

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO¹
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

Bouazza Ariño, O. (2019).
Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Revista de Administración Pública, 208, 279-298.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.9>

SUMARIO

I. DERECHO A LA LIBERTAD: DETENCIONES PREVENTIVAS EN ENCUENTROS DEPORTIVOS. II. DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: LENGUA DEL PROCEDIMIENTO. III. NO HAY PENA SIN LEY. IV. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y DEL DOMICILIO: 1. Público y privado en el ejercicio del derecho a la vivienda: desahucios, vulnerabilidad y mercado inmobiliario de alquiler. 2. Expulsiones de extranjeros. V. LIBERTAD RELIGIOSA: VESTIMENTA RELIGIOSA EN ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. LA CONSOLIDACIÓN DE UN CAMBIO JURISPRUDENCIAL. VI. DERECHO AL RESPETO DE LOS BIENES: APLICABILIDAD DE LA LEY ISLÁMICA EN EUROPA.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «El reto de la reafirmación del Estado del Bienestar en la protección de los derechos humanos» (DER2015-65524-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER, UE).

I. DERECHO A LA LIBERTAD: DETENCIONES PREVENTIVAS EN ENCUENTROS DEPORTIVOS

En la sentencia recaída en el caso *S., V., y A. c. Dinamarca*, de 22 de octubre de 2018, los demandantes, ciudadanos daneses, se encontraban en Copenhague el pasado 10 de octubre de 2009 para ver un partido de fútbol de las selecciones nacionales de Dinamarca y Suecia. La policía sabía que se estaban organizando peleas de seguidores radicales (*hooligans*) que pensaban viajar a Copenhague. Por ello, se decidió el arresto e imputación de los instigadores de las trifulcas, si se daban, con la finalidad de prevenir los enfrentamientos.

Por la tarde, comenzó la primera gran pelea entre espectadores daneses y suecos en la plaza de Amagertov en el centro de la capital. Se arrestó a cinco o seis personas, entre ellos dos de los demandantes, el señor V. y el señor A. En otro lugar serían arrestados otros seguidores, entre ellos, el señor S. Los demandantes fueron detenidos durante siete horas. No fueron imputados por delito alguno. En total se arrestó a 138 espectadores, la mitad de los cuales fueron imputados por la comisión de diversos delitos.

Los demandantes solicitaron una indemnización ante los tribunales daneses alegando que su detención fue ilegal porque fue preventiva y excedió las seis horas, tiempo máximo que contempla la legislación interna para la detención para evitar un peligro o desorden público.

Los tres demandantes fueron oídos en el Tribunal de Aarhus. Alegaron que no participaron ni tuvieron la intención de participar en los altercados.

La policía también testificó al respecto de los hechos acontecidos. Explicó, en concreto, que el plan consistió en evitar la detención temprana. De otro modo, dado el plazo máximo de seis horas, los alborotadores potenciales hubieran sido puestos en libertad durante o inmediatamente después del partido y hubieran podido llevar a cabo las peleas. La policía, por consiguiente, habló con varios grupos cuando comenzaron a llegar y les detuvo cuando se desató una pelea a última hora de la tarde. La situación fue constantemente vigilada hasta la medianoche, cuando llegó la calma al centro de la ciudad, por lo que la policía consideró que los detenidos podían ser puestos en libertad sin que hubiera peligro de que se reanudara la pelea.

Uno de los agentes de policía declaró que el señor V. y el señor A. fueron detenidos cuando se les vio que hablaban con un activista de una facción local y daban órdenes a otros *hooligans*. Otro policía alegó que el señor S. fue detenido después de que un hombre le informara de que le vio llamando a amigos para encontrarse en la entrada de los jardines Tivoli para provocar una pelea con los aficionados suecos.

El tribunal de la ciudad rechazó la demanda de indemnización de los demandantes. Consideró que la policía tenía razones para creer que los

demandantes habían organizado peleas entre *hooligans* en el centro de la capital danesa, las cuales podrían haber supuesto un importante peligro para la seguridad de los aficionados pacíficos y terceros no involucrados y que la policía tenía un deber de intentar prevenir los tumultos. Además, sostuvo que la superación del plazo se había justificado dadas las circunstancias, la extensión, duración y naturaleza organizada de los disturbios. En cualquier caso, la redacción de la ley establece que la detención no debe exceder las seis horas, pero solo en la medida de que sea posible.

Esta decisión sería ratificada por los tribunales superiores hasta el agotamiento de la vía interna.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «el Tribunal»), «el TEDH» o «Estrasburgo», en referencia a la ciudad en la que tiene su sede) los demandantes se quejan de que su detención ha sido ilegal ya que excedió el plazo de las seis horas prescrito en el derecho interno y sobre todo porque no se justificada en base a los arts. 5.1.b) o c) (derecho a la libertad y seguridad) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «el Convenio» o, simplemente, «el CEDH»).

El TEDH considera que la detención de los demandantes no queda cubierta por el art. 5.1.b), que permite la detención para asegurar el cumplimiento de una obligación prevista por la ley, ya que no se han dado órdenes específicas en relación con dicha obligación. Por ejemplo, no se les ha ordenado que se reprimieran en instigar peleas de *hooligans* el 10 de octubre de 2009 en el partido internacional, permanecer con un grupo específico o abandonar algún sitio concreto. Tampoco se les podría haber advertido implícitamente de que se debían reprimir de cometer un acto específico, como vandalismo, por la gran presencia de policía ese día, como argumentó el Gobierno. Una interpretación tan amplia del precepto sería incompatible con el principio de legalidad.

Sin embargo, considera que la detención de los demandantes está cubierta por la segunda parte del art. 5.1.c), que permite la detención «cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción».

