

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

José M^a Martí Sánchez
Universidad Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Visión de Conjunto de las resoluciones emanadas en 2016 y asuntos tratados.- 3. Corpus de resoluciones analizadas.- 4. Comentario.- 4.1. Laicidad, confesionalidad y autonomía religiosa.- 4.2. Objeción de conciencia y demandas de asilo, por persecución religiosa.- 4.3. La asistencia religiosa en situaciones de detención o privación de libertad ambulatoria.- 4.4. La reconfiguración de las relaciones humanas a partir de la no discriminación, por razón de “orientación sexual”.-

1. INTRODUCCIÓN

Previo al análisis de las sentencias y de su comentario, hacemos unas consideraciones breves. La primera de índole formal y sociológica.

La libertad religiosa es, durante el siglo XXI, una de las más invocadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹. Ha dado lugar a numerosos pronunciamientos, que conviene clasificar para medir su importancia. Habría que diferenciar las decisiones (“decision” o “décision”) de inadmisión (art. 35 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), de las sentencias (“judgment” o “arrêt”) (sean estas estimatorias o desestimatorias del amparo solicitado). A su vez, las resoluciones se subdividen, por el órgano de procedencia, según emanen de una sección del Tribunal (“Chamber” o “Chambre”), o estén pronunciadas por su Gran Sala o pleno (“Grand Chamber” o “Grande Chambre”) (art. 43 del Convenio).

En todo el 2016, la Gran Sala emanó 27 sentencias. Se admiten muy pocos de los recursos que se le someten. Así, por ejemplo, no admitió el nuevo estudio del caso *Ladele c. Reino Unido* (nº 51671/10), dentro de la sentencia *Eweida y otros c. Reino Unido*, 15 enero 2013. El recurso se formuló en abril de 2013 y la resolución de inadmisión es de 29 de mayo de 2013. Ello nos privó de una doc-

¹ J.-M^e HISQUIN, *Liberté de religion et droit de la famille*. Thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 24 septembre 2012, “Résumé, RDLF 2013, thèse n°07 <www.revuedlf.com>.”

trina más aquilatada a propósito de la objeción de conciencia, ante obligaciones profesionales². Aunque es un tema abierto, la inadmisión del recurso a la Gran Sala no exige, en la regulación actual, una especial y detallada motivación.

De las sentencias y decisiones estudiadas, en nuestro repaso de 2016, solo dos casos se dirigen contra España. Una de ellas es la sentencia, asunto Aldeguer Tomás contra España, de 14 de junio de 2016 que considera que no se discriminó al miembro superviviente de una pareja homosexual. La muerte se produjo en momento anterior a la reforma legal que les permitió contraer entre sí, sin una previsión de retroactividad. Ello acarreo la denegación de la pensión de viudedad. La otra es la decisión de inadmisión, por el tribunal, del asunto Zoubida Barik Edidi contra España, de 26 de abril de 2016, sobre el uso de vestimentas de connotación religiosa.

Para este comentario seguimos el siguiente esquema: primero, un índice de materias que, en relación con el factor religioso, se estudian en las sentencias y decisiones de 2016, con una apostilla sucinta. A continuación, enumeramos, por orden cronológico, las resoluciones, y, por último, desarrollamos los aspectos que nos parecen de más enjundia, con un examen detenido de la doctrina del Tribunal Europeo.

2. VISIÓN DE CONJUNTO DE LAS RESOLUCIONES EMANADAS EN 2016 Y ASUNTOS TRATADOS

Entre ellos no encontramos la formación moral en la enseñanza reglada (art. 2 del Protocolo nº 1 de 1952 y art. 9 de la Convención³). El resultado contrasta con el que arroja la jurisprudencia española. El Tribunal Supremo vuelve con frecuencia sobre este asunto, como explica cumplidamente la crónica anual que dedica esta revista a su jurisprudencia. El desfase deriva de que, la redacción del citado artículo 2, se contenta con garantizar un mínimo contenido de la libertad de enseñanza. Además, por ser una materia muy desarrollada, en el

² F. PÉREZ-MADRID, Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2013.

³ “A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. La sentencia Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, § 31, estableció la vinculación entre libertad religiosa, proselitismo y enseñanza (ver art. 9.1 de la Convención): “Aux termes de l’article 9 (art. 9), la liberté de manifester sa religion ne s’exerce pas uniquement de manière collective, «en public» et dans le cercle de ceux dont on partage la foi: on peut aussi s’en prévaloir «individuellement» et «en privé»; en outre, elle comporte en principe le droit d’essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d’un «enseignement», sans quoi du reste «la liberté de changer de religion ou de conviction», consacrée par l’article 9 (art. 9), risquerait de demeurer lettre morte”.

Derecho interno de cada Estado, la jurisprudencia de Estrasburgo se somete a los criterios de oportunidad conocidos sobre el terreno⁴.

Concretamente, reconoce un margen de apreciación especial en la postura del Estado frente al factor religioso⁵, que no deja de tener cierta conexión con la enseñanza, o en el Derecho de familia (ver la apreciación en la sentencia Oliari y otros c. Italia, 21 julio 2015⁶, y en la Charpin y Charpantier c. Francia, 9 junio 2016⁷). La sentencia (Gran Sala), asunto Izzettin Dogan y otros contra Turquía, de 26 de abril de 2016, muestra una propensión hacia la alteridad de órdenes, mas la convención no la exige, pero sí que cada Ordenamiento adopte medidas que hagan factible la operatividad del contenido del art. 9 del Convenio⁸. La Gran Sala, en el asunto Izzettin Dogan, hace una defensa enérgica de la autonomía de la entidad religiosa. Esta comprende fijar su credo y las vías de expresarlo, pero también la determinación de su organización, y el establecimiento de los ministros, lugares de culto y ceremonias⁹.

⁴ Con carácter general, I. Martín Sánchez, Margen de apreciación nacional y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Derecho y religión*, N.º. 9, 2014 (Ejemplar dedicado a: La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / coord. por Isidoro Martín Sánchez, Marcos González Sánchez), pp. 11-36.

⁵ Izzettin Dogan y otros contra Turquía, de 26 de abril de 2016, párr. 162. "It observes at the outset that, as stated previously (see § 112 above), where issues concerning relations between the State and religions are at stake, the role of the domestic policy-maker should be given special weight..."

⁶ "As regards the breadth of the margin of appreciation, the Court notes that this is dependent on various factors. While the Court can accept that the subject matter of the present case may be linked to sensitive moral or ethical issues which allow for a wider margin of appreciation in the absence of consensus among member States..." (§ 177).

⁷ El tribunal reconoce la conmoción de la institución matrimonial, como consecuencia de la evolución social, y que no existe ya un consenso europeo sobre las uniones homosexuales "Elle a considéré que l'article 12 de la Convention s'appliquait au grief des requérants, mais que l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel était régie par les lois nationales des États contractants. Elle a retenu que le mariage possédait des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre et rappelé qu'elle ne devait pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre. Elle a donc conclu que l'article 12 n'imposait pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants (voir également Gas et Dubois c. France, no 25951/07, § 66 CEDH 2012)" (§ 36).

⁸ Izzettin Dogan y otros contra Turquía, de 26 de abril de 2016, párr. 163. "Likewise, the Court recognised that a constitutional model founded on the principle of secularism was also consistent with the values underpinning the Convention (see Leyla Şahin, cited above, §§ 113-14; and Dogru v. France, n.º 27058/05, § 72, 4 December 2008). However, in order to satisfy the requirements of Article 9, each system must include specific safeguards for the individual's freedom of religion (see, mutatis mutandis, Darby v. Sweden, 23 October 1990, § 45, Series A no. 187)".

