandante no criticó a la fiscalía por motivos de procedimiento por no cumplir con su obligación de acusar delitos o su deber de ayudarla a presentar demandas por daños y perjuicios en virtud del Capítulo 22 del Código de Procedimiento Judicial. En cambio, descubrió que el legislador y los



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

tribunales nacionales habían incumplido sus respectivas obligaciones positivas en el presente caso, el legislador debido a la falla de la ley y los tribunales debido a la falta de adjudicación de daños y perjuicios a la demandante.

63. Con respecto al legislador, la demandante observó que la mera grabación o representación de un menor en una situación que trastornó los aspectos esenciales de la integridad personal de la persona retratada no era un delito penal a menos que la imagen pudiera considerarse objetivamente pornográfica de acuerdo con el lenguaje común y valores generales. Para los adultos, tal protección no existía en absoluto. La demandante descubrió que la falta durante años de criminalizar el acto de grabación encubierta o ilícita equivalía a una violación del artículo 8. Señaló que la débil protección en esta área se conocía y discutía desde 1966. En su opinión, era inadecuado "cuantificar" esta deficiencia como un defecto "significativo" o "insuficientemente significativo" en la ley, a los efectos de un examen en virtud del artículo 8. Bastaba concluir que la protección del derecho al respeto de la vida privada era, y sigue siendo, insuficiente en el sistema legal sueco y que la demandante fue víctima de esa deficiencia. La misma señaló que la propuesta legislativa sobre la grabación encubierta se había iniciado después de que se había comunicado el caso de la demandante y que las medidas legislativas en curso parecían haber progresado bastante, especialmente después de que la Gran Sala había aceptado su solicitud de remisión de su caso, que demostró la necesidad urgente de tal protección legislativa.

64. Por último, refiriéndose al resultado del proceso penal ante los tribunales nacionales, la demandante alegó que el sistema sueco no le proporcionó un recurso civil para protegerla contra el acto de su padrastro. Sostuvo que, a pesar de su absolución, los tribunales podrían haberle otorgado una indemnización sobre la base de la Ley de responsabilidad civil o solo del Convenio. Observó que los tribunales nacionales eran los dueños de la clasificación de la ley y que, por lo tanto, no había sido necesario que las partes invocaran ninguna disposición legal. Además, dado que se trataba de una reclamación privada como consecuencia de un delito y se aplicó el Artículo 22 del Capítulo 22 del Código de Procedimiento Judicial, los tribunales tenían la obligación de determinar la reclamación, incluso si se determinaba que el acto no era punible en consecuencia, desde el punto de vista de la demandante, su reclamación debería haber sido determinada por los tribunales nacionales por propia iniciativa, a pesar de que no había invocado ninguna disposición legal específica.

2. El gobierno

65. El Gobierno alegó que Suecia había cumplido sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 en el presente caso. El acto en cuestión entraba dentro del alcance de la legislación penal sueca, en particular las disposiciones sobre abuso sexual y el delito de pornografía infantil, y no había elementos que sugirieran que la investigación primaria y el enjuiciamiento no se habían llevado a cabo de manera efectiva o de otra manera incompatible con la ley sueca o el artículo 8. El padrastro de la demandante había sido procesado por el acto, pero no podía ser condenado por la falta de pruebas necesarias.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Sin embargo, existían sanciones disuasorias en este caso y estaban respaldadas por mecanismos efectivos de aplicación de la ley.

66. Inicialmente, el Gobierno señaló que la Corte había declarado reiteradamente que los Estados gozaban de un amplio margen de apreciación con respecto a garantizar una protección adecuada en virtud del Artículo 8, incluso en casos de delitos muy graves como la violación de un menor (véase, por ejemplo, *MC v. Bulgaria*, n. ° 39272/98, § 154, CEDH 2003-XII), y que solo fallas significativas en la legislación y la práctica, y su aplicación, equivaldría a una violación de las obligaciones positivas de un Estado en virtud de dicha disposición.

67. En el presente caso, el padrastro de la demandante fue acusado de abuso sexual en virtud del Capítulo 6, Artículo 7 § 3, del Código Penal, y tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Apelación determinaron que su acto correspondía a los criterios objetivos que constituyeron este delito, pero este último descubrió que no era posible probar el elemento subjetivo requerido para la responsabilidad penal en virtud de esa disposición, a saber, su intención de que la demandante se enterara de la grabación. Por lo tanto, la razón de su absolución no fue la falta de una disposición de derecho penal que cubriera el acto relevante, sino la incapacidad del fiscal de demostrar que tenía la intención necesaria y, por lo tanto, que el delito se había cometido. El Gobierno señaló en este contexto que el Convenio no requería una garantía de que un enjuiciamiento debía resultar en una condena (ver, por ejemplo, *Öneryıldız v. Turquía [GC]*, no. 48939/99, §§ 96 y 147, CEDH 2004-XII).

68. El Gobierno observó que la disposición sobre abuso sexual había sido modificada el 1 de abril de 2005 y pasó al Capítulo 6, Artículo 10, del Código Penal. El factor crucial en la responsabilidad penal bajo la nueva redacción fue que el acto debe haberse cometido "de una manera que pueda violar la integridad sexual de esa persona". Refiriéndose a las declaraciones de la Comisión de Delitos Sexuales de 2008 sobre la disposición enmendada, el Gobierno señaló que después del 1 de abril de 2005, la disposición sobre abuso sexual también cubría situaciones como la que está en cuestión, en la que una persona filmó o fotografió de forma encubierta a otra persona en una forma sexualmente intrusiva.

69. El Tribunal de Apelación sostuvo en su sentencia de 16 de octubre de 2007 que el acto podría, al menos en teoría, constituir un intento de delito de pornografía infantil. Tanto el abuso sexual como la pornografía infantil caen dentro del dominio del enjuiciamiento público, en el cual se aplica el principio de objetividad, por el cual no se debe iniciar un enjuiciamiento si el fiscal considera que faltan las condiciones para una condena. En el presente caso, no había documentación sobre por qué el padrastro de la demandante tampoco fue acusado de intento de pornografía infantil. Por lo tanto, no fue posible para el Gobierno sacar conclusiones sobre los motivos específicos por los cuales el fiscal había decidido incluir solo el delito de abuso sexual en la acusación. Sin embargo, hubo varias razones posibles por las cuales no se enjuició por un delito de intento de pornografía infantil.

70. Una razón para esto podría haber sido que, en opinión del fiscal, no se cumplieron



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

algunas de las condiciones necesarias para tal delito. Un ejemplo de esto podría haber sido el criterio de que la imagen podría considerarse "pornográfica" en el lenguaje común. Eso significaba que no todas las representaciones de niños desnudos o imágenes en las que los genitales de un niño eran visibles podían ser castigadas, incluso si tales imágenes pudieran estimular el deseo sexual de algunas personas. Lo que estaba en la imagen y cómo se presentaba al niño en la imagen, entre otras cosas, a través del corte de la imagen, era relevante para esta evaluación.

71. En segundo lugar, la redacción de la disposición en el momento pertinente podría haber contribuido a la falta de expectativas por parte del fiscal de asegurar una condena por este delito, a saber, el requisito de que el desarrollo puberal del niño no estaba completo o, si era completo, que de la imagen y de sus circunstancias se desprende que el niño era menor de 18 años.

72. En tercer lugar, el hecho de que la madre de la demandante había destruido la película inmediatamente después del incidente en septiembre de 2002, y la demandante y su madre no informaron el incidente a la policía hasta septiembre de 2004, por lo tanto, mucho tiempo después de que el incidente hubiera tenido lugar, podría haber reducido las posibilidades de que la fiscalía demuestre que hubo una imagen "pornográfica" y que el desarrollo puberal de la demandante en el momento del evento, en septiembre de 2002, no había sido completo, o que era evidente por las circunstancias que ella había sido menor de 18 años.

73. En cuanto a la reclamación por daños y perjuicios de la demandante, el Gobierno señaló que, en virtud del Capítulo 29, sección 6, del Código de Procedimiento Judicial, cuando dicha reclamación se unió a un enjuiciamiento, la determinación del tribunal en cuanto a responsabilidad penal era vinculante para la adjudicación del reclamo privado. En consecuencia, no fue posible que el Tribunal de Apelaciones otorgara daños y perjuicios con base en el Capítulo 2, Artículo 3, de la Ley de Responsabilidad Civil por Daños, ya que no se había hecho ningún delito en el sentido del Código Penal. Sin embargo, desde el de vista del Gobierno, en el proceso penal la demandante, representado por un abogado, podría haber invocado otros motivos para su reclamación por daños y perjuicios contra su padrastro que el acto citado en la acusación, en particular que él había causado su daño personal al actuar negligentemente, bajo el Capítulo 2, sección 1, o la Ley de Responsabilidad Civil, que habría cubierto cualquier daño físico y psicológico. Según esa disposición, los daños podrían haberse otorgado también sobre la base de que una lesión había sido causada por actos no penales llevados a cabo intencionalmente o por negligencia.

74. El Gobierno señaló que los tribunales no podían otorgar daños y perjuicios basándose en el artículo 8 del Convenio como único fundamento jurídico. La razón de esto fue que, aunque el Convenio se había incorporado a la ley sueca, y el Tribunal Supremo de Suecia había establecido el principio de que un individuo podía recibir daños del Estado por violaciones del Convenio sin el apoyo de disposiciones específicas de la ley sueca, de acuerdo con el caso del Tribunal Supremo NJA 2007 (p. 747), este principio no podía aplicarse a las reclamaciones entre particulares, ya que sería difícil



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

para un individuo prever de la jurisprudencia del Tribunal cuándo podría ser responsable para pagar daños y perjuicios.

75. Por último, la labor legislativa en curso sobre la cobertura y el rodaje ilícito hasta la fecha había sido aprobado por el Gobierno el 1 de marzo de 2012 o una propuesta titulada "Fotografía intrusiva", que había sido modificada por una propuesta del 20 de diciembre de 2012 y había sido aprobada en sustancia por el Consejo de Derecho el 7 de febrero de 2013. Se propuso que la legislación entrara en vigor el 1 de julio de 2013. En términos concretos, según la propuesta, filmar de forma encubierta a una persona sin su permiso en una ducha o baño sería punible como intrusivo fotografía Colocando o aparejando, una cámara con el objetivo de cometer un delito o una fotografía intrusiva también sería punible como actos preparatorios para cometer dicho delito.

76. En vista de lo anterior, el Gobierno sostuvo que la ausencia en el momento pertinente de una disposición específica en la legislación sueca sobre actos de grabación encubierta o ilícita no podía considerarse una violación del derecho de la demandante a respetar la vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio.

3. Observaciones de los terceros intervinientes

77. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante consideró que la prueba de "falla significativa" aplicada por la Sala equivalía a una disminución de los estándares en la jurisprudencia del Tribunal sobre obligaciones positivas. En su opinión, la Gran Sala debería respaldar los principios de "prioridad a los derechos" y "eficacia". La primera exigía que los derechos del Convenio se atribuyeran principalmente a los intereses públicos en el análisis de proporcionalidad y que el Estado asumiera la carga de probar la proporcionalidad de sus inacciones. Esto último exigía la existencia en la práctica de un medio capaz de proteger un derecho del Convenio. En el contexto de la obligación positiva de investigar, cualquier deficiencia en la investigación que socavara la capacidad de establecer las circunstancias del caso o la responsabilidad del autor no cumplió con el estándar de efectividad.