Antes de llegar a esta conclusión, el TEDH considera necesario clarificar y adaptar su jurisprudencia a ese subapartado. En concreto, acepta que la segunda parte del subpárrafo, al referirse a «cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción», podría observarse como una razón distinta a la privación de libertad, fuera del contexto del proceso penal. Además, el requisito en base a este subpárrafo de que una persona sea legalmente arrestada o detenida con la finalidad de «hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente» no debería ser un obstáculo para una breve detención y debería aplicarse con cierto grado de flexibilidad. Una interpretación estricta

de la finalidad del requisito podría hacer impracticable una detención que tiene como finalidad el mantenimiento del orden y la protección de los ciudadanos.

Cualquier flexibilidad debería, sin embargo, limitarse en base a las garantías contempladas en el art. 5.3 y 5.5, como el requisito de que la privación de libertad sea legal, que el delito sea concreto y específico, sea juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad durante el procedimiento y que las autoridades muestren que la persona haya participado en el delito y tenga un derecho efectivo a indemnización. Además, el TEDH considera, en términos generales, que la referencia a «ser puesta en libertad durante el procedimiento», del 5.3, en el contexto de la detención preventiva, debe ser una cuestión de horas, en lugar de semanas.

En este caso, como los demandantes han sido puestos en libertad en cuestión de horas, antes de que fuera necesario llevarles ante el juez, el TEDH acepta que esa visión flexible puede ser aplicable. Además, los demandantes tuvieron la ocasión de llevar la cuestión de la legalidad de su detención ante los tribunales internos y que en el caso de que la demanda fuera exitosa, hubieran sido indemnizados.

El TEDH, a continuación, analiza si la detención ha sido justificada en base al art. 5.1.c) CEDH.

En primer lugar, considera que la decisión de los tribunales internos no ha sido arbitraria o manifiestamente irrazonable y acepta que la detención respeta las reglas del derecho nacional. En concreto, los tribunales han examinado la conducta de la policía en el día en cuestión, considerando que su estrategia ha tenido en cuenta el plazo preventivo de seis meses y acepta que el exceso moderado del término estaba justificado.

Tampoco critica las consideraciones internas de que los demandantes fueron detenidos porque la policía tenía suficientes razones para creer que incitaron a otros a comenzar la pelea con los seguidores suecos, constituyendo, por tanto, un concreto e inminente riesgo al orden público y a la seguridad. Los demandantes especificaron el delito, citando el lugar (plaza de Amagertov y jardines de Tivoli), la hora (la tarde de 10 de octubre de 2009) y las víctimas (todas las personas que estuvieran en el lugar a la hora indicada). Las autoridades, por consiguiente, tenían pruebas de que los demandantes estarían involucrados de alguna manera en los delitos en el caso de que no fueran detenidos.

Finalmente, el TEDH considera que unas medidas menos rigurosas no hubieran sido suficientes para prevenir el delito. Antes de que la primera pelea tuviera lugar, la policía hizo un trabajo muy atento y cuidadoso para evitar enfrentamientos, sobre todo, con un diálogo proactivo con los espectadores cuando comenzaron a llegar a primera hora de la tarde. La policía también tuvo cuidado de detener únicamente a los instigadores, que suponían un ries-

go para la seguridad pública. Además, el riesgo fue analizado cuidadosamente. El inspector jefe a cargo de los detenidos valoraría el momento en el que los detenidos podrían ser puestos en libertad. Así, el TEDH constata que los detenidos fueron puestos en libertad tan pronto como pasó el riesgo de trifulcas, que su detención no duró más de lo necesario para prevenirles de dar más pasos en la instigación de la violencia y que la evaluación del riesgo fue suficientemente controlada. Los tribunales daneses han llevado a cabo una ponderación adecuada entre el derecho a la libertad de los demandantes y la importancia de prevenir el gamberrismo, por lo que concluye, por 16 votos contra 1, que no ha habido una violación del art. 5.1².

II. DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: LENGUA DEL PROCEDIMIENTO

En la sentencia recaída en el caso *Vizgirda c. Eslovenia*, de 28 de agosto de 2018, el demandante es un ciudadano lituano detenido en marzo de 2002, sospechoso de haber participado con otras seis personas en el atraco a un banco. Fue imputado en mayo del mismo año, por un delito de robo cualificado, robo simple y tentativa de robo con vehículo motorizado. Todo el proceso, incluyendo sus comunicaciones con el abogado de oficio designado, así como las transcripciones de las declaraciones de testigos, se le transmitieron en ruso. En julio de 2002 fue condenado a ocho años y cuatro meses de prisión. Apeló la sentencia sin éxito.

El demandante, en febrero de 2003, sostuvo ante las jurisdicciones internas que no comprendía bien el ruso, que el tribunal de primera instancia ignoró su declaración en este sentido y que se violó su derecho a utilizar su propia lengua en el marco del proceso penal.

En definitiva, esta alegación fue rechazada por el Tribunal Supremo en enero de 2006 y por el Tribunal Constitucional en julio de 2008. Como el demandante no se quejó durante el proceso por no comprender la lengua rusa, se benefició de la asistencia de un abogado —con el que se había comunicado igualmente en ruso—, y participó en su proceso, las dos jurisdicciones supremas estimaron que no había sufrido una violación de su derecho a un proceso equitativo.

Agotada la vía interna, el demandante acude ante el TEDH e invoca una violación del art. 6.1 y 6.3 a) y e), que contemplan el derecho a un proceso

² El juez De Gaetano ofreció una opinión parcialmente disidente. Me remito a la lectura de la sentencia para averiguar su contenido.

equitativo, el derecho a ser informado en un plazo breve de la acusación que se imputa y el derecho a un intérprete. El demandante se queja de que no ha tenido un proceso equitativo, sosteniendo que no entendió la lengua del procedimiento ni la lengua de interpretación. También planteó alegaciones en el ámbito del art. 5.2 CEDH en cuanto al derecho a ser informado, en el plazo más breve posible y en una lengua que entienda, de las razones de su arresto; y de los arts. 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (interdicción de la discriminación) combinados con el art. 6 CEDH.