⁹ En general, §§ 112-114 y, por lo que se refiere al supuesto concreto, ve una diferencia con el caso Fernández Martínez c. España y ratifica la importancia de la autonomía: "In the present case, no such duty of loyalty could be imposed on the applicants. While avoiding entering into a theological debate, they stressed in particular that it was for Alevis alone to define their belief and that the "customs and ceremonies" in question, namely the cem ceremony, constituted their main form of religious practice and that the cemevis were the place where this was performed" (§ 120). "In that

Cosa distinta a lo poco que se habló en 2016 de la formación religiosa y moral, suministrada por la escuela pública, ocurre con el profesorado de religión de estos centros. A este asunto se consagra la sentencia Travaš contra Croacia, de 4 de octubre de 2016. En el estatuto de estos docentes, pesa especialmente la autonomía de la confesión religiosa. Los derechos de los formandos o sus padres y la neutralidad del Poder público, quedan subsumidos o supeditados a la citada autonomía¹⁰.

Al derecho a contraer matrimonio se le presta cierta atención por el carácter controvertido que adquiere el contenido del art. 12 de la convención (*ius connubii*) (ver las notas a pie de página 6-7), más allá del umbral mínimo de la edad núbil y la igualdad de condiciones¹¹. Quizá no se ha insistido lo suficiente en la conexión directa con la libertad religiosa (art. 9)¹². A pesar de que está implícita en la definición y evolución del matrimonio, dada su impronta moral y cultural. Recordemos la fórmula clásica de Modestino (siglo III): “Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”¹³. En este terreno, se plantea el conflicto religioso contemporáneo por antonomasia, dada su trascendencia social. Cardia destacó la ruptura del modelo antropológico que daba cohesión y solidez al Derecho y sus instituciones¹⁴.

En el asunto Chapin y Charpentier contra Francia, de 9 de junio de 2016, del tribunal se manifiesta neutral, en medio de las posturas dispares de los Estados. Pero si se decanta a favor de aplicar el art. 8 del Convenio a las relaciones

connection the Court observes that, in accordance with the principle of autonomy for religious communities which is established in its case-law –and which is the corollary to the State’s duty of neutrality and impartiality– only the highest spiritual authorities of a religious community, and not the State (or even the national courts), may determine to which faith that community belongs (see, mutatis mutandis, Miroļubovs and Others, cited above, § 86). Accordingly, it considers that the State’s attitude towards the Alevi faith infringes the right of the Alevi community to an autonomous existence, which is at the very heart of the guarantees in Article 9 of the Convention (see, mutatis mutandis, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others, cited above, § 79)” (§ 121).

¹⁰ R. PALOMINO LOZANO, Profesores de religión en la escuela pública: autonomía de los grupos religiosos, neutralidad del estado y desconcierto final, *Revista General Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 43 enero 2017.

¹¹ Art. 5 del Protocolo n° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 22 noviembre 1984.

¹² Por todos, J. FERRER ORTIZ, El derecho a contraer matrimonio y la libertad religiosa, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 30, 2014, pp. 677-724.

¹³ J.M^a MARTÍ SÁNCHEZ, *El matrimonio religioso y su transcendencia jurídica*, European Academic Press, 2015, pp. 17-27 y 46-51, principalmente.

¹⁴ C. CARDIA, Laicità, diritti umani, cultura relativista, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, noviembre 2009, pp. 6-7 y pp. 12-13. <www.statoechiese.it>. “Si tratta di un concezione antropologica che chiama in causa equilibri profondi dell’umanesimo cristiano sin dall’antichità, perché determina quasi una frattura coscienziale che interroga la persona nelle profondità dei suoi convincimenti. Le divergenze che si affermano riguardano l’istituto della famiglia e le relazioni sessuali da un lato, dall’altro le nuove possibilità tecniche di intervenire sul processo procreativo e sul confine tra la vita e la morte.” (p. 7).

íntimas que surgen (incluso a considerar que pueden llegar a constituir “vida familiar”). Asimismo, pide que el trato que se les dispensa no sea discriminatorio (art. 14). Lo vemos en las sentencias, de signo contrario, sobre miembros de parejas homosexuales: Aldeguer Tomás contra España, de 14 de junio de 2016, y Taddeucci y McCall c. Italia, 30 junio 2016.

El TEDH mantiene su interés por la objeción de conciencia. Son dos las reclamaciones en el año: asuntos Papavasiliakis contra Grecia, de 15 de septiembre de 2016, y Enver Aydemir c. Turquía, de 7 de junio de 2016. Aquel desestima el recurso, en lo que se refiere a la vulneración del art. 9 del Convenio, del Sr. Enver Aydemir, por su motivación político-religiosa, opuesta a la laicidad de la República. La primera sentencia resume la doctrina acrisolada en estos últimos años (ver § 36). Primero, sobre “l’applicabilité de l’article 9 de la Convention aux objecteurs de conscience (Bayatyan c. Arménie, précité, Savda c. Turquie, nº 42730/05, 12 juin 2012, Erçep c. Turquie, nº 43965/04, 22 novembre 2011, Feti Demirtaş c. Turquie, nº 5260/07, 17 janvier 2012, et Buldu et autres c. Turquie, nº 14017/08, 3 juin 2014)”. Además, la sentencia Papavasiliakis contra Grecia concreta cómo debe ser el conflicto de conciencia (grave e insuperable). Sobre las convicciones del objetor dice que serán: sinceras, profundas y de naturaleza variada (religiosa o diferente) capaces de alcanzar un grado suficiente de fuerza, seriedad y coherencia, para moldear el comportamiento¹⁵. Pero son los hechos concretos los que determinan la calificación jurídica del caso: “la question de savoir si et dans quelle mesure l’objection au service militaire relève de cette disposition doit néanmoins être tranchée en fonction des circonstances propres à chaque affaire” (§ 36).

Tiene conexión con la objeción de conciencia al servicio militar la sentencia, asunto Savda contra Turquía, de 15 de noviembre de 2016. Declara que ha existido violación del artículo 10 de la Convención, por condenar a militante pacifista que hizo una declaración en apoyo de los objetores de conciencia israelíes.

La asistencia religiosa en centros penitenciarios o de detención también es objeto de sendas sentencias¹⁶: una de la Gran Sala, asunto Mozer contra República de Moldavia y Rusia, de 23 de febrero de 2016 y la Berghea y Turan contra Rumanía, de 8 de noviembre de 2016. La primera declara que ha habido violación por parte de Rusia de los artículos 9 y 13 de la Convención, entre otros motivos, por impedir al demandante la asistencia religiosa durante una

¹⁵ “L’opposition au service militaire, lorsqu’elle était motivée par un conflit grave et insurmontable entre l’obligation de servir dans l’armée et la conscience d’une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, constituait une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d’importance pour entraîner l’application des garanties de l’article 9 (Bayatyan, précité, § 110)”.

¹⁶ La sentencia, asunto Jakóbski contra Polonia, de 7 de diciembre de 2010, empezó a mostrar interés por la cuestión.

detención ilegal. En cambio, en el asunto *Berghea y Turan contra Rumanía*, el tribunal no observa violación del artículo 9, por el trato recibido por dos reclusos en prisión, al no haber agotado las vías internas de reclamación de los abusos o vulneraciones denunciadas.

Un caso conexo se estudia en la sentencia, asunto *Süveges contra Hungría*, de 5 de enero de 2016. Declara que no ha habido violación del artículo 9 de la Convención en la restricción al demandante de su práctica religiosa debido al arresto domiciliario en que se encontraba.

Tampoco decae la atención tradicional hacia los símbolos religiosos. Mantiene su vigencia ante el tribunal europeo, pero lamentablemente la decisión sobre el asunto *Zoubida Barik Edidi contra España*, no entró en el fondo de la cuestión. Fue inadmitido, por problemas de procedimiento. Explicamos sucintamente el supuesto.

En 2009, la demandante, de profesión abogada, asistió a las vistas celebradas ante la Audiencia Nacional en un proceso por delitos de terrorismo islámico. En las primeras sesiones, la demandante, con la cabeza cubierta con un yihab, se sentó en la zona del público, sin que fuera objeto de observación. Posteriormente se sentó en la zona reservada a las partes, vistiendo la toga y portando el yihab que le cubría el pelo, con el ovalo de la cara descubierto. El Tribunal no le hizo comentario alguno hasta que reiniciada la vista, en otra fecha, antes de comenzar la sesión, el Presidente del Tribunal solicitó a la demandante que se fuera a la zona del público, en razón de que los abogados que comparecen en estrados no pueden cubrirse la cabeza con un pañuelo. Aunque en un primer momento la demandante rehusó marcharse, luego lo hizo así. Además, interpuso una queja ante la Audiencia Nacional que se declaró incompetente. La decisión no fue impugnada. “La demandante considera que la ausencia de examen del fondo de sus pretensiones debe ser vista como una violación de los artículos 8 y 9 del Convenio, así como del artículo 1 del Protocolo n^o 12” (§ 46). Al no haberse agotado las vías de recursos internos (art. 35 §§ 1 y 4 del Convenio), el TEDH declara la demanda inadmisibile, por unanimidad.