C. Apreciación del Tribunal

1. Principios generales

78. El Tribunal reitera que el objeto del artículo 8 es esencialmente proteger a la persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas. Sin embargo, esta disposición no solo obliga al Estado a abstenerse de dicha interferencia: además de esta empresa principalmente negativa, existen obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas diseñadas para garantizar el respeto por la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí (véase, entre otros, *Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979, § 32, Serie A no. 32).

79. La elección de los medios calculados para garantizar el cumplimiento del artículo 8 del Convenio en el ámbito de las relaciones de las personas entre sí es, en principio, una cuestión que cae dentro del margen de apreciación de los Estados contratantes, ya



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

sea que las obligaciones del Estado sean positivas o negativas. Existen diferentes formas de garantizar el respeto por la vida privada y la naturaleza de la obligación del Estado dependerá del aspecto particular de la vida privada que esté en cuestión (véase, por ejemplo, *Von Hannover c. Alemania* (no. 2) [GC], Nos. 40660/08 y 60641/08, § 104, CEDH 2012; *Odièvre c. Francia* [GC], no. 42326/98, § 46, CEDH 2003-III; *Evans v. el Reino Unido* [GC], no. 6339/05, § 77, CEDH 2007-I; y *Mosley v. Reino Unido*, no 48009/08, § 109, 10 de mayo de 2011). Cuando está en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, o donde las actividades en juego involucran un aspecto más íntimo de la vida privada, el margen permitido al Estado se reduce correspondientemente (ver *Mosley*, citado anteriormente, § 109).

80. Con respecto a la protección de la integridad física y psicológica de un individuo frente a otras personas, el Tribunal ha sostenido anteriormente que las obligaciones positivas de las autoridades- en algunos casos en virtud de los artículos 2 o 3 del Convenio y en otros casos en virtud del artículo 8, tomadas solas o en combinación con el Artículo 3- puede incluir el deber de mantener y aplicar en la práctica un marco legal adecuado que brinde protección contra actos de violencia por parte de particulares (véase, entre otros, *Osman c. Reino Unido*, 28 de octubre de 1998, §§ 128-30, *Informes de sentencias y decisiones 1998-VIII*, §§ 128-30; *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, no. 71127/01, § 65, 12 de junio de 2008; *Sandra Janković v. Croacia*, no. 38478/05, § 45, 5 de marzo de 2009; *A c. Croacia*, no. 55164/08, § 60, 14 de octubre de 2010; y *Đorđević v. Croacia*, no. 41526/10, §§141-43, CEDH 2012).

81. Con respecto a los niños, que son particularmente vulnerables, las medidas aplicadas por el Estado para protegerlos contra los actos de violencia que entran en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8 deberían ser efectivos e incluir medidas razonables para prevenir los malos tratos que las autoridades tuvieron, o debería haber tenido conocimiento y disuasión efectiva contra tales violaciones graves de integridad personal (ver *Z y otros c. Reino Unido* [GC], no. 29392/95, § 73, CEDH 2001-V, y *MP y otros c. Bulgaria*, n. ° 22457/08, § 108, 15 de noviembre de 2011). Dichas medidas deben tener como objetivo garantizar el respeto de la dignidad humana y proteger el interés superior del niño (ver *CAS y CS v. Rumania*, no. 26692/05, § 82, 20 de marzo de 2012, y *Pretty c. Reino Unido*, no 2346/02, § 65, CEDH 2002-III).

82. En lo que respecta, más específicamente, a los actos graves como la violación y el abuso sexual de niños, donde los valores fundamentales y los aspectos esenciales de la vida privada están en juego, corresponde a los Estados miembros garantizar que existan disposiciones eficaces de derecho penal (ver, para ejemplo, *X e Y v. los Países Bajos*, 26 de marzo de 1985, § 27, Serie A no. 91, y *MC v. Bulgaria*, citado anteriormente, § 150). Esta obligación también se deriva de otros instrumentos internacionales, como, entre otros, los artículos 19 y 34 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Capítulo VI, "Derecho penal sustantivo", del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de Niños contra la explotación sexual y el abuso sexual (véanse los párrafos 51 y 52 supra).



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

83. Con respecto a tales actos graves, la obligación positiva del Estado en virtud de los artículos 3 y 8 de salvaguardar la integridad física del individuo también puede extenderse a cuestiones relacionadas con la efectividad de la investigación penal (ver, entre otras autoridades, *CAS y CS c. Rumania, citados anteriormente, § 72; MP y otros c. Bulgaria, citado anteriormente, §§ 109-10; y MC v. Bulgaria, citado arriba, § 152*) y a la posibilidad de obtener reparación y reparación (ver, *mutatis mutandis, CAS y CS v Rumania, citado anteriormente, § 72*), aunque no existe el derecho absoluto de obtener el enjuiciamiento o la condena de una persona en particular donde no hubo fallas culpables al tratar de responsabilizar a los autores de delitos penales (ver, por ejemplo, *Brecknell v. Reino Unido, n. ° 32457/04, § 64, 27 de noviembre de 2007, y Szula c. El Reino Unido (dec.), No. 18727/06, 4 de enero de 2007*).

84. En cuanto a los actos que no alcanzan la seriedad de los que están en cuestión en *X e Y c. Los Países Bajos* (citado anteriormente) y *M.C. c. Bulgaria* (citado anteriormente), el Tribunal ha examinado en virtud del artículo 8 la obligación del Estado de proteger, por ejemplo, a un menor contra tergiversaciones maliciosas (véase *KU c. Finlandia, no. 2872/02, §§ 45-49, CEDH 2008*). El acto en ese caso no involucró ninguna violencia física, pero no podía considerarse trivial, ya que implicaba una amenaza potencial para el bienestar físico y mental del menor, provocado por la situación impugnada, es decir, que fue el objetivo de los enfoques por pedófilos. El acto constituía un delito penal en virtud de la legislación interna y el Tribunal consideró que la protección práctica y efectiva de la demandante requería la disponibilidad de un recurso que permitiera identificar al delincuente real y llevarlo ante la justicia.

85. Sin embargo, en términos más generales, con respecto a los actos menos graves entre individuos, que pueden violar la integridad psicológica, la obligación del Estado en virtud del Artículo 8 de mantener y aplicar en la práctica un marco legal adecuado que brinde protección no siempre requiere que disponga de una ley penal eficiente que cubra el acto específico. El marco legal también podría consistir en remedios de derecho civil capaces de brindar protección suficiente (ver, *mutatis mutandis, X e Y c. Holanda, citado anteriormente, §§ 24 y 27, y KU c. Finlandia, citado arriba, § 47*) El Tribunal observa, por ejemplo, que en algunos casos anteriores relacionados con la protección de la imagen de una persona contra el abuso por parte de otros, los recursos disponibles en los Estados miembros han sido de naturaleza civil, posiblemente combinados con recursos procesales como la concesión de una orden judicial (véase, entre otros, *Von Hannover, citado anteriormente; Reklós y Davourlis c. Grecia, n. ° 1234/05, 15 de enero de 2009; y Schüssel c. Austria (dec.), n. 42409/98, 21 de febrero de 2002*).

2. Aplicación de los principios mencionados anteriormente al presente caso

86. El Tribunal observa que el Tribunal de Apelación determinó que el acto del padraastro de la demandante constituía una violación de su integridad personal (véase el párrafo 23 anterior). El Tribunal respalda este hallazgo y considera, por un lado, que las circunstancias se vieron agravadas por el hecho de que la demandante era menor de edad, que el incidente tuvo lugar en su casa, donde se suponía que debía sentirse segura, y que el delincuente estaba su padraastro, una persona en quien tenía derecho y en quien



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

esperaba confiar. Este evento afectó a la demandante en aspectos muy íntimos de su vida privada. Por otro lado, observa que el delito en cuestión no involucró violencia física, abuso o contacto. Si bien toma nota de la decisión de los tribunales nacionales de que el acto de su padrastro fue ciertamente censurable, en opinión del Tribunal, el acto en cuestión no alcanzó la gravedad de los actos graves en la jurisprudencia citada anteriormente que se refería a la violación y el abuso sexual de niños (véase el párrafo 81 supra), considerado no solo en virtud del artículo 8 del Convenio sino también del artículo 3.

87. Sobre el último punto, vale la pena señalar que la demandante, además de quejarse de la falta de un recurso penal con referencia a la construcción del delito de abuso sexual y la ausencia en la legislación sueca de un delito separado de grabación encubierta o ilícita, también se quejó que el sistema sueco no le dio un remedio civil para protegerla contra el acto de su padrastro. Más específicamente, la demandante sostuvo que los tribunales nacionales no habían cumplido sus obligaciones positivas debido a que no le otorgaron una indemnización, ya sea en virtud de la Ley de responsabilidad civil o del convenio. En consecuencia, la demandante no alegó que recurrir al derecho penal era la única forma en que Suecia podía cumplir con su obligación en virtud del artículo 8 de protegerla contra el acto de su padrastro.

88. La demandante no se quejó de la efectividad de la investigación penal llevada a cabo por las autoridades suecas. El Tribunal no ha encontrado ninguna evidencia de que la manera en que las autoridades investigadoras y la fiscalía pública desempeñaron sus tareas no fue efectiva para salvaguardar la integridad física de la demandante, o que no cumplieron con su obligación positiva de llevar a cabo un enjuiciamiento efectivo para garantizar una protección adecuada de los derechos de la demandante en virtud del artículo 8 del Convenio.

89. A la luz de estas observaciones preliminares, el Tribunal procederá a examinar si, en las circunstancias específicas del caso que tenía ante sí, Suecia tenía un marco legal adecuado que proporcionara a la demandante protección contra las acciones concretas de su padrastro y lo hará, para este fin, evalúe cada uno de los remedios supuestamente disponibles para ella.

90. Este enfoque, debe enfatizarse, difiere del seguido por la Sala, que señaló que "solo fallas significativas en la legislación y la práctica, y su aplicación, equivaldría a una violación de las obligaciones positivas del Estado en virtud del Artículo 8". Esto fue con referencia a los términos utilizados en *M.C. c. Bulgaria* (citado anteriormente, § 167) en relación con el alcance de las obligaciones positivas del Estado en virtud de los artículos 3 y 8 del Convenio para brindar protección contra la violación y el abuso sexual. Sin embargo, en esa sentencia, el Tribunal había aplicado la prueba de "falla significativa" a "presuntas deficiencias en la investigación", señalando que "no estaba preocupado por alegaciones de errores u omisiones aisladas" (ibid., § 168) y sostuvo que las deficiencias fueron "significativas" (ver, por ejemplo, *MC c. Bulgaria*, citado anteriormente, §§ 179 y 184; ver también *M. y C.c. Rumania*, no. 29032/04, §§ 112 et seq., 27 de septiembre de 2011; comparar y contrastar *Siliadin c. Francia*, n.º 73316/01,



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

§ 130, *CEDH 2005-VII*, donde dicha redacción se utilizó en relación con una revisión de la legislación y la práctica en virtud del artículo 4 del Convenio).