El TEDH observa que está claro que las autoridades sabían que el demandante no entendía el esloveno y que le facilitaron una interpretación y traducciones en ruso en el marco del proceso penal del que era objeto. Sin embargo, no hay nada que permita pensar que le hayan preguntado en alguna ocasión si entendía suficientemente el ruso con la finalidad de que pudiera defenderse eficazmente en esas condiciones.

El TEDH no admite el argumento del Gobierno de que el ruso es ampliamente hablado en Lituania. Constata que no ha ofrecido ninguna otra explicación en cuanto a las razones por las que las autoridades han supuesto que el acusado conocía suficientemente esta lengua al atribuirle un intérprete.

El TEDH considera que las autoridades debían determinar el conocimiento que el demandante tenía del ruso antes de proporcionarle un intérprete. Así, el TEDH se remite a las normas consagradas en la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a una interpretación y a la traducción en el marco de los procedimientos penales.

Observa que hay grabaciones de vídeo en las que el demandante se expresaba en ruso ante el juez de instrucción o durante el proceso, en las que solo ha realizado declaraciones básicas en esa lengua. Constata que el Tribunal Constitucional ha concluido que ha logrado comunicarse en ruso con su abogado pero no ha basado dicha conclusión en ningún hecho concreto. Parece, por tanto, que dicha conclusión reposa más en una presunción que en elementos concretos.

El Gobierno sostiene que ni el demandante ni su abogado se han quejado de que la interpretación se haya realizado en ruso durante la investigación. El TEDH observa que las autoridades no han informado al demandante de su derecho al procedimiento en su propia lengua, lo que, combinado con su conocimiento limitado del ruso y con la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba en tanto que extranjero sujeto a un proceso penal, puede explicar el hecho de que no se haya quejado. En cuanto al hecho de que el abogado no había protestado contra la ausencia de interpretación en lituano, no exime a los tribunales de su obligación de examinar debidamente la cuestión.

De manera general, el Tribunal concluye que el demandante no ha obtenido una asistencia jurídica en su propia lengua que le haya permitido participar activamente en el proceso, lo que ha provocado una falta de equidad, por lo que considera que ha habido una violación del derecho a un proceso equitativo, del derecho a ser informado en un plazo breve de la acusación que se le imputa y del derecho a un intérprete (arts. 6.1 y 3 CEDH).

III. NO HAY PENA SIN LEY

En la Decisión de Inadmisión recaída en el caso *Aumatell i Arnau c. España*, de 4 de octubre de 2018, la demandante, doña Montserrat Aumatell i Arnau, es una ciudadana española que vive en Valls. El Parlamento de Cataluña aprobó la Ley del referéndum de autodeterminación el pasado 6 de septiembre de 2017. Contemplaba la designación de los miembros del Comité Electoral Central de Cataluña responsable de la organización del voto. El fiscal general del Estado, en representación del Gobierno central, impugnó la Ley ante el Tribunal Constitucional («TC», en adelante) y solicitó su suspensión temporal. El TC, por decisión de 7 de septiembre de 2017, declaró la inaplicabilidad de la Ley y la ilegalidad de la organización del referéndum. El 8 de septiembre de 2016, ignorando la orden dada por el TC, el Comité Electoral Central designó los miembros de los órganos electorales. La demandante fue designada como miembro del órgano electoral de Tarragona. En una decisión de 13 de septiembre de 2017, el TC recordó a los miembros de los órganos electorales que la Ley sobre el referéndum de autodeterminación se había suspendido.

El 20 de septiembre de 2017, teniendo en cuenta el incumplimiento en la aplicación de las medidas impuestas, el TC impuso una multa coercitiva diaria de un mínimo de 6000 euros a todos los miembros de los órganos electorales. Renunció a su cargo ese mismo día. Por decisión de 14 de noviembre de 2017, el TC levantó las multas diarias impuestas a los miembros de los órganos electorales a la vista de todas las renunciaciones.

En base al art. 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo), la demandante se queja de que no fue notificada personalmente y que evitó participar en el procedimiento. En base al art. 7 CEDH (no hay pena sin ley) argumenta que su integración en el órgano electoral de Tarragona no es un delito. En base al art. 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo), se queja de una falta de un recurso contra la decisión del TC. Finalmente, en base al art. 14 CEDH (prohibición de discriminación), alega que ha sido objeto de una persecución política por su participación en el referéndum.

El TEDH comienza la argumentación indicando que la decisión del TC de 20 de septiembre de 2017 impuso una multa coercitiva diaria de 6000 euros a la demandante. Antes, el 13 de septiembre de 2017, fue notificada personalmente de las decisiones de 7 y 13 de septiembre sobre la declaración de ilegalidad de la organización del referéndum y la suspensión de la ley del referéndum de autodeterminación como medida cautelar. El hecho de que la demandante haya sido multada se debe, por tanto, al incumplimiento de las decisiones del TC.

La decisión en cuestión fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 22 de septiembre de 2017. Se ha dado a las partes tres días para la presentación de alegaciones antes de que la medida coercitiva fuera efectivamente aplicada. Una vez que se recibió la renuncia, el TC levantó la multa. La demandante fue personalmente notificada de las decisiones del TC y, por consiguiente, fue alertada de su deber de prevenir o paralizar cualquier iniciativa que pudiera impedir la suspensión del referéndum tal y como ordenó el TC.

El TEDH, por consiguiente, considera que el incumplimiento personal de la decisión de 20 de septiembre de 2017 no le ha impedido conocerla o presentar alegaciones ante el TC. El TEDH, en fin, inadmite la demanda al considerarla manifiestamente infundada.

En cuanto al art. 7, el TEDH observa que la multa está prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tal y como quedó redactada tras su sentencia de 16 de octubre de 2015, que atribuía al TC, en el caso de riesgo de que una de sus decisiones no fuera cumplida, la potestad de notificar su decisión personalmente a cualquier autoridad o funcionario, que considerara adecuado para ello. Además, el TC tiene potestad de requerir explicaciones sobre cualquier institución, autoridad, funcionarios o ciudadanos afectados por la aplicación de la decisión en un plazo. Finalmente, en caso de que no se cumpliera el requerimiento en el plazo establecido, el TC tiene potestad de adoptar las medidas necesarias, incluyendo la imposición de multas a quienes cometan la infracción.