En cambio, el Tribunal Europeo constató violación del art. 8, derecho a la vida privada, pero no del art. 9 de la convención, en la remoción del cargo de subprefecto, por la razón de que la consorte portaba el velo y se alejaba del modelo que caracteriza al cuerpo prefectoral de Turquía (hombre moderno al estilo de Atatürk). Ver sentencia *Sodan c. Turquía*, 2 febrero 2016. Dado que sale del espectro del art. 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), no va a ser objeto de comentario detallado en este artículo.

3. CORPUS DE RESOLUCIONES ANALIZADAS

Enumeramos los pronunciamientos del año 2016, por orden cronológico.

Sentencia, asunto *Süveges contra Hungría*, de 5 de enero de 2016. Declara que no ha habido violación del artículo 9 de la Convención por restringir la práctica religiosa en un arresto domiciliario.

La ya aludida sentencia *Sodan c. Turquía*, 2 febrero 2016 (fuera de un estudio particular).

Sentencia (**Gran Sala**), asunto *Mozer contra República de Moldavia y Rusia*, de 23 de febrero de 2016. Declara que ha habido violación por parte de Rusia de los artículos 9 y 13 de la Convención, entre otros motivos, por impedir al demandante la asistencia religiosa durante una detención ilegal.

Sentencia (**Gran Sala**), asunto *F.G. contra Suecia*, de 23 de marzo de 2016. Declara que la violación de los artículos 2 y 3 de la Convención, en el caso de un demandante iraní converso al cristianismo al que se denegó el asilo en Suecia, por no plantearse los riesgos de su regreso al país a partir de su conversión.

Decisión inadmisión, asunto *Zoubida Barik Edidi contra España*, de 26 de abril de 2016. La inadmisión se debió a no haber agotado las vías internas de reclamación contra la solicitud del Presidente del Tribunal a la demandante para que se fuera a la zona reservada al público, en razón de que los abogados que comparecen en estrados no pueden cubrirse la cabeza con un pañuelo.

Sentencia (**Gran Sala**), asunto *Izzettin Dogan y otros contra Turquía*, de 26 de abril de 2016. Declara que ha habido violación de los artículos 9 y 14 de la Convención en el trato recibido por los alevís en comparación con la religión mayoritaria en Turquía. Suma ciertos votos particulares, disidentes y concurrentes¹⁷.

Sentencia, asunto de los *Testigos de Jehová y otros contra Turquía*, de 24 de mayo de 2016, constata que los Poderes públicos han vulnerado el art. 9 de la Convención por las dificultades creadas para que el grupo religioso pueda establecer un lugar de reunión y celebración.

Sentencia, asunto *Enver Aydemir c. Turquía*, de 7 de junio de 2016. Declara que ha habido violación del artículo 3 de la Convención, por el maltrato recibido por objetor de conciencia al servicio militar.

Sentencia, asunto *Chapin y Charpentier contra Francia*, de 9 de junio de 2016. Declara que no ha habido violación de los artículos 8, 12 o 14 de la Convención en el caso de una pareja homosexual, a cuya unión no se le dio validez.

¹⁷ A la sentencia, por mayoría, le acompañan otros votos particulares. Es parcialmente discrepante y concurrente el de los Jueces Villiger, Keller y Kjølbrot; es disidente el del Juez Silvis, así como el de Vehabović. Además el Juez Spano realiza un pronunciamiento que se añade a la sentencia.

Sentencia, asunto Aldeguer Tomás contra España, de 14 de junio de 2016. Declara que no ha habido violación del artículo 14 de la Convención, en relación con el 8, por considerar que no se discriminó al miembro superviviente de una pareja homosexual al que se denegó pensión de viudedad. La ley que equiparó estas uniones al matrimonio fue posterior, y no previó efectos retroactivos. Voto particular del juez Keller.

Sentencia, asunto R. D. contra Francia, de 16 de junio de 2016. Declara que habría violación del artículo 3 del Convenio, por rechazar el asilo de quien se había casado con cristiano y temía represalias fundadas de su familia musulmana.

Sentencia, asunto Janusz Wojciechowski contra Polonia, de 28 de junio de 2016. Declara que ha habido violación del artículo 3 del Convenio, pero no del 9, en el trato recibido por un recluso en prisión.

Sentencia, asunto Taddeucci y McCall contra Italia, de 30 de junio de 2016. Declara que ha existido violación del artículo 8 del Convenio en relación con el 14, por discriminar a una pareja homosexual que no podía regularizar su situación (a través del matrimonio) y, en consecuencia, obtener el permiso de residencia. Voto particular concurrente de Spano al que se suma Bianku.

Sentencia, asunto Papavasilakis contra Grecia, de 15 de septiembre de 2016. Declara que ha habido violación del artículo 9 del Convenio en el rechazo a la condición de objetor al servicio militar.

Sentencia, asunto Travaš contra Croacia, de 4 de octubre de 2016. Declara que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio en el caso de profesor de Teología divorciado y vuelto a casar al que se retiró la *missio canonica*, y, tras no encontrar otro puesto docente para él, fue despedido.

Sentencia asunto Berghea y Turan contra Rumanía, de 8 de noviembre de 2016. Declara que ha habido, en el segundo de los supuestos, violación del artículo 3 del Convenio, pero no del artículo 9, en el trato recibido por dos reclusos en prisión.

Sentencia, asunto Savda contra Turquía, de 15 de noviembre de 2016. Declara que ha existido violación del artículo 10 del Convenio, por condenar a militante pacifista que hizo una declaración en apoyo de los objetores de conciencia israelíes.

Sentencia (**Gran Sala**), asunto Parroquia Greco-Católica de Lupeni contra Rumanía, de 29 de noviembre de 2016. Declara que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio, por la dilatación del proceso para la devolución de propiedades eclesiásticas. En ella hay diversos votos parcialmente discrepantes de los jueces Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque y Mits; otro voto particular de Karakaş y, por último, el del Juez de Kūris.

4. COMENTARIO

4.1. LAICIDAD, CONFESIONALIDAD Y AUTONOMÍA RELIGIOSA

Destaca, entre las sentencias y decisiones del periodo, la sentencia (Gran Sala), asunto Izzettin Dogan y otros contra Turquía, de 26 de abril de 2016, por la riqueza de su doctrina que toca el núcleo de art. 9 del Convenio. Esto es, la confesionalidad o la laicidad y su relación con la libertad religiosa de las minorías¹⁸. Está aquí en juego la autonomía de las confesiones religiosas, el pluralismo y, en consecuencia, la libertad de individuos y grupos¹⁹.

El recurso lo formulan varios alevi (turcos y fieles de la fe islámica alevi). Es una religión que deriva del sufismo, así como de una interpretación racional y práctica del Islam, cuyos pilares son: la unidad de Alá, la profecía de Mahoma y el Corán, transmitido por Alá. La sentencia trata de esclarecer estos puntos: a) la vinculación del servicio prestado por la práctica de la fe alevi con la organización de los servicios públicos; b) si sus lugares de culto disfrutaban de un estatuto de lugares de oración, y sus líderes religiosos son admitidos como funcionarios; c) si se destina una partida especial de los presupuestos, para la práctica de la fe religiosa de los alevi.

Existe otro aspecto preocupante, a saber, el Ministerio de Educación desdén la fe alevi y ofrece la educación religiosa sobre la base de una particular doctrina teológica islámica (suní, particularmente de la escuela hanafí). La consecuencia es, para los demandantes, comprometer la coexistencia pacífica y fomentar la discriminación, desde una edad muy temprana. “In conclusion, no service is provided to citizens of the Alevi, Bektashi or Mevlevi-Nusayri faith, which constitutes a serious oversight...” (§ 12). El análisis del pronunciamiento judicial es minucioso y conviene desgarrar alguna de sus conclusiones.