91. La Gran Sala considera que una prueba de falla tan significativa, aunque comprensible en el contexto de las investigaciones, no tiene un papel significativo en una evaluación de si el Estado demandado había establecido un marco legal adecuado en cumplimiento de sus obligaciones positivas en virtud del Artículo 8 del Convenio, ya que la cuestión ante el Tribunal se refiere a la cuestión de si la ley otorgaba un nivel aceptable de protección al demandante en tales circunstancias.

(a) Pornografía infantil

92. Desde el principio, el Tribunal señala una parte considerable de los alegatos de las partes antes de que se dedicara a la existencia, según la ley sueca, del delito de intento de pornografía infantil y su relevancia para el caso en consideración. Esto tenía su origen en el hecho de que al absolver al padrastro de la demandante del cargo de abuso sexual (según el Capítulo 6, Artículo 7 § 3, del Código Penal) en su sentencia de 16 de octubre de 2007, el Tribunal de Apelación afirmó en un *obiter dictum* que, teniendo en cuenta la edad la demandante, el acto en cuestión podría, al menos en teoría, haber constituido un intento de pornografía infantil en virtud del Capítulo 16, Artículo 10a, del Código Penal (ver las disposiciones citadas en los párrafos 31 a 32 anteriores). Sin embargo, dado que no se presentaron cargos de ese tipo contra el padrastro de la demandante, no pudo examinar si podría ser considerado responsable de tal delito (ver el párrafo 24 anterior).

93. El Gobierno consideró que el tipo de acto en cuestión en el caso de la demandante podría, bajo ciertas circunstancias, no solo estar dentro de las disposiciones sobre abuso sexual, sino también dentro de aquellos sobre intento de pornografía infantil.

94. Sin embargo, aunque reconoció que no había información disponible sobre si, en el momento pertinente, el fiscal público había considerado acusar al padrastro de la demandante por intento de pornografía infantil, el Gobierno enumeró una serie de posibles razones por las cuales el fiscal podría haber decidido no hacerlo. Así, en particular, una serie de dificultades para aportar pruebas suficientes para demostrar que ha habido una imagen "pornográfica" (véanse los párrafos 69 a 72 anteriores). Por ejemplo, señalaron que la madre de la demandante había destruido la película inmediatamente después del incidente en septiembre de 2002 y que la demandante y su madre no habían denunciado el incidente a la policía hasta septiembre de 2004, por lo tanto, mucho tiempo después de los hechos.

95. El Tribunal también ha señalado que, en opinión de la demandante, expresado con referencia, entre otras cosas, a las labores legislativas de la disposición sobre pornografía infantil y a una opinión legal (véase el párrafo 61 *supra*), incluso si el video hubiera existido, su padrastro no podría haber sido condenado por intento de pornografía infantil debido a que la condición básica para el delito, a saber, que la imagen en cuestión sea "pornográfica", estaba ausente. Las imágenes de una niña de 14



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

años que se desnuda antes de ducharse en una situación cotidiana no pueden considerarse pornográficas en el sentido del Capítulo 16, Artículo 10a, del Código Penal sobre pornografía infantil. Para que la película sea pornográfica, tendría que haber sido manipulada por el padrastro de la demandante, por ejemplo, haciéndola parecer como si hubiera estado posando para él, o de lo contrario colocar la película en un contexto pornográfico. Si se hubiera presentado un cargo por el delito de intento de pornografía infantil en el presente caso, no habría tenido ninguna posibilidad de éxito. La demandante solicitó al Tribunal que ignore la existencia de este delito en virtud de la legislación nacional pertinente en el examen de su denuncia.

96. El Tribunal observa que el término "imagen pornográfica" no se definió en el Código Penal y que las labores legislativas mencionadas por la demandante establecían lo siguiente:

“se requirió cierta prudencia para que el área criminalizada no se volviera demasiado amplia o difícil de evaluar. No era la intención criminalizar cada exposición de niños desnudos o todas las imágenes en las que se pueden percibir los genitales de un niño, incluso si tales imágenes pueden estimular los instintos sexuales de algunas personas. Para que el manejo de una imagen sea ilegal, era una condición que fuera pornográfica de acuerdo con el lenguaje común y los valores generales” (véase el párrafo 33 anterior).

97. En este contexto, la posibilidad de que el delito de intento de pornografía infantil haya brindado protección a la demandante con respecto al acto específico en cuestión parece bastante teórica. El Tribunal no está convencido de que el acto de su padrastro estuviera cubierto por dicho delito y no ve la necesidad en las circunstancias particulares de especular sobre las implicaciones para la protección del derecho de la demandante al respeto de su vida privada según el Artículo 8 del Convenio tenía un cargo por tal conducta también se ha presentado.

(b) Abuso sexual

98. Otro asunto es la cuestión de si el delito de abuso sexual proporcionó a la demandante la protección requerida por el artículo 8 del Convenio. Antes del 1 de abril de 2005, la parte relevante de la disposición sobre abuso sexual en virtud del Capítulo 6, Artículo 7 § 3, del Código Penal establecía lo siguiente:

“[Se impondrá una sentencia por abuso sexual] si una persona se expone a sí misma de tal manera que la naturaleza de la misma ofende o se comporta manifiestamente de manera indecente por palabra o acción hacia este último de una manera que viole flagrantemente un sentido de propiedad . ”

99. El padrastro de la demandante fue condenado en consecuencia por el Tribunal de Distrito el 14 de febrero de 2006. El Tribunal de Apelación lo absolvió mediante una sentencia de 16 de octubre de 2007, ya que consideró que, legalmente, el acto no podía constituir abuso sexual. El Tribunal de Apelaciones determinó que su motivo había sido filmar a la demandante de forma encubierta con fines sexuales. Por lo tanto, se consideró cierto que no tenía la intención de la demandante se enterara de la filmación. Según el tribunal, tampoco era indiferente al riesgo de que ella lo descubriera. El



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Tribunal de Apelaciones se refirió a una sentencia (NJA 1996, p. 418) en la que el Tribunal Supremo había sostenido, entre otras cosas, que la grabación encubierta no era un delito en sí misma, ya que en la legislación sueca no había una prohibición general de filmar a una persona sin su consentimiento. Siguiendo esa línea de razonamiento, y aunque descubrió que el acto en cuestión constituía una violación de la integridad personal, en particular a la luz de la edad y la relación de la demandante con su padrastro, el Tribunal de Apelación determinó que no podía ser considerado penalmente responsable por el acto aislado de filmar a la demandante sin su conocimiento. Incluso si ella había obtenido conocimiento de la grabación después, el tribunal reiteró que este conocimiento no estaba cubierto por la intención de su padrastro. El Tribunal Supremo rechazó la autorización para apelar el 12 de diciembre de 2007.

100. Para que el delito de abuso sexual bajo el Capítulo 6, Artículo 7 § 3, del Código Penal fuera extendido, era un requisito al realizar el acto que el delincuente pretendiera que la víctima descubriera sobre el abuso sexual o que el delincuente era indiferente al riesgo de que la víctima lo descubriera. En otras palabras, la víctima no puede ser considerada abusada sexualmente a menos que él o ella estén al tanto del abuso sexual. Se recordará que el padrastro de la demandante fue condenado por abuso sexual en virtud de dicha disposición en lo que respecta a los dos cargos de comportamiento indecente contra la prima de 16 años de la demandante, a saber, por haber acariciado su muslo y por haber expresado su deseo de tener relaciones sexuales con ella (ver el párrafo 14 anterior).

101. Esta interpretación de la disposición sobre abuso sexual por parte del Tribunal de Apelación fue confirmada en otro caso por el Tribunal Supremo en una sentencia de 23 de octubre de 2008 (NJA 2008, p. 946) (véase el párrafo 40 supra). La Corte Suprema absolvió a una persona de abuso sexual y reiteró al mismo tiempo que la ley sueca no contenía ninguna prohibición general contra la grabación encubierta. Además, señaló que aunque la necesidad de un marco legal fortalecido en este sentido había sido reconocida en el trabajo legislativo sueco ya en la década de 1960, hasta ahora no había dado ningún resultado concreto. Encontró muy cuestionable si el hecho de que los actos de grabación de una persona en situaciones en las que tal grabación vulnerara gravemente la integridad personal de la persona en cuestión quedaran totalmente impunes según la legislación sueca era compatible con los requisitos del artículo 8 del Convenio.

102. La demandante alegó que la construcción de la disposición sobre abuso sexual tal como estaba redactada antes del 1 de abril de 2005 estaba abierta a críticas. En la medida en que esta crítica no solo estaba dirigida a los legisladores sino también a la interpretación del Tribunal de Apelación en su sentencia de 16 de octubre de 2007, y posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo en otro caso, el Tribunal reitera que no es su labor sustituir a los tribunales nacionales. Corresponde principalmente a las autoridades nacionales, especialmente a los tribunales, resolver los problemas de interpretación de la legislación nacional (véase *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía [GC]*, nº 13279/05, § 49, 20 de octubre de 2011). El Tribunal está de acuerdo con la



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

demandante, sin embargo, no se debió a la falta de evidencia requerida, según lo sostenido por el Gobierno, que su padrastro fue absuelto de abuso sexual, sino, como lo señaló el Tribunal de Apelaciones, porque, legalmente en el momento pertinente, el acto no pudo constituir abuso sexual.

103. La disposición sobre abuso sexual se modificó el 1 de abril de 2005, por lo tanto, después de que el acto en el presente caso se cometió en septiembre de 2002, y antes de la absolución del padrastro de la demandante en el proceso penal. Posteriormente, la disposición sobre abuso sexual también incluyó actos realizados "de una manera que [probablemente] violara la integridad sexual de esa persona". Posteriormente, la Comisión de Delitos Sexuales de 2008 declaró que, en su opinión, la disposición modificada incluía acciones dirigidas a personas que estaban inconscientes o dormidas y que también podría usarse en situaciones en las que una persona había filmado o fotografiado a otra persona de una manera sexualmente intrusiva.

104. El Tribunal considera que el Gobierno no ha señalado ninguna jurisprudencia nacional en la que la disposición modificada sobre abuso sexual se haya aplicado a la grabación encubierta realizada después del 1 de abril de 2005. En cualquier caso, basta con concluir que la disposición sobre abuso sexual redactada antes del 1 de abril de 2005, e interpretada en el presente caso por el Tribunal de Apelación en su sentencia de 16 de octubre de 2007, que se convirtió en definitiva cuando el Tribunal Supremo rechazó la autorización para apelar, no pudo cubrir legalmente el acto en cuestión y, por lo tanto, no protegió la demandante contra la falta de respeto por su vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio.