El TEDH observa que no hubo una falta de previsibilidad ya que la medida coercitiva estaba prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Además, la demandante fue notificada en persona de las decisiones del TC sobre la suspensión del referéndum. Como resultado, estaba al tanto de que su conducta podría ser sancionada con multas e implicar un proceso penal. Además, una vez que renunció al cargo, el TC levantó la multa por lo que no ha tenido que soportar ningún perjuicio económico. En consecuencia, no hay razón para concluir que la LOTC carecía de claridad o previsibilidad en el momento en el que se produjeron los hechos o que el TC realizó una interpretación arbitraria de la Ley. Por todo ello, se inadmite la demanda también en relación con el art. 7 CEDH.

En relación con el art. 13 CEDH, el TEDH observa que el art. 93 de la LOTC prevé un recurso de súplica contra las decisiones del TC. Los otros miembros de los órganos electorales afectados interpusieron dicho recurso contra la decisión de 20 de septiembre de 2017. El 14 de noviembre de 2017 el TC respondió todas las demandas y levantó las sanciones. La queja sobre la falta de recursos se rechaza al considerarse manifiestamente infundada.

Finalmente, la demandante alega una violación del art. 14 CEDH sin relacionarlo con ningún otro precepto del CEDH y no fundamenta su queja. No proporciona una base de comparación que permita al TEDH examinar una posible analogía entre dos situaciones que pudieran revelar una discriminación. Por ello, el TEDH también inadmite a este respecto.

Desde una perspectiva general, esta decisión da por buena la reforma de la LOTC, realizada en 2015, que tiene como finalidad la ejecución de las decisiones del TC.

IV. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y DEL DOMICILIO

1. PÚBLICO Y PRIVADO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA VIVIENDA: DESAHUCIOS, VULNERABILIDAD Y MERCADO INMOBILIARIO DE ALQUILER

En la *Decisión de Inadmisión F. J. M. c. el Reino Unido*, de 29 de noviembre de 2018, la demandante, F. J. M., es una ciudadana británica que vive en Abingdon y sufre problemas de salud mental.

Los padres de la demandante compraron una casa con una hipoteca, poniendo la casa en garantía. La demandante vivía ahí, pagando la renta a sus padres mediante un contrato de arrendamiento de corta duración. Sin embargo, los padres cayeron en mora en la satisfacción de los pagos, con lo que la demandante perdería la posesión de la casa.

La demandante recurrió la orden de recuperación de la posesión ante los tribunales internos sin éxito. El Tribunal Supremo resolvió que la demandante no estaba legitimada para requerir a los tribunales la realización de una ponderación de los intereses en juego.

En base al art. 8 CEDH (derecho al respeto del domicilio), la demandante alega que la orden de posesión contra ella ha sido desproporcionada y que los tribunales internos han rechazado llevar a cabo una ponderación de bienes e intereses en conflicto. En concreto, su derecho a no perder su domicilio y el derecho a la satisfacción de las cuotas de la hipoteca.

El TEDH reitera que la pérdida de la casa es una de las maneras más extremas de interferencia en el derecho al respeto del domicilio. Cualquier persona en riesgo de una interferencia de esta magnitud debería, en principio, poder solicitar un tribunal independiente que pondere los derechos en conflicto involucrados.

El TEDH reconoce que ha aplicado ese principio principalmente en casos en los que los demandantes vivían en propiedades del Estado o viviendas sociales.

Sin embargo, en una sentencia reciente, en la recaída en el caso *Vrzić c. Croacia*, de 13 de julio de 2016, el TEDH ha hecho la distinción entre propietarios públicos y propietarios privados, ya que en los casos de propietarios privados intervienen otros intereses privados, que deben ponderarse con respecto de los del arrendatario. En ese caso, el TEDH ha reconocido expresamente por primera vez que cuando una persona privada pretende la posesión, la ponderación de los intereses de las partes puede contemplarse en la legislación interna y no es necesario, por consiguiente, que un tribunal independiente los pondere otra vez al hilo de una demanda de posesión.

El TEDH observó que, al elaborar la legislación interna aplicable a este caso, las autoridades británicas han tenido en cuenta, entre otras cosas, el interés público general en la revitalización del sector privado residencial de alquiler, algo que los tribunales internos han aceptado que se alcanza mejor con certeza contractual y rigor en la aplicación del derecho interno. En este caso, la demandante ha aceptado los términos del arrendamiento y la legislación aplicable claramente define la naturaleza de dichos términos y las circunstancias en las que el arrendamiento podía terminar. El TEDH añade, en línea con la postura del TS del Reino Unido, que si un arrendatario privado pudiera requerir a un tribunal que realizara una evaluación de proporcionalidad antes de dictar una orden de posesión, el impacto resultante en el sector privado del alquiler sería totalmente impredecible y potencialmente muy dañoso.

Finalmente, observa que la legislación interna ha previsto casos de especial dureza al permitir a los tribunales retrasar la ejecución de las órdenes de recuperación posesoria por un periodo determinado de tiempo.

En suma, aunque las circunstancias particulares de la demandante indudablemente son merecedoras de compasión, el TEDH sostiene que, a la vista de los caracteres específicos del mercado del arrendamiento privado, las autoridades están legitimadas para regular los arrendamientos, como el de la demandante, mediante una legislación que pondera los derechos del Convenio de las partes involucradas.

Por todo ello, el TEDH resuelve la inadmisión de la demanda.