En Turquía, a la extinción del Califato (3 marzo 1924) y renuncia a la confesionalidad musulmana (1928), se anularon las instituciones educativas tradi-

¹⁸ I. MARTÍN SÁNCHEZ, Algunas reflexiones sobre la confesionalidad del Estado, *Derecho y religión*, N.º. 10, 2015, pp. 7-33; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, El estado confesional, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Diputación de Castellón, 1999, Vol. 2, pp. 587-596, e ídem, El estado confesional, *Nacionalismo en Europa, nacionalismo en Galicia: la religión como elemento impulsor de la ideología nacionalista: simposio internacional*, 4-6 septiembre 1997, G. M. MORÁN, Coord., Universidad da Coruña, 1998, pp. 179-196. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=561892&orden=341334&info=link>>. Además, ver Z. COMBALÍA SOLÍS, Relación entre laicidad del Estado y libertad religiosa: a propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 24, 2010.

¹⁹ “In that regard the right of a religious community to an autonomous existence is at the very heart of the guarantees in Article 9 of the Convention (see *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, no. 40825/98, § 79, 31 July 2008). That autonomous existence is also indispensable for pluralism in a democratic society” (§ 93).

cionales religiosas, así como se suprimieron el Ministerio de Sharia y Fundaciones religiosas y la organización jurisdiccional islámica. En su lugar, se creó la que se denominó Presidencia o Departamento de asuntos religiosos (Ley 3 marzo 1924) encargado de la práctica del Islam y de la administración de las instituciones religiosas (exceptuada la enseñanza de su doctrina). La falta de previsión legal sobre las minorías religiosas, como los alevís, los dejó al margen de la legalidad y sin protección: en sus ministros, centros de formación o lugares de culto. Otros efectos, para estas confesiones religiosas, fueron la imposibilidad de captar recursos de sus miembros o de los Poderes públicos y de adquirir personalidad jurídica, con la que actuar ante los tribunales.

Entre 2009 y finales de 2010 tuvieron lugar una serie de intercambios o jornadas de reflexión. Participó la jerarquía alevi, figuras públicas sensibilizadas y representantes del Estado. El encuentro llegó a unas conclusiones e impulsó cambios, en materia de educación y centros de formación propios²⁰. También se pronunció a favor de un respaldo legal de los templos alevís (*cemevis*).

La Gran Sala toma en consideración las *Joint Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities*, adoptadas por la Comisión de Venecia el 13-14 de junio de 2014. Una de sus pautas dice: “In particular, the existence or conclusion of agreements between the state and a particular religious community, or legislation establishing a special regime in favour of the latter, does not, in principle, contravene the right to non-discrimination on the grounds of religion or belief [...]. Agreements and legislation may acknowledge historical differences in the role that different religions have played and play in a particular country’s history and society...” (párr. 40). Mas es importante que las diferencias legales cuenten con un fundamento legítimo y que la diferencia de trato dispensado guarde proporción (correspondencia entre los medios empleados y los fines perseguidos). Además, la diferencia no puede mermar el ejercicio de la libertad religiosa (individual o institucional)²¹.

En el seno del Consejo de Europa existe una variedad de modulaciones de las relaciones entre el Poder público y la libertad religiosa. La información disponible (34 de los 47 miembros del Consejo) se sintetiza en tres posturas: a) una separación casi total entre el Estado y las organizaciones religiosas (Francia,

²⁰ Una de las conclusiones afectaba a la formación moral obligatoria y la receptividad a los grupos alevís. Ver *Mansur Yalçın and Others v. Turkey*, 16 September 2014.

²¹ Veamos el punto 41 de las *Guidelines for Legislative Reviews of Laws affecting Religion or Belief*: “The fact that a religion is recognized as a state religion, that it is established as an official or traditional religion or that its followers comprise the majority of the population may be an acceptable basis for according special status, provided, however, that this shall not result in any impairment of the enjoyment of any human rights and fundamental freedoms, or in any discrimination against adherents to other religions or non-believers”. Leer también el punto siguiente. Existe coincidencia entre estos párrafos y el 10º del Comentario General nº 22 al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1993).

Albania, Azerbaiyán, etc.); b) existencia de una Iglesia de Estado (norte y este de Europa), y c) acuerdos o pactos entre Estado y confesiones (el modelo más extendido en Europa). Al respecto, la doctrina de Estrasburgo es flexible: “in order to satisfy the requirements of Article 9, each system must include specific safeguards for the individual’s freedom of religion (see, *mutatis mutandis*, *Darby v. Sweden*, 23 October 1990, § 45, Series A n° 187)” (§ 163).

La Gran Sala observa lo contraproducente de una interferencia del Estado en la vida de las religiones. Especialmente insidioso es el desconocimiento de los alevi como grupo confesional autónomo, por sus repercusiones nocivas. En su política religiosa el Estado debe limitarse a asegurar que las entidades enfrentadas se toleran mutuamente (§ 109). Como se dice más adelante (§ 124), la Gran Sala entiende que el comportamiento de las autoridades civiles ante la comunidad alevi, sus ceremonias religiosas y lugares de culto es incompatible con la neutralidad e imparcialidad del Estado, así como con el derecho de las comunidades religiosas a una existencia autónoma.

Las infracciones surgen también de la exclusión del servicio público que sufre la fe alevi, así como de la enseñanza obligatoria de moral y cultura religiosa, en las etapas de primaria y secundaria: “the Court previously stated that Alevi parents could legitimately consider that the arrangements for teaching the subject in question were liable to create a conflict of allegiance for their children between their school and their own values, giving rise to a possible issue under Article 2 of Protocol n° 1 to the Convention” (§ 129). Existe una carencia, por parte del Estado turco. Vinculado a esta vulneración está la del art. 14 de la Convención (no discriminación), por motivos religiosos, dado que se han marginado las específicas necesidades de la comunidad alevi. El pluralismo religioso, identificativo de la sociedad democrática, queda también comprometido (§ 178).

Es relevante, en materia de laicidad y autonomía de las confesiones religiosas, la sentencia, asunto Testigos de Jehová y otros contra Turquía, de 24 de mayo de 2016. El problema que conduce al recurso ante el Tribunal Europeo es el de los lugares de culto. Ello permite que se precise el contenido de la libertad religiosa, contenido en el art. 9 de la Convención. En él se incluye, desde luego, la libertad de manifestar la religión por el culto y el seguimiento de sus ritos. En conexión con ello, las comunidades religiosas existen tradicionalmente bajo la forma de estructuras organizativas, cuyo funcionamiento está reglado. Sus adeptos les atribuyen un origen divino. Asimismo, las ceremonias religiosas, el culto, adquieren un valor sagrado a condición de que sean guiadas por los ministros habilitados y en los lugares establecidos. En consecuencia; “La personnalité de ces derniers, ainsi que le statut de leurs lieux de culte sont assurément importants pour tout membre actif de la communauté, et leur partici-

pation à la vie de cette communauté est donc une manifestation particulière de leur religion qui jouit en elle-même de la protection de l'article 9 de la Convention (İzzettin Doğan et autres c. Turquie [GC], no 62649/10, § 111)" (§ 89).

Precisamente, en el asunto tratado, se ha infringido el art. 9 del Convenio en tanto en cuanto "les mesures litigieuses ont eu pour effet de priver les requérants de la possibilité de disposer d'un lieu réservé à leur pratique religieuse" (§ 90).

En este contexto, hay que comentar otra sentencia (Gran Sala), asunto Parroquia Greco-Católica de Lupeni contra Rumanía, de 29 de noviembre de 2016. El recurso se articula contra la negativa de los tribunales a restituirle un templo que se les arrebató en el periodo soviético (tras la disolución de la Iglesia Greco-Católica, las propiedades parroquiales fueron otorgadas a la Iglesia Ortodoxa, por Decreto n^o 177/1948)²². Se alega una falta de tutela judicial, dado lo lento e incierto de la respuesta jurídica. Por último, se argumenta que a ello contribuyó una discriminación, por motivos religiosos. La sentencia viene a reconocer violación del artículo 6.1 de la Convención, por la dilatación del proceso para la devolución de propiedades eclesiásticas.