(c) Legislación reciente sobre filmación encubierta

105. Tampoco parece que las lagunas mencionadas anteriormente en la protección sustantiva de los derechos del artículo 8 de la demandante hayan sido remediadas de alguna manera por otras disposiciones nacionales existentes en ese momento. A este respecto, el Tribunal no puede dejar de señalar que la ausencia de tales disposiciones ha sido motivo de preocupación en Suecia y que muchos otros Estados miembros tienen una legislación vigente que cubre el acto aislado de filmar / fotografiar de forma encubierta o no consensuada (niño o adulto) para fines que no sean sexuales, ya sea en virtud de la ley penal o civil (ver párrafo 55 anterior). Según la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 (NJA 2008, p. 946 - véase el párrafo 40 supra), la necesidad de un marco legal reforzado contra la grabación encubierta ya había sido reconocida en la labor legislativa sueca en la década de 1960, pero aún no había liderado a cualquier resultado concreto. El Tribunal Supremo consideró muy cuestionable si el hecho de que los actos de filmación de una persona en situaciones en las que tal filmación violara profundamente la integridad personal de la persona en cuestión quedaran totalmente impunes de conformidad con la legislación sueca era compatible con los requisitos del artículo 8 el Convenio (ver también el párrafo 101 anterior).



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

106. El Tribunal observa que la propuesta más reciente del Gobierno, de 20 de diciembre de 2012, titulada "Fotografía intrusiva", ha sido adoptada por el Parlamento. En términos concretos, según las nuevas disposiciones, que entraron en vigor el 1 de julio de 2013, filmar de forma encubierta a una persona sin su consentimiento en la ducha o en el baño sería punible como fotografía intrusiva. Colocar, o "aparejar", una cámara con el objetivo de cometer un delito de fotografía intrusivo también sería punible como preparación para cometer dicho delito (véase el párrafo 43 anterior).

107. El Tribunal observa además que la legislación está diseñada para cubrir un acto como el que está en cuestión en el presente caso. También observa que los principios establecidos en la Ley de Libertad de Prensa y la Ley Fundamental de Libertad de Expresión, que forman parte de la Constitución sueca, especialmente en lo que respecta a la protección de los procuradores de información a los medios de comunicación, fueron cuidadosamente considerados antes de la dicho proyecto de ley podría presentarse al Parlamento. Sin embargo, como era indiscutible, la demandante no podía basarse en la nueva legislación sobre un incidente que tuvo lugar en 2002 y no podía valerse de tal protección de su derecho al respeto de su vida privada.

(d) Recursos de derecho civil

108. En este caso, el recurso al derecho penal no era, en opinión del Tribunal, necesariamente la única forma en que el Estado demandado podía cumplir con sus obligaciones en virtud del artículo 8 del Convenio. En consecuencia, surge la pregunta de si la demandante tenía un recurso civil disponible para ella.

109. A este respecto, debe observarse que la demandante unió su demanda civil por daños y perjuicios contra su padrastro a los procesos penales en su contra. Por lo tanto, el 20 de enero de 2006, representada por un abogado, la demandante presentó un reclamo por daños y perjuicios de SEK 25,000, con SEK 15,000 de esta suma como compensación por violación de su integridad personal y SEK 10,000 por dolor y sufrimiento. Como base para su reclamo, la demandante se refirió a "el acto criminal por el cual su padrastro estaba siendo procesado".

110. Según el Gobierno, el reclamo se fundó en parte en la sección 1 y en parte en la sección 3 del Capítulo 2 de la Ley de Responsabilidad Civil (ver párrafo 37 anterior)

111. En su sentencia de 14 de febrero de 2006 que condenó al padrastro de la demandante, el Tribunal de Distrito le ordenó pagar a la demandante daños y perjuicios por un monto de SEK 20,000. Sin embargo, cuando lo absolvió en su sentencia del 16 de octubre de 2007, debido a que el acto no podía constituir legalmente abuso sexual, el Tribunal de Apelación también desestimó la demanda de daños de la demandante. El Gobierno señaló a este respecto que, en virtud del Capítulo 29, sección 6, del Código de Procedimiento Judicial, cuando una demanda civil se une a un enjuiciamiento, la decisión del tribunal en materia de responsabilidad penal es vinculante para la adjudicación del reclamo privado. En consecuencia, no fue posible que el Tribunal de Apelación otorgara daños y perjuicios basados en Capítulo 2, sección 3, de la Ley de



responsabilidad civil extracontractual, ya que no se había hecho ningún delito en el sentido del Código Penal. Esta conclusión es consistente con la declaración de la Corte Suprema en la sentencia posterior, NJA 2008, p. 946 (véase el párrafo 40 supra) de 23 de octubre de 2008, que la ley sueca no contenía ninguna prohibición general contra la grabación encubierta y que en los casos en que dicha grabación no constituía un delito, no se podían otorgar daños.

112. Sin embargo, el Gobierno sostuvo que en el proceso penal la demandante podría haber invocado otros motivos en apoyo de la reclamación por daños y perjuicios dirigidos contra su padrastro, a saber, que él había causado su lesión personal al actuar negligentemente en virtud del Capítulo 2, sección 1, de la Ley de responsabilidad civil extracontractual, que podría haber cubierto cualquier daño físico y psicológico (véase el párrafo 73 anterior).

113. A este respecto, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el padrastro de la demandante no alegó en ningún momento durante la investigación o el proceso penal que había dejado la cámara en modo de grabación en el cesto de la ropa en el baño por accidente. Por el contrario, reconoció que había sido un acto voluntario pero impulsivo. Por lo tanto, en opinión del Tribunal, no podía esperarse que la demandante y su abogado hubieran invocado negligencia solo para asegurarse de que su reclamo sea tratado en caso de que el acto no se considerara cubierto por el delito de abuso sexual.

114. En consecuencia, el Tribunal no está convencido de que en la situación específica en cuestión, donde el acto en cuestión no estaba legalmente cubierto por la disposición sobre abuso sexual y donde la grabación encubierta en general no constituía un delito, la demandante tenía un recurso civil disponible para ella.

(e) Compensación en base al Convenio

115. Por último, el Tribunal ha considerado la afirmación de la demandante de que los tribunales nacionales en el proceso penal podrían haberle otorgado una indemnización solo con base al Convenio, pero no lo habían hecho por su propia iniciativa.

116. Como señaló el Gobierno, aunque el Tribunal Supremo había establecido un principio por el cual un individuo podía recibir daños del Estado por violaciones del Convenio sin el apoyo de disposiciones específicas de la ley sueca, esto no podría aplicarse a reclamos entre individuos, ya que Sería difícil para un individuo prever de la jurisprudencia del Tribunal cuándo podría ser responsable de pagar daños y perjuicios (NJA 2007, p. 747, véase el párrafo 47 supra). Teniendo en cuenta la práctica interna sueca en materia de indemnización por violaciones del Convenio (véanse los párrafos 45 a 50 supra), incluida la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, el Tribunal no está convencido de que esta supuesta vía de reparación realmente existiera o de que pudiera haber sido inventada por la ausencia de un recurso civil en la situación específica en cuestión como se encuentra arriba.

(f) Conclusión



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

117. Teniendo en cuenta todas las consideraciones mencionadas anteriormente, el Tribunal no está convencido de que la legislación sueca pertinente, tal como estaba en septiembre de 2002, cuando el hecho específico del padrastro de la demandante quien intentaba filmarla desnuda en el baño con fines sexuales garantizó la protección de su derecho al respeto de su vida privada de una manera que, a pesar del margen de apreciación del Estado demandado, cumplió con sus obligaciones positivas en virtud del Artículo 8 del Convenio. El hecho en cuestión violó la integridad de la solicitante; se vio agravado por el hecho de que era menor de edad, que el incidente tuvo lugar en su casa, donde se suponía que debía sentirse segura, y que el delincuente era su padrastro, una persona a la que tenía derecho y que confiaba. Sin embargo, como el Tribunal ha encontrado anteriormente, no existía un recurso penal ni un recurso civil según la ley sueca que pudiera permitir a la demandante obtener protección efectiva contra dicha violación de su integridad personal en las circunstancias concretas de su caso. En consecuencia, ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

II APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

118. El artículo 41 del Convenio 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. Daños

119. La demandante reclamó 20,000 euros (EUR) en compensación por daños inmateriales.

120. El Gobierno consideró que esa cantidad era excesiva. En su opinión, una cantidad que no exceda un total de 3.000 euros sería suficiente para compensar a la demandante.

121. El Tribunal considera que la demandante debe haber sufrido un daño inmaterial que no está suficientemente compensado por el mero hallazgo de vulneración del artículo 8. Al pronunciarse sobre una base equitativa, le otorga a la demandante 10.000 euros con respecto al daño inmaterial.

B. Costas y gastos

122. La demandante reclamó 516,410 coronas suecas (SEK) (correspondientes a aproximadamente 60,500 EUR) incluyendo el impuesto al valor agregado (IVA) para costas y gastos, que comprendieron:

(i) 146.250 coronas suecas para los honorarios de abogados incurridos en los procedimientos ante la Cámara, equivalentes a 65 horas a una tarifa por hora de 1.800 coronas suecas (sin IVA);



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

(ii) 353.750 coronas suecas para honorarios de abogados incurridos en los procedimientos ante la Gran Sala, equivalentes a 141.50 horas a una tarifa por hora de 2,000 coronas suecas (sin IVA);

(iii) 11.021 coronas suecas por una opinión legal obtenida;

(iv) 5.389 coronas suecas para gastos de viaje y una asignación para gastos incurridos por sus tres abogados al asistir a la audiencia ante la Gran Sala.

En relación con este último elemento, la demandante también reclamó una indemnización por los gastos que ascienden a 3.260,60 euros por los billetes de avión y los costos de alojamiento incurridos por ella y sus tres abogados al asistir a la audiencia ante la Gran Sala.

123. El Gobierno consideró que los honorarios de los abogados eran excesivos tanto en cuanto a las horas como a la tarifa por hora. Consideraron un monto total de 80 horas razonable, así como una tarifa por hora correspondiente a la tarifa de asistencia legal por hora sueca, que para 2013 fue de 1.242 SEK (sin IVA). Con respecto a las otras costas y gastos, el Gobierno consideró que el costo de la opinión legal se había incurrido innecesariamente. No se opusieron al resto de las reclamaciones como tales.

124. De acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal, un demandante tiene derecho al reembolso de las costas y gastos solo en la medida en que se haya demostrado que estos se incurrieron real y necesariamente y son razonables en cuanto a cuantía.

125. Con respecto a los honorarios de los abogados, ya sea ante la Sala o la Gran Sala, el Tribunal puede aceptar una tarifa por hora como lo reclama la demandante. En el presente caso, teniendo en cuenta los documentos que posee y los criterios anteriores, el Tribunal considera razonable otorgar la suma de 25 000 EUR, IVA incluido (véase, por ejemplo, *X y otros contra Austria* [GC], no 19010/07, § 163, TEDH 2013; *Nada c. Suiza* [GC], nº 10593/08, § 245, TEDH 2012; y *Al-Jedda c. El Reino Unido* [GC], nº 27021/08, § 117, CEDH 2011).