2. EXPULSIONES DE EXTRANJEROS

En la sentencia recaída en el caso *Levakovic c. Dinamarca*, de 23 de octubre de 2018, el demandante es un ciudadano croata, de etnia gitana, nacido en 1987 que vive actualmente en Croacia. Llegó a Dinamarca procedente de Holanda, cuando tenía nueve meses, donde vivía con sus padres y tres hermanos. Siendo adolescente, fue condenado cuatro veces por robo y tráfico de drogas. También fue condenado varias veces, una vez cumplidos los 18 años, por lo que recibió dos órdenes de expulsión, las cuales fueron suspendidas.

En noviembre de 2011, en el periodo de suspensión de su segunda orden de expulsión, fue arrestado. Se le imputaron cargos por robo y posesión de armas.

Conoció del caso el tribunal de la ciudad, que lo declaró no culpable. Dijo que había vivido toda su vida en Dinamarca, donde vive además su familia, y que no había ido nunca a Croacia o a la antigua Yugoslavia. No tiene familia allí y no habla la lengua. Ha sido diagnosticado de trastorno de déficit de atención por hiperactividad, de lo que está siendo medicado. Además, quería casarse con su novia.

En diciembre de 2012 el tribunal de la ciudad, sin embargo, le condenó a 5 años de prisión y ordenó su expulsión, con una prohibición de retorno permanente. La sentencia fue confirmada en apelación por cinco votos contra uno. El demandante fue expulsado en diciembre de 2017 tras el cumplimiento de la sentencia y volvió a entrar poco después, violando la prohibición.

El demandante se queja de que su expulsión supuso una violación del art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida familiar).

El demandante dice que el tribunal de primera instancia no ha tenido en cuenta todas las circunstancias relevantes al realizar el juicio de ponderación, en concreto el hecho de que tiene lazos familiares en Dinamarca. Su familia y novia viven allí y ha trabajado en el país. Está integrado como cualquier ciudadano danés nacional y sus delitos no son especialmente graves.

El Gobierno argumenta que su expulsión se realizó de conformidad con la ley, perseguía un fin legítimo y los tribunales han llevado a cabo una ponderación justa.

En el proceso ante el TEDH intervino el Centro Europeo de Derechos de los Gitanos. Dijo que los tribunales nacionales debieron aplicar el derecho de la Unión Europea sobre expulsión, que tiene unas condiciones más estrictas que el Convenio Europeo. También llamó la atención del TEDH en cuanto al sentimiento antigitano que se da en Dinamarca.

El TEDH reitera que los Estados tienen derecho a controlar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio, lo que incluye el derecho a expulsar un extranjero condenado por un delito.

Sin embargo, cualquier decisión tiene que respetar el art. 8 CEDH y respetar la jurisprudencia del TEDH. El TEDH, por consiguiente, tiene que examinar si las autoridades han ofrecido razones de mucho peso para expulsar al demandante o si tiene que sustituir su propia visión por la de los tribunales internos.

El TEDH reconoce que el tribunal de primera instancia, el tribunal de la ciudad, ha ponderado cuidadosamente los intereses en conflicto y ha tomado en cuenta expresamente la jurisprudencia del TEDH. El juicio de ponderación ha sido ratificado por el Tribunal superior.

El TEDH sostiene que las autoridades tenían legitimación para concluir que los delitos cometidos por el demandante justificaban la expulsión, a menos que hubiera un criterio que sirviera de contrapeso. A este respecto, el TEDH observa que la expulsión no interfirió en sus derechos familiares, ya que es adulto sin elementos adicionales de dependencia con sus hermanos y padres. Además, no tiene hijos. Prestando atención a sus lazos sociales y culturales con Dinamarca, el TEDH observa que los tribunales internos han considerado que sus antecedentes penales y su falta de respeto a la ley muestra que no está bien integrado.

La decisión de expulsar al demandante se ha basado en razones relevantes y suficientes y no hay ninguna indicación de que cualquier tipo de estereotipos acerca de la comunidad gitana haya influido en el proceso. La expulsión no ha sido desproporcionada dadas todas las circunstancias. El TEDH tiene en cuenta que los tribunales internos han analizado con cuidado si la expulsión supondría una violación de las obligaciones internacionales del Estado. Por todo ello, el TEDH considera que no ha habido una violación del art. 8 CEDH.

El TEDH resolvió el mismo día otro asunto sobre la misma cuestión. Me refiero a la sentencia recaída en el caso *Assem Hassan Ali c. Dinamarca*, de 23 de octubre de 2018. El demandante entró en Dinamarca en 1997, cuando tenía 20 años. Se le otorgó permiso de residencia tras casarse con una mujer palestina con nacionalidad danesa. Tuvieron tres hijos entre 1997 y 2001. Tras divorciarse en 2001, se casó con una mujer iraquí de origen kurdo. Se divorció en 2013, tras tener tres hijos. Los seis niños tienen nacionalidad danesa.

Tras una condena en 2006 por atraco y tráfico de drogas, fue declarado culpable en 2009 por tráfico de cocaína y fue encarcelado. Dada la gravedad del delito, el Tribunal de Distrito ordenó su expulsión y una prohibición permanente de retorno. Su decisión fue confirmada en apelación.

En el proceso contra la orden de deportación, dijo que tenía fuertes lazos con sus hijos, con su mujer y con su exmujer, que le habían visitado en prisión y que perdería el contacto si fuere deportado.

En junio de 2013 el Tribunal de Distrito rechazó revocar la orden de expulsión, considerando que su delito constituyó un «problema mayor para la sociedad danesa». En base al derecho interno la expulsión solo podría ser revocada en el caso de que las circunstancias personales del demandante cambiaran. A este respecto, el Tribunal de Distrito dijo que la alegación del demandante sobre el deterioro de la salud de uno de sus hijos no estaba fundamentada.

El Tribunal Superior confirmó su decisión en enero de 2014. Consideró que su argumento de que intentaba volver a casarse con su primera mujer no suponía tampoco un cambio en sus circunstancias. Fue deportado en abril de 2014.

Ante el TEDH, el demandante se queja de que su expulsión de Dinamarca le ha separado de sus seis hijos, lo que ha constituido una violación de su derecho al respeto de la vida familiar en base al art. 8 CEDH.