El sustrato del caso es de Derecho civil (restablecer judicialmente el derecho de propiedad, sobre un templo). Sin embargo, la Gran Sala ha sostenido que "one of the means of exercising the right to manifest one's religion, especially for a religious community, in its collective dimension, is the possibility of ensuring judicial protection of the community, its members and its assets, so that Article 9 must be seen ... in the light of Article 6" (see Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, n^o 45701/99, § 118, ECHR 2001-XII)" (§ 75). Por ello el art. 6.1 del Convenio es aplicable y la causa admisible.

La Gran Sala considera que, dada la naturaleza del conflicto que enfrenta a la Iglesia Greco Católica y a la Ortodoxa, la opinión de las partes litigantes "must be taken into account in establishing the context of the case, without however being decisive in determining the present complaint" (§ 91). Tampoco es un obstáculo la exigencia de que se tome en consideración la opinión de los fieles afectados. Es una exigencia del Derecho sustantivo, más que del procedimiento establecido para ejercer un derecho²³. Por tanto, no existe vulneración

²² Tras el hundimiento del comunismo en diciembre de 1989, el Decreto n^o 358/1948 fue derogado por el Decreto-Ley n^o 9/1989. La Iglesia Uniata fue reconocida oficialmente (Decreto-Ley n^o 126/1990) y una de las medidas adoptada se refería al estatuto legal de las propiedades que pertenecieron a las parroquias uniatas y fueron transferidas a la Iglesia Ortodoxa (art. 3), dejando la resolución en manos de un comité paritario de ambas religiones. Posteriormente el Decreto-Ley fue enmendado por la Orden n^o 64/2004 y la Ley n^o 182/2005 dejando la vía libre al Derecho común. Sobre los antecedentes históricos, *La Chiesa Cattolica e il comunismo in Europa centro-orientale e in Unione Sovietica*, a cura di Jan Mikrut, Gabrielli editori, Verona, 2016.

²³ "Contrary to what is argued by the applicants, the criterion of the worshippers' wishes in issue in the present case cannot be considered as limiting in any way the courts' jurisdiction to decide actions for recovery of possession in respect of places of worship, but as qualifying a substantive

del derecho de acceso a una protección jurisdiccional, pero sí que ha existido una inseguridad respecto al Derecho sustantivo aplicable, así como un exceso en el tiempo transcurrido, antes de la resolución final²⁴. En cambio, no se constata diferencia de trato entre los contendientes ni que haya vulneración del art. 14 del Convenio.

La sentencia, asunto Travaš contra Croacia, de 4 de octubre de 2016, la analizamos aquí en cuanto que reconocimiento de la autonomía de las entidades religiosas, con repercusiones en el servicio prestado por los Poderes públicos. El origen de la causa es el divorcio y posterior matrimonio civil del Sr. Travaš con otra mujer. Ello fue motivo para que la autoridad eclesial le notificase que esta unión, permaneciendo vigente su matrimonio religioso con su anterior esposa, era contrario a la doctrina cristiana y lo desacreditaba para enseñar educación religiosa. Tras escuchar sus explicaciones, la Archidiócesis de Rijeka de la que dependía le retiró su *venia docendi* para enseñar educación religiosa católica e informó del caso a las dos escuelas católicas en que el profesor enseñaba. Poco después las citadas escuelas despidieron al profesor, de acuerdo al Derecho interno, porque ya no podía enseñar educación religiosa católica, sin la autorización de la Iglesia. Además, subrayaron que les fue imposible encontrarle al profesor un puesto alternativo, dentro de la escuela. El procedimiento de despido estaba previsto en una Instrucción del Ministerio de Educación de 15 de junio de 2000, sobre la base de una previa retirada de la autorización canónica, por razón de “deficiencias relacionadas con la corrección de la enseñanza y la moralidad personal”. Ello es acorde asimismo con lo imperado por el Código de Derecho Canónico de 1983 (can. 804 § 2²⁵).

El TEDH ha aplicado ya el art. 8 del Convenio a cuestiones laborales, pues, dentro de lo impreciso y amplio del concepto de “vida privada”, “It would be too restrictive to limit the notion of “private life” to an “inner circle” in which the individual may live his own personal life as he chooses, and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle (see Fer-

right (see, *mutatis mutandis*, Fayed cited above, § 65; Cudak, cited above, § 58; and McElhinney, cited above, § 25)” (§ 101).

²⁴ “However, as is clear from paragraphs 124 and 128 above, the Court is confronted in the present case with a situation of general legal uncertainty which originated in the High Court’s case-law but which was also perceptible in the case-law of the lower courts, and which related successively to the question of access to a court and to that of the applicable substantive law. In addition, this conflicting case-law had affected a large number of persons bringing judicial proceedings, and the domestic courts could expect to be confronted with a large number of actions. In those circumstances, the Court cannot conclude that the most appropriate mechanism for ensuring harmonisation of the case-law was set in motion promptly in order to put an end to the conflicting case-law in issue” (§ 132).

²⁵ Can. 804 § 2: “Cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica”.

nández Martínez, cited above, § 109; and Niemietz v. Germany, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B)” (§ 52). Como ocurrió en el caso Fernández Martínez (Ibid., § 111), aquí también “the interaction between private life stricto sensu and professional life is especially striking as the requirements for this kind of specific employment were not only technical skills, but also the ability to be “outstanding in true doctrine, ... the witness of ... Christian life, and ... teaching ability” (see paragraphs 12 and 45 above), thus establishing a direct link between the person’s conduct in private life and his or her professional activities” (§ 54).

Dada la relación del despido del demandante, como profesor de educación religiosa, de las dos escuelas estatales, con su opción de vida familiar, concretamente su divorcio y posterior matrimonio civil, el tribunal consideró aplicable al caso el art. 8 del Convenio. La implicación del Estado en este despido debe ser examinada, según sus peculiaridades. En principio, dada la directa participación del Estado, existe interferencia en el derecho al respeto de la vida privada. Mas la interferencia era previsible por el profesor y debe ser aceptada por el tribunal, dada su relevante fundamentación en el Derecho interno. Además, se considera que la norma tiene un fin legítimo, concretamente el despido persigue: “the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others, namely those of the Catholic Church, and in particular its autonomy to choose persons accredited to teach religious doctrine” (§ 86). La Gran Sala, en el asunto Fernández Martínez, estableció el juicio de proporcionalidad de la injerencia en la vida privada del demandante y los elementos que debían sopesarse: el estatuto del demandante; la exposición de la situación del demandante; la responsabilidad estatal como patrono; la severidad de la sanción y los puntos de vista de la jurisdicción nacional. En este caso, el TEDH tuvo en cuenta que el profesor, al firmar los sucesivos contratos, tomó conciencia y aceptó voluntariamente el serio compromiso de lealtad que contraía ante la Iglesia católica, con cierta merma de su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Además, no es una imposición caprichosa de la autoridad religiosa, sino que responde a una lógica dimanante del trabajo realizado. “Life style may be a particularly important issue when the nature of an applicant’s professional activity results from an ethos founded in the religious doctrine aimed at governing the private life and personal beliefs of its followers, as was the case with the applicant’s position of teacher of Catholic religious education and the precepts of the Catholic religion” (§ 98).

Pero, al Estado se le exige, en su implicación en el despido, que la interferencia en los derechos del actor no vaya más allá de cuanto sea necesario, para proteger la autonomía de la Iglesia, y la intromisión no sea utilizada, con

propósitos diferentes (§ 102)²⁶. De suyo, la retirada de la *missio canonica* no es causa del despido, sino tan solo de que no esté capacitado para la docencia de religión católica. La consecuencia directa del despido, de acuerdo a las normas laborales sobre causas de finalización del contrato, en el sistema de enseñanza estatal, sería la inexistencia de un puesto alternativo adecuado, en las escuelas en que estaba empleado.