126. En cuanto a las otros costas y gastos ante la Gran Sala, parece que el monto incluía billetes de avión para cinco personas. El Tribunal solo puede otorgar gastos de viaje a la demandante y sus tres abogados. Por lo tanto, adjudica a la demandante 4.700 euros bajo este título.

C. Interés por defecto

127. El Tribunal considera apropiado que la tasa de interés predeterminada se base en la tasa marginal de crédito del Banco Central Europeo, a lo que se deben agregar tres puntos porcentuales.

EN BASE A ESTOS MOTIVOS, ESTE TRIBUNAL

1. *Declara*, por dieciséis votos a uno, que ha habido una vulneración del Artículo 8 del convenio;



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

2. *Declara*, por dieciséis votos a uno,
- (a) que el Estado demandado debe pagar a la demandante, dentro del plazo de tres meses, los siguientes montos, para convertirlos a la moneda del Estado demandado a la tasa aplicable en la fecha de liquidación:
- (i) 10.000 euros (diez mil euros), más cualquier impuesto que pueda ser imputable, con respecto a daños inmateriales;
 - (ii) 29.700 euros (veintinueve mil setecientos euros) por concepto de costas y gastos, más cualquier impuesto que pueda ser imputable a la demandante a este respecto;
- (b) que desde el vencimiento de los tres meses antes mencionados hasta la liquidación, se pagarán intereses simples sobre los montos anteriores a una tasa igual a la tasa marginal de préstamo del Banco Central Europeo durante el período de incumplimiento más tres puntos porcentuales
3. *Desestima*, por unanimidad, el resto de la demanda por lo que respecta a la satisfacción equitativa.

Redactada en inglés y en francés, y presentado en una audiencia pública en el Edificio de Derechos Humanos, Estrasburgo, el 12 de noviembre de 2013.

Erik Fribergh
Secretario

Josep Casadevall
Presidente

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.2 del Convenio y la regla 74.2 del Reglamento, se adjuntan a esta sentencia los siguientes votos particulares:

- (a) Voto concurrente del juez Pinto de Albuquerque;
- (b) Voto disidente del juez Kalaydjieva.

J.C.
E.F.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE

El caso Söderman plantea tres cuestiones legales fundamentales, a saber, la obligación internacional de penalizar la filmación o la fotografía no consensuada; los límites de una interpretación evolutiva del derecho penal de acuerdo con las obligaciones internacionales del Estado demandado; y la fuerza legal del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("el Convenio") como base directa para otorgar una indemnización por daños inmateriales. Estoy de acuerdo con la mayoría en encontrar una violación del Artículo 8, aunque por diferentes razones. Además, habría abordado por separado la queja bajo el Artículo 13 tomada en conjunto con el Artículo 8 y habría encontrado una violación de la misma.

La obligación internacional de penalizar la grabación o la fotografía no consensuada

El Convenio garantiza el derecho a la protección de la imagen. Filmar o fotografiar a una persona sin su consentimiento infringe los derechos fundamentales de la personalidad, puesto que la imagen de una persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, ya que revela las características únicas de la persona y la distingue de sus pares. El derecho a la protección de la imagen de uno es, por lo tanto, uno de los componentes esenciales del desarrollo personal¹. El ámbito de protección de este derecho se define en términos generales, para incluir todas las situaciones y eventos en los que se captura la imagen de una persona sin su conocimiento y consentimiento y sin importar la naturaleza privada del entorno de la persona. También cubre el uso no autorizado por parte del delincuente, o el permiso del delincuente de uso por parte de un tercero, de imágenes obtenidas legalmente².

La protección de la imagen de una persona contra el abuso por parte de otros es una obligación de los Estados Partes, que deben evitar que se produzcan violaciones y proporcionar soluciones para las violaciones que ya han ocurrido³. Los estados no tienen discreción al proporcionar estos remedios. Donde una faceta particularmente importante de la personalidad del individuo está en juego el margen de apreciación del

¹ Ver *Von Hannover c. Alemania* (no. 2) [GC], núms. 40660/08 y 60641/08, § 96, CEDH 2012. Con respecto a los menores, el ejercicio del derecho a la protección de su imagen es supervisado por sus padres (véase *Reklos y Davourlis c. Grecia*, no. 1234/05, § 41, 15 de enero de 2009).

² Véase *Reklos y Davourlis*, citado anteriormente, § 40.

³ Véase, en imágenes de figuras públicas, *Schüssel c. Austria* (dec.), No. 42409/98, 21 de febrero de 2002; *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Austria*, no. 34315/96, § 37, 26 de febrero de 2002; y *Von Hannover*, citado anteriormente, § 57; y, en imágenes de personas no públicas, *Sciacca c. Italia*, no. 50774/99, § 28, CEDH 2005-I, y *Reklos y Davourlis*, citados anteriormente, § 35.



Estado es estrecho⁴ La obligación de penalizar la pornografía infantil se deriva de los artículos 16, 19 y 34 (c) del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁵ y el artículo 3 del Protocolo Facultativo del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, sobre la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil⁶. Los artículos 6 y 7 § 1 del Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil de la Organización Internacional del Trabajo (núm. 182) obligan a los Estados Partes a tomar medidas para eliminar, con las sanciones penales necesarias, la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, incluida la uso, reclutamiento u oferta de un niño para la prostitución, para la producción de pornografía o para actuaciones pornográficas⁷. La penalización de la pornografía infantil también es obligatoria en virtud del artículo 20 de la Convención del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual⁸ y el artículo 9 del Convenio del Consejo de Europa sobre la ciberdelincuencia⁹. El Consejo de la Unión Europea adoptó en 2003, la Decisión marco sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68 / JAI) según la cual los Estados miembros están obligados a penalizar la producción, distribución, difusión, transmisión, suministro o puesta a disposición, adquisición y posesión de pornografía infantil y establecer un nivel mínimo en 2003, la Decisión marco sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68 / JAI) según la cual los Estados miembros

⁴ Véase *Dudgeon c. The United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, § 52, Serie A no. 45; *Norris c. Irlanda*, 26 de octubre de 1988, § 46, Serie A no. 142; *A.D.T. c. el Reino Unido*, no. 35765/97, § 38, CEDH 2000-IX; *Christine Goodwin c. El Reino Unido* [GC], no. 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI; y *Evans c. el Reino Unido* [GC], no. 6339/05, § 77, CEDH 2007-I.

⁵ El Convenio tiene 193 Estados Partes y el Estado demandado la ratificó en 1990. A los efectos de esta opinión, consideraré que cualquier persona menor de 18 años es un niño, de acuerdo con el estándar establecido por la Convención de las Naciones Unidas. Esto no impide que los Estados Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos extiendan la protección legal de los niños más allá de esa edad.

⁶ El Protocolo fue adoptado en el año 2000 y entró en vigor en 2002. A partir de octubre de 2013, 166 Estados son parte del Protocolo, incluida Suecia, que lo ratificó el 19 de enero de 2007, es decir, antes de la sentencia del Tribunal de Apelación de Svea de 16 de octubre de 2007. El Artículo 3 (c) del Protocolo requiere que los Estados Parte penalicen la producción, distribución, difusión, importación, exportación, oferta, venta o posesión para los fines anteriores de pornografía infantil, a saber, "cualquier representación, por cualquier medio, de un niño participan en actividades sexuales explícitas reales o simuladas o cualquier representación de las partes sexuales de un niño con fines principalmente sexuales ". No obstante, el Comité de los Derechos del Niño ha alentado a los países a criminalizar la mera posesión (por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observaciones finales para Costa Rica del 2 de febrero de 2007, §§ 14-15, y para Chile de 1 de febrero de 2008, §§ 23-24).

⁷ La Convención entró en vigor en 2000 y tiene 174 Estados Partes. Suecia lo ratificó en 2001.

⁸ CETS no. 201. La Convención fue aprobada en 2007, entró en vigor en 2010, tiene 25 Estados Partes y fue ratificada por Suecia en 2013. Contiene la obligación de penalizar conductas para las cuales el Protocolo Facultativo de las Naciones Unidas sobre la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil, como la posesión de pornografía infantil, es decir, cualquier representación visual de un niño involucrado en una conducta sexual explícita real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

⁹ CETS no. 185. La Convención fue aprobada en 2001, entró en vigor en 2004, tiene 39 Estados Partes y ha sido firmada, pero no ratificada, por el Estado demandado.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

están obligados a penalizar la producción, distribución, difusión, transmisión, suministro o puesta a disposición, adquisición y posesión de pornografía infantil y establecer un nivel mínimo de sanciones máximas incurridas por estas ofensas¹⁰. El Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2011/93 / UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la lucha contra el abuso sexual y la explotación sexual de niños y la pornografía infantil, que sustituyó a la Decisión marco del Consejo de 2004, pero mantuvo la obligación de penalización¹¹.

En Europa, cuarenta y un países han criminalizado la pornografía infantil, y en los Estados Unidos, tanto la ley federal como la ley de los cincuenta estados prevén la misma infracción¹². En vista de este amplio consenso y práctica constante, la criminalización de la pornografía infantil, a saber, cualquier representación, por cualquier medio, de un niño involucrado en actividades sexuales explícitas reales o simuladas o cualquier representación de las partes

¹⁰ La pornografía infantil en la Decisión marco significa material pornográfico que representa o representa visualmente a un niño real involucrado o comprometido a una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o el área pública de un niño; o una persona real que parezca ser un niño involucrado o comprometido a la conducta mencionada anteriormente; o imágenes realistas de un niño inexistente involucrado o comprometido la conducta mencionada anteriormente.

¹¹ La pornografía infantil en la Directiva tiene una definición más amplia, es decir, cualquier material que represente visualmente a un niño involucrado en una conducta sexual explícita real o simulada; cualquier representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales; cualquier material que represente visualmente a cualquier persona que parezca ser un niño involucrado en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de cualquier persona que parezca ser un niño, con fines principalmente sexuales; o imágenes realistas de un niño involucrado en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un niño, con fines principalmente sexuales.