El TEDH reitera que los Estados tienen derecho a controlar la entrada y residencia de los extranjeros en su territorio, lo que incluye el derecho a expulsar un extranjero condenado por la comisión de un delito. Sin embargo, cada decisión debe respetar el art. 8 CEDH y la jurisprudencia del TEDH al respecto.

El TEDH reconoce que los tribunales internos han ponderado cuidadosamente los intereses en conflicto y ha tenido expresamente en cuenta el criterio establecido en su jurisprudencia.

Teniendo en cuenta los lazos sociales, culturales y familiares con Dinamarca y Jordania, el TEDH observa que, en el procedimiento de expulsión, el Tribunal de Distrito ha considerado que hablaba poco danés, que nunca ha tenido trabajo en Dinamarca y que sus padres y hermanos han permanecido en Jordania. Este último criterio, recordemos, no ha sido tenido en cuenta en el caso anterior, *Levakovic c. Dinamarca*, de 23 de octubre de 2018.

En cuanto a su situación familiar, el TEDH considera que el criterio del TEDH sobre posibles dificultades de los esposos en el país de expulsión no era aplicable a este caso. El TEDH constata que el demandante se había separado de su segunda esposa y que planteó su idea de volverse a casar con su primera exmujer mientras estaba en prisión, durante el procedimiento de expulsión. No tenía, por consiguiente, una expectativa legítima de ejercer su derecho a una vida familiar en Dinamarca con ella.

En relación con el criterio del mejor interés de los menores, el tema es la dificultad que podrían encontrar en Dinamarca debido a la separación de su padre, dado que las madres pensaban permanecer en el país. Los tribunales internos examinaron el tema y consideraron que la salud de los hijos no se había deteriorado desde la orden de expulsión de 2009. Los tribunales también consideraron que el contacto que ha mantenido con sus hijos desde la orden de expulsión de 2009 tampoco cambia las cosas.

El TEDH pondera los intereses de los menores y el interés general a la prevención del delito que supondría la expulsión. A este respecto, dice que *no parece que el impacto negativo en el interés del menor ha sido tal como para prevalecer sobre el criterio tenido en consideración referido a la prevención del desorden y el delito.*

Como ha cometido delitos graves, el TEDH considera que la decisión de expulsión se ha basado en razones suficientes y relevantes. Además, la medida ha sido proporcionada ya que se ha realizado una ponderación justa entre los intereses al respeto de la vida familiar, por un lado, y la prevención del delito, por otro. Por todo ello, el TEDH considera que no ha habido una violación del art. 8 CEDH.

V. LIBERTAD RELIGIOSA: VESTIMENTA RELIGIOSA EN ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. LA CONSOLIDACIÓN DE UN CAMBIO JURISPRUDENCIAL

La problemática suscitada en los últimos años en torno al uso de símbolos religiosos en la calle o en instituciones públicas vuelve a plantearse en la sentencia recaída en el caso *Lachiri c. Bélgica*, de 18 de septiembre de 2018. Uno de los factores que Estrasburgo ha tenido en cuenta en esta materia es la laicidad, confesionalidad o aconfesionalidad del Estado, de manera que, en un Estado laico, en principio, quedarían más justificadas las restricciones. A este respecto, la STEDH recaída en el caso *Hamidović c. Bosnia-Herzegovina*, de 5 de diciembre de 2017, supuso una evolución en la consideración de este tema. Recordemos que el TEDH consideró que impedir la entrada en la sala de juicio a un salafista, a menos que se retirara el turbante propio de esta variante del islam, en un Estado laico como Bosnia-Herzegovina, suponía una violación del art. 9 CEDH. A este respecto, el TEDH dijo que debe distinguirse si el uso del símbolo se realiza por un ciudadano privado o por un trabajador, especialmente si es funcionario. Los funcionarios, a diferencia de los ciudadanos privados como el demandante, tendrían un deber de discreción, neutralidad e imparcialidad, que incluye el deber de no llevar símbolos religiosos y vestimenta al ejercer su autoridad oficial³. Más contundente, apoyando el cambio en la línea jurisprudencial⁴, sería la opinión concurrente

³ Omar Bouazza Ariño (2018), «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 205, págs. 272-274.

⁴ Recordemos la sentencia recaída en el caso *Leyla Sahin c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, en la que el TEDH dio por buena la sanción a una alumna universitaria por su negativa a retirarse el velo al entrar en la Facultad de Derecho, considerando que

del juez maltés De Gaetano, que dijo que «la laicidad del Estado no impide que las personas puedan manifestar libremente su religión. La separación de la Iglesia y del Estado ya no es una excusa para seguir sosteniendo una forma de laicidad agresiva que es la promoción del laicismo a costa de la libertad religiosa». Parece que la sentencia que comentaré a continuación sigue la línea de esta importante sentencia. Veamos, por tanto, los hechos, argumentación y decisión del Tribunal.

La demandante y otros miembros de su familia iniciaron un proceso civil solicitando la reparación del daño ocasionado como consecuencia de la muerte de su hermano. El acusado fue condenado por asalto y lesiones imprudentes. La demandante y las otras partes civiles apelaron alegando que el delito debía calificarse como asesinato. El día de la vista oral, el ujier informó a la demandante la decisión del presidente de la sala según la cual no podría entrar en la sala de juicio, a menos que se retirara el velo islámico. La demandante rechazó cumplir dicha orden y no asistió a la vista. En consecuencia, la demandante no pudo defender su demanda.

En base al art. 9 CEDH (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión), la demandante se queja de que su exclusión de la vista oral ha infringido su derecho a expresar libremente su religión.

El Gobierno presentó una declaración unilateral el 22 de marzo de 2016 que el TEDH decidió no aceptar. Y es que en el caso de que haya fallado un acuerdo amistoso entre las partes, los Estados pueden presentar declaraciones unilaterales reconociendo la violación del CEDH y contemplando medidas de resarcimiento a la víctima. Este mecanismo se prevé en el art. 62A del Reglamento del Tribunal.