4.2. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DEMANDAS DE ASILO, POR PERSECUCIÓN RELIGIOSA

Son materias importantes, como la de la asistencia religiosa que luego abordamos, con fuerte presencia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el periodo estudiado. Quizá la explicación de su auge sea la fragmentación social a que se ven sometidas nuestras sociedades y la multiculturalidad ambiental. Las circunstancias hacen más arduo el combate por la identidad, como si las personas no se resignasen a perder sus rasgos propios, por adversas que sean las condiciones. En el concierto de las naciones, esto justifica el estatus de refugiado, por persecución religiosa, sobre la que el tribunal nos ha aportado también su voz autorizada.

El primer asunto examinado es el de la sentencia *Aydemir c. Turquía*, 7 junio 2016. El demandante alegaba violación del art. 3 (aspecto procedimental) y del art. 9 (sustancial) del Convenio. Pero el TEDH observa que, en las instancias nacionales, el Sr. Aydemir no aludió ni a una creencia que le obligase a oponerse al servicio militar, ni a una filosofía pacifista y antimilitarista, lo que le aleja de los precedentes amparados por el tribunal.

No existe una definición de objeción de conciencia, pero sí ciertos indicios. Verbigracia, el Comité de derechos humanos, en la Observación General n° 22 de 1993, fundamenta la objeción de conciencia en el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en cuanto que esta se revela incompatible con la obligación del empleo de la fuerza “al precio de vidas humanas” (§ 81). Por su parte, el TEDH estima legítimo limitar la objeción de conciencia “à des convictions religieuses ou autres comportant notamment une objection ferme, permanente et sincère à une quelconque participation à la guerre ou au port des armes (§ 48 ci-dessus...)” (*ibidem*). Con independencia del margen de apreciación de los Estados Parte, a los que se permite establecer filtros o mecanismos de selección y control.

²⁶ “In this context, the Court attaches particular importance to the fact that the applicant was not dismissed directly following the withdrawal of his canonical mandate by the Church. Although the Ministry’s instruction suggested to the contrary, the schools terminated his contract of employment only after examining the possibility of finding him another suitable post” (§ 103).

En el supuesto, la oposición al servicio militar lo es por la condición de laicidad de la República Turca. Ello es tenido en cuenta por el tribunal que, sin embargo, observa que: “tous les avis ou convictions n’entrent pas dans le champ d’application de l’article 9 § 1 de la Convention. Les griefs de l’intéressé ne se rapportent pas à une forme de manifestation d’une religion ou d’une conviction par le culte, l’enseignement, les pratiques ou l’accomplissement des rites, au sens de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l’article 9. Par ailleurs, le terme «pratiques» employé à l’article 9 § 1 ne recouvre pas tout acte motivé ou influencé par une religion ou une conviction (voir, mutatis mutandis, *Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, § 82, CEDH 2002-III)” (§ 82). La conclusión, es la de que los motivos presentados, por el Sr. Aydemir, ante las instancias nacionales, no bastan a fundamentar una objeción de conciencia relevante²⁷.

La otra sentencia del tribunal, sobre objeción de conciencia, es el asunto *Papavasylakis contra Grecia*, de 15 de septiembre de 2016. El recurrente explicó en 2013, ante la Comisión especial de las Fuerzas Armadas, su objeción de conciencia. La fundamentó en los valores morales inculcados por la educación religiosa de su madre, Testigo de Jehová, así como en su actitud ante la vida que consistía en rechazar cualquier relación con la guerra, la violencia y la destrucción, en todas sus formas. Pero le fue denegado el estatuto de objetor por falta de fundamentación. Además, se tuvo en cuenta su opinión de que la defensa no constituye una forma de violencia y que los hombres deben someterse a la autoridad legal. Por último, faltaba, a los ojos de las autoridades, una conducta coadyuvante a su objeción.

En cuanto a la jurisprudencia del TEDH, estableció unos principios aplicables a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio (sentencia *Savda c. Turquie*, § 98), en que este puede generar un conflicto grave e insuperable entre esta obligación y la conciencia de una persona o sus convicciones sinceras y profundas. Para el tribunal, las autoridades están obligadas a establecer un procedimiento efectivo y accesible para distinguir quiénes pueden beneficiarse del estatuto de objetor de conciencia, con objeto de preservar las expectativas legítimas de acuerdo al art. 9 del Convenio (§ 52).

En este supuesto, el tribunal constata deficiencias en el proceso seguido. Uno de los elementos esenciales era la independencia, respecto a quienes encargaron la pesquisa. Sin embargo, el tribunal detectó que, por la ausencia de dos de los miembros de la comisión, esta perdió su composición mayoritariamente civil. Solo actuó su presidente, un alto funcionario civil, y dos oficiales del Ejército. El dato restó fiabilidad a la comisión ante el recurrente, que se sir-

²⁷ “Il ne ressort pas du dossier que ses croyances déclarées comportaient une objection ferme, permanente et sincère à une quelconque participation à la guerre ou au port des armes” (§. 83).

vió de argumentos ideológicos. El mismo tribunal ve deficiencias en el examen de las objeciones, en condiciones respetuosas de la eficacia procesal y de la paridad que imponía el Derecho interno. Las autoridades no han garantizado lo que exige el art. 9 del Convenio.

Un asunto interesante, por la conexión entre libertad de conciencia y de expresión es el resuelto por la sentencia Savda c. Turquía (nº 2), 15 noviembre 2016. Así enfoca su reclamación el recurrente, condenado a causa de la lectura de una declaración de prensa en apoyo de los objetores de conciencia y animando a sustraerse a las obligaciones militares. Sin embargo, el tribunal entiende que el supuesto se subsume dentro del art. 10 del Convenio, sobre derecho a la libertad de expresión. Aquí se evalúa la gravedad de la sanción, pero también su efecto disuasorio que prolonga la injerencia sobre este derecho en el futuro.

El TEDH, tras examinar la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática, no se ha detenido en si cuenta con una base legal o la restricción persigue un fin legítimo. Antepone que el haber incitado a la población a sustraerse de las obligaciones militares no puede ser causa de injerencia en el derecho del recurrente a la libertad de expresión. La declaración controvertida en conjunto puede reflejar animadversión al servicio militar, mas no se exhorta ni al uso de la violencia, ni a la resistencia armada ni a la sublevación, y su intención no la configura como “un discours de haine ou un discours ayant une capacité de nuire”. Estos son los factores esenciales que deben considerarse en el contexto en el que el discurso ha sido pronunciado (Bayar et Gürbüz (nº 2), no 33037/07, § 29, 3 février 2015, et Perinçek, précité, § 207) (ver § 26). Por todo ello, se condena a Turquía por la violación del art. 10 del Convenio.

Vamos ahora a comentar brevemente las reclamaciones basadas en la negativa a la solicitud de asilo. La sentencia, asunto R.D. c. Francia, 16 junio 2016. La demandante es una guineana (Guinee conakry) que, tras su conversión y matrimonio religioso católico, teme sufrir malos tratos y persecución (contrarios al art. 3 del Convenio) a manos de su influyente familia. Su queja es de no haber gozado de un recurso efectivo, contra la orden de expulsión, dado que su demanda de asilo fue solamente examinada por un procedimiento de urgencia. La doctrina del TEDH considera que un control jurisdiccional es efectivo, si existe y paraliza la expulsión. En estas condiciones, hay que agotarlo, antes de reclamar al Tribunal Europeo o de solicitar las medidas provisionales, previstas en el art. 39 de su reglamento, para detener la expulsión (§ 27).

Entrando en el fondo, la demandante ha aportado documentos suficientes para que el riesgo se vuelva creíble. Su relato viene sostenido por tres documentos: dos certificados médicos (alegó agresiones que le provocaron el aborto) y certificación compulsada de la inscripción registral del matrimonio. El tribu-

nal aprecia la gravedad del riesgo de malos tratos (contrarios al art. 3 del Convenio) que derivan de los recursos de que dispone la familia y cuya eficacia no ha disminuido. Existe, pues, en el reenvío, una vulneración del art. 3²⁸. En cambio, los detalles del caso no dieron pie a que se condenase a Francia por incumplimiento del art. 13 del Convenio. Sí se contó con una vía jurisdiccional para recurrir jurisdiccionalmente la expulsión.