¹² Además de Suecia, estos son Albania (Artículo 117 del Código Penal), Austria (Artículo 207a § 1, no. 1, del Código Penal de Austria), Azerbaiyán (Artículo 242 del Código Penal), Bélgica (Artículo 383 bis del Código Penal), Bosnia y Herzegovina (artículo 199 del Código Penal de la República Srpska y artículo 211 del Código Penal de la Federación de Bosnia y Herzegovina), Bulgaria (artículo 159 del Código Penal), Croacia (artículo 163 de Código Penal), República Checa (Artículo 192 del Código Penal), Dinamarca (Artículo 230 del Código Penal), Estonia (Artículo 178 del Código Penal), Finlandia (Artículos 18, 18a y 19 del Capítulo 17 del Código Penal Código), Francia (Artículo 227-23 del Código Penal), Georgia (Artículo 255 del Código Penal), Alemania (Artículo 184b § 4 del Código Penal), Grecia (Artículo 348 del Código Penal), Hungría (Artículo 204 del Código Penal), Islandia (artículos 209 y 210a del Código Penal y sección 99 (3) del Ley de Protección Infantil), Irlanda (sección 3 (2) de la Ley de Tráfico de Niños y Pornografía), Italia (artículo 610 quater del Código Penal), Letonia (sección 1 (1) de la Ley de limitación de la pornografía de 2007), Liechtenstein (Artículo 219 § 1, no. 1, del Código Penal), Lituania (Artículo 162 del Código Penal), Luxemburgo (Artículo 384 del Código Penal), Macedonia (Artículo 193a § 1 del Código Penal), Moldavia (Artículo 208 del Código Penal), Mónaco (artículo 294-3 del Código Penal), Montenegro (artículo 211 del Código Penal), Países Bajos (artículo 240 b del Código Penal), Noruega (artículo 201 del Código Penal, según la jurisprudencia) , Polonia (artículo 202 § 4 del Código Penal), Portugal (artículo 176 del Código Penal), Rumania (artículo 51 de la Ley n. 161/2003), Rusia (artículo 242.1 y 2 del Código Penal), Eslovaquia (Artículos 368 y 370 del Código Penal), Eslovenia (Artículo 176 § 2 del Código Penal), España (Artículos 189 y 197 § 6 del Código Penal), Suiza (Artículo 197 § 3 del Código Penal), Turquía (Artículo 226 § 3 del Código Penal), Reino Unido (sección 1 de la Ley de Protección infantil 1978), Estados Unidos de América (sección 18 USC §§ 2251, 2252 y 2252a) y Ucrania (artículo 301 § 4 del Código Penal).



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

sexuales de un niño con fines principalmente sexuales. , ahora forma parte del derecho internacional consuetudinario, vinculante para todos los Estados.

Las obligaciones de criminalizar no son nuevas según la Convención. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("el Tribunal") ya ha considerado que la violación¹³

el trabajo forzoso¹⁴, el ataque deliberado contra la integridad física de una persona¹⁵, el tráfico de personas¹⁶ y la divulgación de ciertos elementos confidenciales de información¹⁷ deben ser penalizados¹⁸, pero las violaciones negligentes de el derecho a la vida y la integridad física no¹⁹. Con respecto a los niños, la Corte ha establecido el principio, de que cualquier delito deliberado contra el bienestar físico y moral de los niños debe ser penalizado²⁰ y castigado con una,

¹³ Véase *X e Y v. Países Bajos*, 26 de marzo de 1985, § 27, Serie A no. 91, y *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §§ 50, 166, CEDH 2003-XII.

¹⁴ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01, § 112, CEDH 2005-VII, y *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09, §§ 105-08, 11 de octubre de 2012

¹⁵ *Sandra Janković c. Croacia*, no. 38478/05, § 36, 5 de marzo de 2009.

¹⁶ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04, §§ 284 y 288, CEDH 2010.

¹⁷ *Stoll c. Suiza* [GC], no. 69698/01, § 155, ECHR 2007-V.

¹⁸ El Tribunal no solo revisa la decisión política de no criminalizar ciertas conductas, sino también la criminalización excesiva o desproporcionada de ciertas conductas, como en *Dudgeon*, citado anteriormente, § 60; *Norris*, citado anteriormente, § 46; *Modinos c. Chipre*, 22 de abril de 1993, § 24, Serie A no. 259; *A.D.T.*, citado anteriormente, § 38 (actos homosexuales privados entre adultos que consienten); *S.L. c. Austria*, no. 45330/99, § 44, CEDH 2003-I (actos homosexuales de hombres adultos con adolescentes consentidos entre 14 y 18 años de edad); *Vajnai v. Hungría*, no. 33629/06, § 54-56, CEDH 2008 (uso de estrella roja); *Altug Taner Akçam c. Turquía*, no. 27520/07, §§ 93-95, 25 de octubre de 2011 (insulto turco); *Mosley c. El Reino Unido*, no. 48009/08, § 129, 10 de mayo de 2011 (incumplimiento del requisito de notificación previa para publicar noticias sobre la vida privada); *Akgöl y Göl c. Turquía*, núms. 28495/06 y 28516/06, § 43, 17 de mayo de 2011 (participación en una manifestación ilegal pero pacífica); *Wizerkaniuk c. Polonia*, no. 18990/05, §§ 82-83 y 86, 5 de julio de 2011 (publicación de citas literales no autorizadas); *Mallah c. Francia*, no. 29681/08, § 40, 10 de noviembre de 2011 (asistencia a la entrada ilegal, circulación o estancia de extranjeros en el territorio nacional); *Gillberg c. Suecia* [GC], no. 41723/06, §§ 68-71, 3 de abril de 2012 (uso indebido del cargo debido a la denegación de acceso a material de investigación propiedad de una universidad pública), *Stübing v. Alemania*, no. 43547/08, §§ 63-65, 12 de abril de 2012 (incesto); y *Şükran Aydın y otros c. Turquía*, núms. 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 y 14871/09, § 55, 22 de enero de 2013 (uso de la lengua materna en la campaña política).

¹⁹ Véase *Calvelli y Ciglio c. Italia* [GC], no. 32967/96, § 51, CEDH 2002-I; *Vo c. Francia* [GC], no. 53924/00, §§ 90-94, CEDH 2004-VIII; *Dodov c. Bulgaria*, no. 59548/00, § 87, 17 de enero de 2008; *Branko Tomašić y otros c. Croacia*, no. 46598/06, § 64, 15 de enero de 2009; y *Maiorano y otros c. Italia*, no. 28634/06, § 128, 15 de diciembre de 2009.

²⁰ *K.U. c. Finlandia*, no. 2872/02, § 46, CEDH 2008. El caso se refería a un menor de 12 años que fue objeto de una publicidad no autorizada de naturaleza sexual en un sitio de citas por Internet. En *C.A.S. y C.S.c. Rumania* (n.º 26692/05, 20 de marzo de 2012), la Corte reconoció claramente que los Estados tenían la obligación en virtud de los artículos 3 y 8 de garantizar la investigación penal efectiva de casos de violencia contra niños, en referencia a las obligaciones internacionales que el Estado demandado había contraído para proteger a los niños contra cualquier forma de abuso.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

pena disuasoria²¹. La pornografía infantil es sin duda una de ellas, teniendo en cuenta su grave censura ética y su censura en virtud del derecho internacional consuetudinario y convencional. Sin embargo, en vista del umbral de explicitad de los actos descritos y el propósito sexual requerido del autor, este delito está sujeto a problemas probatorios. Por lo tanto, para proporcionar una protección completa y efectiva de los niños, la grabación encubierta de niños, con o sin un propósito sexual por parte del autor, y dentro o fuera de un entorno pornográfico, debe ser criminalizada. Dicha criminalización está en línea con la garantía de la Convención del derecho del niño a la protección de su imagen y la prohibición internacional prevaleciente de cualquier tipo de abuso o violación de las diversas facetas de la personalidad del niño, que incluye su imagen.

Además, por principio, los adultos merecen la misma protección legal que los niños. No hay una razón plausible para criminalizar el abuso de la imagen de un niño y no la de un adulto, o al revés. No se puede argumentar razonablemente que la violación de la imagen de un adulto tiene menos peso ético per se que la de un niño. Todos son seres humanos, con el mismo derecho de personalidad a la protección de su propia imagen. De hecho, en algunos casos es extremadamente difícil distinguir a un adulto de un menor, y la incertidumbre sobre la edad de la víctima no debe evitar el enjuiciamiento penal. Por lo tanto, garantizar el derecho de la Convención a la protección de la imagen de uno requiere la penalización de la grabación encubierta y la fotografía de niños y adultos²².

El marco legal en el Estado demandado

En el momento pertinente, había dos disposiciones penales que, en teoría, podrían aplicarse a los hechos: abuso sexual (Capítulo 6, Artículo 7, del Código Penal) y pornografía infantil (Capítulo 16, Artículo 10a § 1, del mismo Código)²³.

²¹ Véase *Okkali c. Turquía*, no. 52067/99, § 73, CEDH 2006-XII, y *Darraj c. Francia*, 34588/07, § 49, 4 de noviembre de 2010.

²² Evidentemente, se aplicarán todos los motivos de justificación y exculpación, como en el caso de la fotografía encubierta o la grabación de periodistas cuando esto contribuye a un debate de interés público. Los tribunales y fiscales nacionales deben tener en cuenta los derechos fundamentales, como la libertad de expresión, al implementar las disposiciones de derecho penal, y específicamente la disposición que penaliza la grabación encubierta o la fotografía de adultos y niños. Además, los Estados Partes pueden proporcionar una defensa con respecto a conductas relacionadas con "material pornográfico" que tengan mérito artístico, médico, científico o similar.

²³ Otras disposiciones de derecho penal invocadas por el Gobierno, como la violación de la paz domiciliaria, la intrusión ilegal o la difamación (observaciones del Gobierno a la Gran Sala, párrafo 22), no son aplicables, por razones obvias. El Gobierno no presentó ninguna jurisprudencia para respaldar su afirmación de que estas disposiciones podrían ser aplicadas, y una interpretación meramente literal de estas disposiciones muestra que no son aplicables. El caso no planteó una cuestión de violación de la paz domiciliaria, simplemente porque el delincuente vivía en la casa en cuestión, ni de difamación, ya que el padrastro de la demandante no tenía la intención de lanzar la película a terceros.



El abuso sexual presupone una acción específica por parte del delincuente, a saber: (a) tocar a un niño menor de 15 años; (b) inducir a un niño a emprender o participar en un acto con implicaciones sexuales; (c) inducir a un niño de 15 años de edad o más, pero menor de 18 años, por coerción, seducción u otra influencia inadecuada, a emprender o participar en un acto pornográfico; (d) exponerse; (e) comportarse indecentemente. En cualquier caso, el delito requiere tanto el conocimiento de la víctima de la conducta del delincuente en el momento en que se lleva a cabo como la intención del delincuente de que la víctima se entere de la conducta. Eso significa que el núcleo del delito radica en la conducta inadecuada del delincuente con respecto a la víctima, con el conocimiento de este último.

La pornografía infantil también presupone una acción específica del delincuente, como retratar a un niño en una película pornográfica; difundir, transferir, otorgar uso, exhibir, adquirir u ofrecer dicha imagen; facilitando tratos con respecto a tal imagen; o poseyendo tal imagen. El delito requiere que el desarrollo puberal del niño sea incompleto o que, según la imagen o las circunstancias que lo acompañan, el niño sea menor de 18 años. Este delito es punible tanto cuando se completa como cuando se intenta (Capítulo 16, Artículo 7 y Capítulo 23, Artículo 1). Suecia no tiene una definición legal detallada de pornografía infantil, pero en el proyecto de ley gubernamental que contiene esta disposición se afirmó que “[i] t no era la intención de criminalizar cada exposición de niños desnudos o todas las imágenes en las que los genitales de un niño pueden estar percibido, incluso si tales imágenes pueden estimular los instintos sexuales de algunas personas. Para que el manejo de una imagen sea ilegal, es una condición que sea pornográfica de acuerdo con el lenguaje común y los valores generales”²⁴. Es obvio que una formulación tan restrictiva de la disposición penal con respecto a la pornografía infantil no satisface las obligaciones internacionales del Estado demandado, en la medida en que éstas exijan la penalización de cualquier representación de las partes sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

Por último, el derecho penal sueco no tenía un delito penal de fotografía o grabación encubierta en el momento pertinente. Evidentemente, se descartó la aplicación por analogía del delito penal de abuso sexual en detrimento del acusado. Después de la enmienda al Código Penal de abril de 2005, la Comisión de Delitos Sexuales consideró que el nuevo Capítulo 6, Artículo 10 § 2 del Código Penal sueco incluía acciones dirigidas a personas inconscientes o dormidas, y por lo tanto también podría abarcar encubierta grabación de una persona de una manera sexualmente intrusiva²⁵.