Observando que, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH *Leyla Sahin c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005 y *Dogru c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008), llevar el hijab (velo que cubre el pelo y la nuca mientras la cara queda descubierta) puede observarse como un acto «motivado o inspirado en la religión o la creencia religiosa», el TEDH considera que la exclusión de la demandante de la sala de juicio porque se negó a retirarse el velo, ha implicado una «restricción» en el ejercicio de su derecho a manifestar su religión. La finalidad de la restricción, fundamentada en el art. 759 del Código Judicial, que requiere que las personas que entran en la sala de juicio deben hacerlo sin llevar sombreros, ha sido la prevención de conductas irrespetuosas hacia el poder judicial o una manera impropia de ir vestida. El

la preservación de la laicidad del Estado constituía un fin legítimo que justificaba la restricción. Al respecto me remito a la crónica que hice de esta sentencia, en «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 169, 2006, págs. 233-238.

TEDH concluye que la finalidad legítima perseguida ha sido la protección del orden público.

En relación con la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, el TEDH especifica que el velo islámico cubre la cabeza pero no el rostro, como ocurre con el burka (Sentencia *S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014). A continuación, observa que la demandante es una ciudadana común: no es representante del Estado que esté cumpliendo un servicio público y no está atada, por tanto, a un deber de discreción en la expresión pública de sus creencias religiosas. Además, el TEDH indicó que mientras que un tribunal puede considerarse un espacio público, en contraposición al lugar de trabajo, por ejemplo, no es un espacio público comparable a una calle o una plaza. Un tribunal es una institución pública en la que el respeto a la neutralidad hacia las creencias podría prevalecer sobre el libre ejercicio del derecho a manifestar la religión, como los establecimientos públicos de educación. En el presente caso, sin embargo, la finalidad perseguida al excluir a la demandante de la sala de juicio no ha sido mantener la neutralidad del espacio. El TEDH, por consiguiente, limita su examen a la determinación de si la medida ha sido justificada para el mantenimiento del orden. A este respecto observa que la conducta de la demandante al entrar en la sala de juicio no ha sido irrespetuosa y no ha constituido una amenaza al adecuado desarrollo de la vista oral. En consecuencia, el TEDH sostiene que la necesidad de la restricción en cuestión no ha sido establecida y que la infracción del derecho de la demandante a manifestar libremente su religión no estaba justificado en una sociedad democrática. Ha habido, por tanto, una violación del art. 9 CEDH. Se reconoce además una indemnización de 1000 euros a favor de la demandante con la que le deberá resarcir el Estado en concepto de daño no pecuniario.

En fin, la laicidad de un Estado no justificará la restricción a la libre expresión de la religión, siempre que no suponga un problema de orden público y no se trate de empleado público.

VI. DERECHO AL RESPETO DE LOS BIENES: APLICABILIDAD DE LA LEY ISLÁMICA EN EUROPA

En la sentencia de la Gran Sala recaída en el caso *Molla Salli c. Grecia*, de 19 de diciembre de 2018, la demandante, la señora Catitze Molla Sali, es una ciudadana griega que vive en Komotini (Grecia).

A la muerte de su marido, heredó la totalidad de sus bienes en base a un deseo manifestado por el difunto ante notario. Las dos hermanas del fallecido impugnaron la validez de dicho testamento, argumentando

que su hermano perteneció a la comunidad musulmana de Tracia y que cualquier cuestión sobre la herencia en esa comunidad está sujeta al derecho islámico y a la jurisdicción del muftí —jurisconsulto musulmán con autoridad pública, cuyas decisiones tienen fuerza de ley— y no a las previsiones del Código Civil de Grecia. Confían en concreto en el Tratado de Sèvres y en el Tratado de Lausanne de 1923, que prevén la aplicación de las costumbres musulmanas y la ley islámica a los griegos nacionales de fe musulmana⁵.

Las quejas de las dos hermanas fueron desestimadas por el tribunal de primera instancia y los tribunales de apelación. En septiembre de 2011, el Tribunal de Apelación de Tracia dijo que la decisión de la persona fallecida, un ciudadano griego de fe islámica y miembro de la minoría religiosa de Tracia, de acudir a un notario y manifestar su voluntad en torno a su herencia, es conforme con su derecho a disponer de su propiedad tras su muerte en las mismas condiciones que los ciudadanos griegos.

Sin embargo, el Tribunal de Casación anuló la decisión considerando que los asuntos referidos a las sucesiones en el ámbito de la minoría musulmana deben resolverse de acuerdo con las reglas de la *sharía*.

El caso, entonces, se remitió al Tribunal de Apelación que, en su decisión de 15 de diciembre de 2015, dijo que el derecho aplicable a los bienes del fallecido es el derecho musulmán y que la voluntad impugnada carecía de efecto legal. La apelación de la demandante fue desestimada el 6 de abril de 2017.

En base al art. 6.1 CEDH (derecho a un proceso equitativo) leído separadamente y en relación con el art. 14 CEDH (prohibición de discriminación), la demandante se queja de la aplicación de la *sharía* a su disputa sucesoria en lugar del derecho común aplicable a los ciudadanos griegos, a pesar del hecho de que la voluntad de su marido era conforme con las disposiciones del Código Civil. También se queja de que ha sufrido un trato discriminatorio por razón de su religión y se queja de que ha sido privada de tres cuartas partes de su herencia. El TEDH decide examinar las quejas únicamente en base al art. 14 CEDH leído conjuntamente con el art. 1 del Protocolo núm. 1 adicional al CEDH.