La sentencia (Gran Sala), asunto F.G. contra Suecia, de 23 de marzo de 2016, guarda cierta semejanza con la anterior. Lo protagoniza un iraní, convertido en Suecia al protestantismo, sobre el que pesa una orden de expulsión, sin haberse valorado el peligro de persecución, causado por su conversión religiosa (un tabú, castigado en Irán con la muerte). Inicialmente, el demandante no había hecho referencia a la conversión, pues lo consideró un asunto privado y no trivializable. La Gran Sala se plantea la credibilidad de los datos “in relation to *sur place claims*” que, según indica un documento ACNUR (2004), sobre la solicitud de asilo basada en la religión, merecen una investigación rigurosa y profunda. Esta es también la preocupación del Estado sueco quien se posicionó en contra de que a quien se le atribuye una nueva religión que implique riesgo de persecución, se le pueda exigir que la oculte por temor.

La Gran Sala consideró que, a la vista de la documentación presentada, respecto a su actitud religiosa en Suecia, había que pronunciarse sobre el riesgo de ser perseguido en Irán, caso de reenviarle. Por eso, se concluye que se violarían los arts. 2 y 3 del Convenio, si aquella condición no se cumple.

4.3. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN SITUACIONES DE DETENCIÓN O PRIVACIÓN DE LIBERTAD AMBULATORIA

Centrándonos en las situaciones de detención y sus restricciones, tenemos una primera sentencia *Süveges c. Hungría*, de 5 de enero de 2016. Plantea la legitimidad de la negativa a un permiso, para asistir a la misa católica, en varias fechas y horas, en razón de estar sometido a una medida cautelar de arresto domiciliario. El Tribunal Europeo ve una relación directa entre la restricción de asistir a una ceremonia religiosa y la situación del demandante. Aquello no le afectaría caso de haber sido detenido o sometido a prisión preventiva, pues habría disfrutado de los servicios ofrecidos en las instituciones penitenciarias. En esto le perjudica lo que, en líneas generales, es un régimen menos severo. En la negativa a los permisos solicitados, ha sido determinante su dilatación, a lo largo del tiempo, y la falta de concreción, con detalles de momento y lugar. Las autoridades entendieron que esto era contrario al sentido de un arresto domici-

²⁸ “Dès lors, la Cour estime qu’en cas de mise à exécution de la mesure de renvoi, la requérante encourrait un risque sérieux de traitements contraires à l’article 3 de la Convention, ce qui emporterait violation de cette disposition” (§ 45).

liario. El TEDH se da por satisfecho y entiende que “the interference with the applicant’s confessional rights was not such as impairing the very essence of his rights under Article 9 of the Convention” (§ 155).

Otra sentencia, esta de la Gran Sala, asunto Mozer contra República de Moldavia y Rusia, de 23 de febrero de 2016, estudia la demanda de un particular que fue arrestado y detenido. Aparte, de este abuso denuncia que no se le dio la debida asistencia médica y que las condiciones de internamiento fueron inhumanas. Asimismo, se le impidió ver a sus padres y a su pastor. Responsabiliza de esta actuación tanto a la República moldava como a la rusa, bajo cuya jurisdicción se encontraba.

El detenido solicitó ser asistido por un pastor, al que se dirigió, pero le fue denegado el acceso a las instalaciones. Visto que esta prohibición no respondía a Derecho, finalmente se le autorizó el servicio, siempre en presencia de un guardia. La Gran Sala vincula lo acaecido con los arts. 8 y 9 del Convenio. La restricción de tener contacto con el pastor es una violación del art. 9²⁹. La vulneración se confirma, pues no existe ni base legal ni propósito legítimo que justifique la medida que, en cualquier caso, debería ser proporcionada.

El asunto Janusz Wojciechowski c. Polonia, 28 junio 2016, incide también en los derechos del interno en prisiones. Es una reclamación por no haberse cumplido con las exigencias del art. 3 del Convenio, durante la detención, y por las restricciones desmedidas del derecho a manifestar su religión, lo que vulneró su libertad de ejercerla. Concretamente, durante todo el 2008, no pudo asistir a la misa dominical en el centro penitenciario. Sin embargo, en este se organizaban tres misas los domingos y una los días festivos. Dada la saturación del centro, la participación en el culto requería de una previa inscripción de los internos. Un sistema informático organizaba los turnos, según la clasificación penitenciaria. Solo excepcionalmente eran excluidos de los turnos.

Los hechos demuestran que existió la posibilidad de asistencia religiosa católica (misas dominicales y en las fiestas de precepto, así como a través de citas personalizadas con el capellán). Es verdad, que, por el gran número de internos, se estableció un sistema de inscripción y selección. Se crearon turnos, buscando cierta homogeneidad de los grupos, para asistir a las misas. Existe contradicción, entre las partes, a la hora de concretar el número de veces que el interno se sometió al procedimiento para asistir a la misa. Sin embargo, se da por buena la información oficial de que fueron dos veces en septiembre y otras tantas en noviembre. Por todo ello, El tribunal no ve indicios de obstrucción a

²⁹ “Turning now to the applicant’s complaint that he was not allowed to see Pastor Per Bergene Holm, the Court reiterates that the authorities’ refusal to allow a prisoner to meet a priest constitutes interference with the rights guaranteed under Article 9 of the Convention (see, for instance, Poltoratskiy v. Ukraine, no. 38812/97, § 167, ECHR 2003-V)” (§ 197).

la práctica religiosa del demandante (misa dominical), por parte de las autoridades de la prisión.

En el asunto *Berghea y Turan c. Rumania*, 8 noviembre 2016, son dos los recurrentes. El Sr. Berghea, de religión judía, solicitó, en repetidas ocasiones, la atención en prisión de un rabino, y se mostró dispuesto a correr con los gastos, pero sus solicitudes fueron rechazadas. Asimismo, expone que el clérigo ortodoxo de la prisión le pidió repetidamente que se convirtiese. El otro recurrente, Sr. Turan, es musulmán. Se queja de que la comida que se le ha servido desde su detención, no respeta sus prescripciones religiosas, pues está elaborada con carne o grasa de cerdo. El tribunal encuentra adecuadas las vías de recurso del Derecho rumano. Deben ser agotadas antes de presentar la demanda ante el tribunal (art. 35 § 1 del Convenio), por violación del artículo 9 del Convenio. Sin embargo, no consta que los recurrentes hayan presentado sus quejas al juez de vigilancia penitenciaria o al personal de instituciones penitenciarias, respectivamente. La queja debe ser rechazada al no haberse agotado las vías internas de recurso.

4.4. LA RECONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES HUMANAS A PARTIR DE LA NO DISCRIMINACIÓN, POR RAZÓN DE “ORIENTACIÓN SEXUAL”

La reconfiguración de las relaciones familiares, en nuestras sociedades, tras incluir en ellas la homosexualidad, es germen de tensiones y revisiones legales, como demuestra el repaso de las siguientes sentencias. Destaca la profusión de reclamaciones, sobre la base de la no discriminación (art. 14 del Convenio, en conexión con el 8).

Como adelantamos al comienzo del trabajo, el problema nos adentra en el Derecho de familia. El TEDH prima la soberanía de cada Estado, para regular el matrimonio y delimitar el régimen legal de la familia. Este es también el parecer del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la hora de aplicar el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁰, como pone de manifiesto la sentencia de 24 de noviembre de 2016, caso *David L. Parris C. Trinity College Dublín* y otros³¹.

³⁰ Artículo 9. “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Su aplicación, en España, debe partir de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. Concretamente, el art. 2 “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, afirma: “A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales...”.

³¹ Se puede consultar el comentario de Enrique Herrera Ceballos en la *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (iustel.com), vol. 43, 2017.