Sin embargo, esta interpretación muy cuestionable no prevaleció en la práctica judicial. El Gobierno no proporcionó al Tribunal jurisprudencia que confirmara esa interpretación. Además, el propio Gobierno reconoció que se necesitaban más enmiendas al Código Penal para criminalizar la conducta del demandado. Es por eso

²⁴ El Gobierno reiteró y sostuvo esta interpretación en el párrafo 45 de sus observaciones a la Gran Sala.

²⁵ Observaciones del Gobierno a la Gran Sala, párrafo 66.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

que se aprobó el reciente proyecto de ley sobre fotografía y grabación intrusivas. De hecho, esta iniciativa legislativa no puede sino leerse como una confesión por parte del Gobierno de la existencia de una falla legal en el sistema de derecho penal interno²⁶. Queda por ver si esa deficiencia es relevante en términos de la protección requerida por los derechos del Convenio.

La aplicación del derecho penal por parte de las autoridades nacionales.

El fiscal eligió condenar al demandado de abuso sexual. Esto resultó ser la vía legal equivocada, ya que obviamente no hubo conducta que cayera dentro del delito de abuso sexual: no tocar, no inducir, no coaccionar, no seducir, no influir indebidamente, sin exposición o comportamiento indecente del acusado. Además, no se pudo establecer la intención criminal relevante que la demandante debe conocer sobre la grabación. El Gobierno sostuvo que se trataba de un problema de pruebas, pero la demandante respondió que se trataba más bien de un problema de interpretación errónea del derecho penal por parte del fiscal. La demandante tiene razón, ya que el elemento subjetivo requerido del delito de abuso sexual (es decir, la intención del autor de que la víctima sea consciente de la conducta ilegal mientras se lleva a cabo) es incompatible *per se* con cualquier acción encubierta de filmar o fotografiar.

El fiscal no acusó al demandado de pornografía infantil. No se dieron razones para ese enfoque. El Gobierno asumió que era porque no había película ni evidencia física del delito completado. Como argumentó la demandante, está claro que la inexistencia del video no excluyó los cargos de intento de pornografía infantil, especialmente en un caso donde el demandado confesó los hechos, y hubo dos testigos: la víctima, quien descubrió el video y su madre, que lo destruyó. La confesión fue apoyada por evidencia adicional suficiente. Por lo tanto, tampoco hubo ningún problema probatorio con respecto al delito de pornografía infantil.

Si bien el delito penal de abuso sexual no se pudo aplicar a los hechos del caso, el delito de intento de pornografía infantil podría haber garantizado el derecho del Convenio de la demandante a la protección de su imagen, si el Tribunal de Apelación hubiera tenido en cuenta las obligaciones internacionales de Suecia. Aunque admitió que el delito de intento de pornografía infantil estaba en teoría aplicable a los hechos, el Tribunal de Apelación no estaba dispuesto a dar una interpretación evolutiva del concepto de pornografía infantil, y prefirió seguir la interpretación histórica de la disposición incriminatoria correspondiente, basada en los trabajos preparatorios del Código Penal mencionados anteriormente. Esa construcción del delito de pornografía infantil adoptada por el Tribunal de Apelación, que estaba en línea con la práctica del Tribunal Supremo y la opinión del propio Gobierno, no podía proporcionar ninguna reparación a la demandante.

²⁶ Párrafo 76 de las observaciones del Gobierno a la Gran Sala.



De hecho, el Tribunal de Apelación tenía dos alternativas para garantizar el derecho de la víctima a la protección de su imagen: adoptar una interpretación evolutiva del concepto de pornografía infantil, corregir la caracterización legal errónea dada a los hechos por la primera instancia. Juzgar y condenar al demandado por el delito de intento de pornografía infantil; o apegarse a la interpretación histórica del concepto de pornografía infantil y absolver al demandado, pero al menos otorgar una indemnización por daños inmateriales, según lo alegado por la demandante sobre la base de la violación de su integridad personal por la conducta de su padrastro.

El cambio de caracterización legal del delito.

La primera alternativa podría haberse aplicado en virtud del Capítulo 30, Artículo 3, del Código de Procedimiento Judicial: al examinar una queja, los tribunales nacionales no están obligados por la caracterización legal del delito o las disposiciones legales aplicables. En Suecia, como en muchos países europeos, el tribunal penal está obligado por los hechos de la acusación, pero no por su caracterización legal de la infracción²⁷.

El hecho es que los tribunales nacionales no utilizaron el poder que tenían en virtud del Capítulo 30, Artículo 3, del Código de Procedimiento Judicial. Los tribunales nacionales no dieron razones para no utilizar esa alternativa, aunque podrían haberla utilizado por su propia cuenta. A pesar de la intención restrictiva de la legislatura sueca cuando introdujo el delito de pornografía infantil, como se refleja en los trabajos preparatorios pertinentes, los tribunales nacionales podrían y deberían haber adoptado una interpretación evolutiva del concepto de pornografía infantil, a fin de incluir cualquier representación de las partes sexuales de un niño con fines principalmente sexuales. Es aceptable una interpretación evolutiva del derecho penal, siempre que el desarrollo resultante sea coherente con la esencia del delito y pueda preverse razonablemente. Al mismo tiempo, esta interpretación estaría de acuerdo con las obligaciones internacionales de Suecia y principios generales de interpretación del

Derecho penal²⁸. Los hechos imputados al padrastro de la demandante serían suficientes para distinguir este delito, en su forma auxiliar y preparatoria de intento de pornografía infantil: las imágenes de una niña de 14 años desvestirse antes de bañarse en una situación cotidiana, sin duda, caen dentro del concepto de "cualquier

²⁷. El Gobierno dijo, en sus observaciones a la Gran Sala, párrafo 54: "En el procedimiento penal sueco, el tribunal no está formalmente obligado en su evaluación por el delito que se le ha presentado, es decir, el tribunal puede examinar por propia iniciativa las preguntas sobre la clasificación de un delito penal y la sección de ley aplicable (Capítulo 30, Artículo 3, del Código de Procedimiento Judicial)".

²⁸. El Tribunal ya ha declarado que "el desarrollo progresivo del derecho penal a través de la elaboración de leyes judiciales es una parte bien arraigada y necesaria de la tradición jurídica. El artículo 7 de la Convención no puede interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un caso a otro, siempre que el desarrollo resultante sea coherente con la esencia del delito y pueda preverse razonablemente" (véase *SW c Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, §§ 34-36, Serie A, no. 335-B, y *CR c. Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, Serie A, no. 335-C). Por lo tanto, no puedo estar de acuerdo con la declaración de la Gran Sala en el párrafo 97 de la presente sentencia.



representación de las partes sexuales de un niño" y el padrastro de la demandante completó todos los pasos necesarios para obtener imágenes de las partes sexuales de un niño con fines principalmente sexuales, que finalmente no obtuvo a causa de la fortuita circunstancia de que la niña descubriera la cámara oculta²⁹. No fue necesaria ninguna referencia adicional a la pornografía en la acusación, ya que ya incluía todos los elementos relevantes del delito de intento de pornografía infantil, interpretado a la luz de las obligaciones internacionales de Suecia mencionadas anteriormente. Corresponde a los tribunales nacionales cambiar la caracterización legal del delito y adoptar una interpretación evolutiva del concepto de pornografía infantil compatible con las obligaciones internacionales de Suecia³⁰. Los tribunales nacionales no tomaron ninguna de esas medidas, dejando así una conducta altamente reprobable y sin castigo que debería haber sido castigada a la luz de las obligaciones internacionales del Estado demandado. A la inercia de larga data de la legislatura para aclarar la situación legal, los tribunales agregaron su falta de voluntad para aplicar el derecho penal de acuerdo con el canon de la interpretación evolutiva.

La indemnización por daños inmateriales basada directamente en el Convenio

Asumiendo, en aras de la argumentación, que la primera alternativa no era una vía legal disponible en el presente caso, de acuerdo con la interpretación histórica de la provisión criminal de pornografía infantil, la alternativa para garantizar el derecho de la víctima a la protección de su imagen podría haber otorgado a la demandante una reparación por daños inmateriales. En efecto, la demandante se refirió a los hechos expuestos en la acusación que le había causado dolor y sufrimiento e incluso aportó pruebas independientes de la naturaleza y el alcance de la lesión que había sufrido.

La base legal para ese laudo fue el Capítulo 22, Artículo 7, del Código de Procedimiento Judicial de Suecia³¹. Esta disposición no fue utilizada por el Tribunal de Apelación, aunque podría haberla utilizado por propia iniciativa. El Tribunal de Apelación desestimó la reclamación de indemnización porque no se había probado ningún delito, pero no determinó la acción civil, como podría haberlo hecho. Incluso suponiendo que no se cometió ningún delito y, por lo tanto, no se pudieron otorgar daños basados en el Capítulo 2, sección 3, de la Ley de Responsabilidad Civil, el Tribunal de Apelaciones aún pudo haber invocado el Capítulo 2, sección 1, de la misma

²⁹ . Por lo tanto, el padrastro de la demandante comenzó a cometer el delito sin llevarlo a su finalización y el peligro de que el acto condujera a la finalización del delito solo se evitó debido a circunstancias imprevistas y no deseadas. Se cumplieron todos los elementos necesarios del intento de delito (Capítulo 23, Artículo 1, del Código Penal).

³⁰ . No hace falta decir que, de conformidad con la legislación nacional y la norma europea, la acusación penal modificada debe comunicarse al acusado para darle la oportunidad de impugnarlo.

³¹ Como argumentó la demandante, la situación legal procesal en Suecia se asemeja a la situación en Y c. Noruega, no. 56568/00, §§ 23-24, CEDH 2003-II en el sentido de que un reclamo privado puede ser confirmado en el mismo procedimiento que un caso penal, incluso si el acusado ha sido absuelto del delito.



Ley, que cubría lesiones físicas y psicológicas intencionadas y negligentes, con el propósito de otorgar daños a la demandante. Al no hacerlo, sin ninguna razón plausible, dejó la lesión personal comprobada de la demandante sin compensación³².