Debido a la aplicación del derecho musulmán de sucesiones a los bienes del marido de la demandante —cuya ley en Grecia es aplicable específicamen-

⁵ Este Tratado contemplaba el traslado de todos los cristianos de Turquía a Grecia y de todos los musulmanes de Grecia a Turquía, con excepción de la minoría cristiana de Estambul y de la musulmana de Tracia. El Tratado obliga a los dos Estados a permitir a sus correspondientes minorías la aplicación de sus respectivas costumbres en el ámbito de las relaciones de familia.

te los griegos de fe islámica, como se ha dicho—, esta ha sido desprovista del beneficio de la voluntad manifestada, de conformidad con el Código Civil, por su marido y ha sido privada de las tres cuartas partes de la herencia. Si el testador no fuera musulmán, la demandante hubiera heredado la totalidad de sus bienes. Como beneficiaria de una voluntad dada en base al Código Civil por el testador de fe musulmana, la demandante ha estado en una situación comparable a la del beneficiario de una voluntad dada en base al CC por un testador que no es de fe musulmana, pero que ha sido tratada de forma diferente en base a la confesión religiosa del testador.

El Gobierno justifica esa diferencia de trato argumentando que, según la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Casación, perseguía un fin legítimo de interés público: la protección de la minoría religiosa de Tracia, en base al deber de Grecia de cumplir con sus obligaciones internacionales y la específica situación de la minoría musulmana de Tracia. Al TEDH no le convence la justificación del Gobierno basada en la *sharía* y sus obligaciones internacionales, por las razones que expone a continuación.

En primer lugar, los Tratados de Sèvres y Laussanne no impusieron ninguna obligación a Grecia de aplicar la *sharía*. Más específicamente, el Tratado de Laussanne no menciona explícitamente la jurisdicción del muftí, pero garantiza la singularidad religiosa de la comunidad griega musulmana. Además, había divergencias en la jurisprudencia de los tribunales griegos en torno a la compatibilidad de la *sharía* con el principio de igualdad de trato y con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, lo que creó incerteza legal incompatible con las exigencias del principio de legalidad.

Finalmente, varias organizaciones internacionales han expresado su preocupación sobre la aplicación de la *sharía* a los musulmanes griegos de Tracia. En concreto, en su informe sobre los derechos de las minorías de Grecia, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha observado que la aplicación de la *sharía* al derecho de familia y de sucesiones es incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por Grecia, y ha recomendado a las autoridades de Grecia interpretar el Tratado de Laussanne y otros tratados concluidos a principios del siglo XX de conformidad con las obligaciones que derivan de los instrumentos internacionales y europeos para la protección de los derechos humanos.

En segundo lugar, en base a la jurisprudencia del TEDH, la libertad religiosa no requiere a los Estados contratantes el establecimiento de un marco legal concreto para garantizar a las comunidades religiosas un estatus especial que implique privilegios específicos. Sin embargo, un Estado que ha creado tal estatus debe asegurar que los criterios establecidos por un grupo son aplicados de una manera no discriminatoria. Además, no debe asumirse que un testador de fe musulmana, habiendo dado una voluntad de conformidad con

el Código Civil, haya renunciado automáticamente a su derecho, o el de sus beneficiarios, a no ser discriminado en base a su religión. Las creencias religiosas de una persona no deben implicar la renuncia a ciertos derechos si violan un interés público importante. Tampoco el Estado puede adoptar el papel de garante de la identidad de una minoría de un grupo de población específico en detrimento del derecho de los miembros del grupo a elegir su no pertenencia o no seguir sus prácticas y reglas.

Finalmente, al no permitir a los miembros de las minorías religiosas el derecho de optar voluntariamente por beneficiarse del derecho común, no solo se ha discriminado sino que se ha violado un derecho de cardinal importancia en el ámbito de la protección de las minorías: el derecho a la libre determinación. El aspecto negativo de este derecho, es decir, el derecho a no ser tratado como miembro de una minoría, no está limitado de la misma manera que en su aspecto positivo. La elección en cuestión es completamente libre. Debía ser respetado por los miembros de la minoría y por el Estado mismo. Ello se apoya en el art. 3.1. del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre protección de las minorías nacionales, que dispone que no debe resultar desventaja alguna de esta elección o del ejercicio de los derechos que están conectados con dicha elección. El derecho a la libre determinación no es un derecho específico del Convenio Marco. Es una «piedra angular» del derecho internacional sobre protección de las minorías en general. Es aplicable especialmente al aspecto negativo del derecho: ningún tratado bilateral o multilateral requiere a nadie someterse contra sus deseos a un régimen especial en términos de protección de las minorías.

Además, el TEDH observa que Grecia es el único país europeo en el que, hasta el momento, se ha aplicado la *sharía* a una parte de sus ciudadanos en contra de sus deseos. Es especialmente problemático en este caso porque dicha aplicación ha causado una situación que perjudica a los derechos de una viuda que ha heredado los bienes de su esposo de conformidad con las reglas del derecho civil, pero que se ha encontrado en una situación legal que ni ella ni su marido han pretendido. Así, el TEDH observa con satisfacción que el 15 de enero de 2018 entró en vigor la ley que deroga las regulaciones especiales que imponen la aplicación de la *sharía* para casos de derecho de familia en el seno de la minoría musulmana. La presencia del muftí en las relaciones jurídico-matrimoniales, en casos de divorcio o herencia ahora solo será posible con el acuerdo de todos los afectados. No obstante, las disposiciones de la nueva ley no tienen impacto en la situación del demandante, cuyo caso ha adquirido firmeza bajo la vigencia del viejo sistema, anterior a la promulgación de la nueva ley.

En conclusión, el TEDH considera que la diferencia de trato sufrida por la demandante, como beneficiaria de una voluntad manifestada de acuerdo

con el Código Civil por un testador de fe musulmana, en comparación con la voluntad de un testador de fe no musulmana, dada de acuerdo con la voluntad del Código Civil, no ha tenido una justificación objetiva ni razonable. Ha habido, por tanto, una violación del art. 14 del Convenio, leído conjuntamente con el art. 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio⁶.

⁶ El juez de Letonia, Mārtiņš Mits, manifestó una opinión concurrente. Me remito a la lectura de la sentencia para averiguar su contenido.