Por último, pero no menos importante, el Tribunal de Apelación se abstuvo de otorgar una indemnización basada en la Convenio. Este enfoque está en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sueco según el cual en las disputas entre individuos no hay responsabilidad civil basada en vulneraciones del Convenio cuando estas no son violaciones simultáneas de la ley nacional. Hay dos razones para esto: en primer lugar, el Convenio no impone deberes a las personas y, en segundo lugar, las personas no pueden prever los motivos de indemnización cuando solo ha habido infracciones del Convenio³³.

Esta línea de argumentación está en desacuerdo con el efecto directo del convenio en el orden jurídico del Estado demandado, el principio de subsidiariedad y el principio de interpretación de los tratados de derechos humanos de una manera que proteja más los derechos y libertades que prevén³⁴. Desde que el Convenio se aplica directamente en el Estado interno, y las violaciones del mismo deben ser resueltas principalmente por las autoridades nacionales, debe preverse una indemnización para las víctimas de violaciones del Convenio, incluso cuando no se ha violado la legislación nacional. El argumento de la imprevisibilidad sí el argumento de la imprevisibilidad no es válido, en la medida en que el convenio forma parte de la legislación nacional y, por lo tanto, los motivos de indemnización derivados de la jurisprudencia del Tribunal son previsibles.

La interpretación que hace el Tribunal del convenio con respecto a los motivos de indemnización por violaciones de los derechos del Convenio es tan vinculante para los tribunales nacionales como para el resto de la jurisprudencia del Tribunal y, por lo tanto, debe ser implementada por los tribunales nacionales siempre que la legislación nacional no otorgue dicha compensación. Además, si los daños otorgados por las violaciones del Convenio por parte de un Estado son predecibles, incluso cuando no hay disposiciones específicas sobre responsabilidad civil en la legislación nacional, como lo admite correctamente el Tribunal Supremo de Suecia, lo mismo se aplica a los laudos por violaciones perpetradas por personas que son no agentes del Estado, como el de este

³² El Gobierno argumentó que, para beneficiarse del Capítulo 2, sección 1, de la Ley de Responsabilidad Civil, la demandante debería haber afirmado "que él le había causado daños personales al actuar de manera negligente con respecto a ella" (observaciones del Gobierno a la Gran Sala, apartado 35). Esta interpretación de dicha disposición suena muy abstrusa, por dos razones. En primer lugar, dicha disposición abarca lesiones literalmente intencionadas (o deliberadas) y negligentes. En segundo lugar, el padrastrero de la demandante actuó deliberadamente y no negligentemente.

³³ Sentencia de la Corte Suprema de Suecia de 29 de octubre de 2007 (NJA 2007, p. 747): "en vista del valor del estado de derecho sostenido por el principio de previsibilidad, no se puede obligar a un individuo a compensar a otro directamente sobre la base del Convenio."

³⁴ Véase *Wemhoff c. Alemania*, 27 de junio de 1968, § 8, Serie A no. 7, y mi opinión separada en *Fabris c. France* [GC], no. 16574/08, CEDH 2013.



caso³⁵. En tal caso, el Estado estaría incumpliendo sus obligaciones de proteger los derechos del Convenio si no asegurara un medio de reparación civil en circunstancias en las que no se aplicaran sanciones penales a pesar de la censura ética y la reprobabilidad bajo el derecho consuetudinario internacional y de conducta. . Para decirlo positivamente, cada vez que faltan recursos penales por tal conducta cometida por personas que no son agentes del Estado, las Partes Contratantes del Convenio deben, no obstante, proporcionar recursos civiles. Se impone la obligación al Estado de proporcionar un recurso civil efectivo para tratar el fondo de una "queja discutible" de una violación del Convenio, de conformidad con el Artículo 13 en conjunción con el Artículo 8, no a los individuos mismos. Por lo tanto, los tribunales nacionales no pudieron reparar la lesión de la demandante, a pesar del recurso de derecho civil disponible basado únicamente en el Convenio.

Aplicación del reglamento Europeo al presente caso

La demandante tenía derecho a ser protegida y el Estado tenía la obligación de proteger ese derecho. Las partes aceptan ambos puntos. La disputa entre las partes gira en torno a un punto: la existencia de remedios efectivos para esta violación en el orden legal del Estado demandado. Suecia tenía una disposición sobre pornografía infantil, pero ese delito fue ignorado por los tribunales, que no lo aplicaron en el presente caso. Además, el delito fue insuficiente para castigar la conducta del padrastro de la demandante debido a su estricta construcción judicial, que incluía en la disposición un requisito implícito de comportamiento sexual explícito de la víctima. La ley de 2005 que reforma el delito penal de abuso sexual, que no incluye grabación encubierta ni fotografía, en ningún caso puede aplicarse a los hechos, debido al principio básico de prohibición de la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal en detrimento del demandado. Por último, no se utilizó el recurso civil, debido a la negativa injustificada del Tribunal de Apelaciones de aplicar la Ley de Responsabilidad Civil y la interpretación estricta de la Corte Suprema de las condiciones de responsabilidad civil basadas en las infracciones del Convenio. Por lo tanto, no se brindó ninguna vía legal, en términos prácticos, para garantizar el derecho de la demandante a la protección de su imagen³⁶.

³⁵ El Tribunal ha aceptado que los daños brinden un remedio adecuado para las violaciones de los derechos del Artículo 8 que surgen de una disputa entre personas privadas (véase *Von Hannover v. Alemania*, no. 59320/00, §§ 72-74, CEDH 2004-VI y *Armonienė c. Lituania*, n. ° 36919/02, §§ 45-48, 25 de noviembre de 2008). Además, en *Kontrová c. Eslovaquia* (no. 7510/04, 31 de mayo de 2007), el Tribunal determinó una violación del artículo 2 debido a que las autoridades no protegieron la vida de los niños y una violación del artículo 13 debido a que a la madre se le había negado la posibilidad de buscar una compensación del delincuente.

³⁶ Como concluyó la visionaria sentencia de la Corte Suprema de 23 de octubre de 2008 (NJA 2008, p. 946), cuando declaró que la no criminalización de la grabación encubierta de adultos podría equivaler a una violación del Artículo 8. A fortiori, el mismo razonamiento debe ser aplicado a la grabación encubierta de niños.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

Conclusión

En vista de la obligación del Convenio de penalizar la grabación y la fotografía no consensuadas, independientemente de cualquier propósito sexual por parte del perpetrador, y de proporcionar una indemnización basada directamente en las infracciones del Artículo 8, el incumplimiento de la legislatura nacional y la obligación doméstica La falta de voluntad de los tribunales para satisfacer el segundo, considero que ha habido una violación del Artículo 8 tomada sola y en conjunto con el Artículo 13.



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

VOTO DISIDENTE DEL JUEZ KALAYDZHIEVA

Estoy totalmente de acuerdo con la mayoría en que la integridad personal de la demandante fue violada por los actos cometidos por su padrastro y que su situación se vio agravada por el hecho de que era menor de edad, que la grabación encubierta de su desnudo tuvo lugar en su casa, donde ella se suponía que debía sentirse segura, y que el delincuente era su padrastro, una persona a la que tenía derecho y que confiaba. La Gran Sala se comprometió (véase el párrafo 89 de la sentencia) a examinar si Suecia tenía un marco legal adecuado que le proporcionara a la demandante un nivel aceptable de protección (véase el párrafo 91) y evaluar, con este fin, cada uno de los recursos disponibles para ella. (véase el apartado 89) Para mi pesar, no entiendo la lógica seguida por la mayoría para encontrar y proporcionar una respuesta legal a estas preguntas y, por esta razón, tampoco puedo estar de acuerdo con las conclusiones alcanzadas.

La demandante no alegó que el recurso al derecho penal era la única forma en que Suecia podía cumplir con su obligación en virtud del artículo 8 de protegerla contra el acto de su padrastro (véase el párrafo 87) y no criticó a la fiscalía por no cumplir con la obligación de demandar delitos, sino que descubrió que el legislador había incumplido su obligación positiva de criminalizar el acto de grabación encubierta de un menor en una situación que trastornó los aspectos esenciales de la integridad personal. Señaló que "la protección débil en esta área se conocía y discutía desde 1966". Esto, en su opinión, "fue suficiente para concluir que la protección del derecho al respeto de la vida privada era, y sigue siendo, insuficiente" (véanse los párrafos 62-63).

En respuesta a esta queja, al señalar que los actos impugnados "no alcanzaron la gravedad de los actos graves ... considerados no solo en virtud del Artículo 8 sino también del Artículo 3 del Convenio", la mayoría no dijo claramente si (de manera similar a en los casos mencionados en los párrafos 83 y 84) surgieron obligaciones positivas en el presente caso, según lo sostenido por la demandante, y de ser así, cuáles, o si era necesario un recurso de derecho penal para lograr el nivel adecuado y aceptable de protección de los derechos de la demandante en virtud del artículo 8, o, alternativamente, que la decisión de criminalizar o enjuiciar dichos actos permaneció dentro del margen de apreciación de las autoridades suecas. En este sentido, es difícil entender la fuente de la insatisfacción de la mayoría con el hecho de que "a pesar del... margen de apreciación", la ley sueca no proporcionó un recurso penal para la protección efectiva de la demandante.

La mayoría tampoco especificó (compare y contraste *Calvelli y Ciglio c. Italia* [GC], no. 32967/96, CEDH 2002-I) si un recurso de derecho civil, si está disponible, podría en principio haber sido suficiente para la protección adecuada de la demandante y, en cambio, abordó el hecho de que los tribunales penales no otorgaron ninguna indemnización por daños resultantes de un delito, ya que los actos impugnados no constituían un delito. A este respecto, la demandante insistió en que, siendo los dueños de la clasificación de la ley, los tribunales penales deberían haber reclasificado y determinado su reclamo por otros motivos. Sin embargo, nunca se quejó de la falta de



MINISTERIO
DE JUSTICIA

SENTENCIA SÖDERMAN C. SUECIA

tal recurso en los tribunales civiles (véase el párrafo 64). Sigo sin estar convencido de que el hecho de que los tribunales penales desestimaron el reclamo civil de la demandante por daños resultantes de un delito es suficiente para concluir que no existe otro remedio civil bajo la ley sueca para reparar el fondo de sus quejas (ver párrafo 117).

Como resultado, señalar primero que “[1] a elección de los medios calculados para asegurar el cumplimiento del Artículo 8 de la Convención en el ámbito de las relaciones de las personas entre ellos es, en principio, un asunto que cae dentro del margen de apreciación de los Estados Contratantes”(Véase el párrafo 79), la mayoría llegó a la conclusión de que los procedimientos ante los tribunales penales no ofrecían reparación penal ni civil, como la demandante había denunciado inicialmente. Esta conclusión solo refleja los hechos del caso, y no necesariamente proporciona una respuesta legal al compromiso de la Gran Sala de establecer si la ley sueca, tal como estaba en septiembre de 2002, garantizaba la protección adecuada del "derecho al respeto de su vida privada por parte de la demandante". ". De hecho, me parece que en ausencia de criterios que definan el "nivel aceptable de protección" requerido en términos específicos, una comparación entre los remedios fallidos e indefinidos conducirá inevitablemente a la insatisfacción "a pesar del margen de apreciación del Estado demandado" en este área (ver párrafo 117).