Pero, a pesar de la doctrina del TEDH sobre el margen de discrecionalidad estatal, sus criterios en la materia adquieren cierta imperatividad, en cuanto que legítimo intérprete del Convenio de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Concretamente, se constata su voluntad de que la legislación de los Estados Parte otorgue un cierto estatuto a las uniones homosexuales. El Consejo de Europa adoptó esta postura ya en las Recomendaciones 1470 (2000), *relative à la situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres du Conseil de l'Europe*, y 1686 (2004), *relative à la mobilité humaine et au droit au regroupement familial*³². Ahora, se refuerza con resoluciones más consensuales. Nos fijamos en los supuestos analizados a lo largo de 2016.

Empezamos con la sentencia, asunto Chapin y Charpentier contra Francia, de 9 de junio de 2016. Esta declara que no ha habido violación de los artículos 8, 12 o 14 del Convenio, en el caso de una pareja homosexual, respecto del derecho a contraer matrimonio. Los demandantes alegaron infracción de los arts. 14 conectado con el 8 y 12 de la Convención, a causa de la anulación de su unión. Esta se había celebrado ante el Alcalde de Bègles (Francia) y había sido inscrita en el Registro civil. Posteriormente, la inscripción fue anulada judicialmente. Los órganos internos no verificaron la vulneración de los derechos aludidos. En su sentir, el legislador nacional apoyaba su opción en el dato biológico de que la naturaleza solamente ha dotado de fecundidad a las parejas de sexo diferente. Con la descripción de sus contornos, y la regulación del vínculo y sus consecuencias previsibles, la filiación común, ha diseñado una institución específica, el matrimonio, “choix législatif maintenu dans le temps”.

Ante la queja de los demandantes, por verse discriminados, el tribunal confirma que es aplicable al caso el art. 12 del Convenio, pero, en cuanto a su contenido, afirma que actualmente no existe consenso sobre la cuestión del “matrimonio homosexual” y que “l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel était régie par les lois nationales des États contractants” (§ 36). Para valorar las circunstancias y tradiciones particulares, tan importantes a la hora de

³² Sobre la reacomodación del Derecho de familia y el papel jugado por los organismos supranacionales, ver, entre otros, E. ROCCELLA y E. SCARAFFIA, *Contra el cristianismo. La ONU y la Unión Europea como nueva ideología*, tr. L. Sanz, Ediciones Cristiandad, Salamanca, 2008. Más en concreto, sobre la ideología de género, ver F.J. CONTRERAS y D. POOLE, *Nueva izquierda y cristianismo*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2012, principalmente: cap. 1, “Por qué la izquierda ataca a la Iglesia” (pp. 21 y ss.), y cap. 4, “Cristianismo, democracia y crisis europea” (pp. 203 y ss.). Además, ver *Acoso a la familia*, T. PRIETO ÁLVAREZ, Coord., Comares, Granada, 2016, particularmente A. SCIOTINO, cap. II, “La tutela constitucional de la familia entre dimensión ontológica y retos del pluralismo”. Además, P. DURÁN Y LALAGUNA, *La incidencia de las Organizaciones Internacionales en el cumplimiento del mandato constitucional español de protección de la familia*, CEU Ediciones, Madrid 2011, y *La batalla por la familia en Europa*, F.J. CONTRERAS, Coord., Sekotia, Madrid, 2016.

regular el matrimonio, las autoridades nacionales están mejor posicionadas (como se sostuvo en *Gas y Dubois c. France*, § 66 CEDH 2012). En otras sentencias, como la de la Gran Sala *Hämäläinen c. Finlandia*, 16 julio 2014 (§ 96), y *Oliari y otros c. Italia*, 21 julio 2015, se reitera esta doctrina. Además, recuerda lo dicho en la sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*, 24 junio 2010 (§ 194), sobre que ni el art. 12, ni el art. 14, en conexión con el 8, cuyo objetivo y alcance son más generales, pueden interpretarse como una imperativo para que los Estados Parte abran el matrimonio a las parejas homosexuales. Por todo ello, estas reclamaciones hay que rechazarlas como manifiestamente mal fundadas (§ 38). Además, se recuerda que la pareja es ahora libre de contraer el matrimonio reformado, por Ley francesa de 17 de mayo de 2013. Los mismos argumentos contrarrestan la supuesta vulneración del art. 8, en relación con el art. 14 del Convenio. Los Estados Parte gozan de margen de apreciación para otorgar un estatuto singular a estas parejas, según diversas soluciones jurídicas (como el “*pacte civil de solidarité*”, previsto por el art. 515-1 del Código civil francés).

La sentencia *Taddeucci y McCall c. Italia*, 30 junio 2016, confirma lo decidido en la sentencia *Schalk et Kopf* (§ 94) que otorga la consideración de “*vida familiar*” a la unión homosexual (art. 8 del Convenio). Esta estimó que: “*la relation qu’entretenaient MM. Schalk et Kopf, un couple homosexuel cohabitant de facto de manière stable, relevait de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d’un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation (voir également X et autres c. Autriche [GC], no 19010/07, § 95, CEDH 2013)*” (§ 58).

Anterior en el tiempo, la sentencia, asunto *Aldeguer Tomás c. España*, 14 junio 2016, resuelve la reclamación, por el subsidio de la seguridad social en calidad de cónyuge superviviente, de quien había convivido con su compañero fallecido, durante varios años. Se alega vulneración de los arts. 8 y 14 del Convenio. “*La noción de discriminación en el sentido del artículo 14 incluye aquellos casos en los que a una persona o a un grupo se les trata, sin justificación adecuada, de forma menos favorable que a otros, incluso cuando el trato más favorable no se plantea en el Convenio*” (§ 80). Mas, “*Cuando la diferencia de trato se basa en el género o en la orientación sexual, el margen de discrecionalidad del Estado es limitado*” (§ 81).

“*El demandante reclamó que su situación era absolutamente parecida o análoga a la del miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual, quien, aunque tenía legalmente prohibido casarse con su pareja antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, tenía derecho a una pensión de viudedad en virtud de la cláusula de retroactividad expresamente incluida en dicha ley*” (§ 85). Pero el TEDH desmiente que exista semejanza. “*La imposibilidad para casarse de una pareja en dicha situación antes de 1981 no se debía al género o a*

la orientación sexual de sus miembros, si no al hecho de que ambos miembros estaban legalmente casados con una tercera persona y a que el divorcio era ilegal a la muerte de uno de ellos. Lo que estaba en juego era la imposibilidad de volver a casarse que afectaba a uno o a ambos miembros, no una imposibilidad para casarse: la situación concreta legal y jurídica resuelta por la legislación de 1981 no podía realmente compararse con la posición de una pareja homosexual que no podía casarse en términos absolutos, independientemente del estado civil de uno o ambos de sus miembros” (§ 87). Por ello zanja la cuestión en el sentido de que: “la diferencia de contexto y la diferencia en la naturaleza de la imposibilidad legal de casarse, hace que la situación del demandante en 2005 sea básicamente diferente de aquella de las parejas heterosexuales incluidas en la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981” (§ 88). Por tanto, no se puede hablar de discriminación (art. 14 del Convenio, puesto en relación con el artículo 8 y el artículo 1 del Protocolo 1). Dado el margen de discrecionalidad que gozan los Estados Parte, en la materia, “el legislador no puede ser censurado, con arreglo a los términos del Convenio, por no haber aprobado la legislación de 2005 o de 2007 en una fecha anterior que hubiera permitido al demandante obtener el derecho a una pensión de viudedad (ver, *mutatis mutandis*, *M.W. y Courten*)” (§ 90).

La sentencia *Taddeucci y McCall c. Italia*, antes mencionada, nos plantea otro problema en que se argumenta, por los demandantes, una discriminación, por orientación sexual, que determina la negativa a conceder el permiso de residencia, por razón de familia, solicitado por *McCall*. La norma interna que regula la materia es el Decreto-Ley nº 286 de 1998, cuyo art. 29 (reagrupación familiar), estatuye que un extranjero puede solicitar la reagrupación familiar para los siguientes miembros de su familia: “a) cónyuge no separado legalmente”. También hay que tener en cuenta la sentencia *Schalk y Kopf* (§ 94) que entiende artificial que una pareja homosexual no puede constituir una “vida familiar”, a los efectos del art. 8.

El tribunal observa que la disposición legal citada, que justifica el rechazo del permiso de residencia, no implica la no injerencia en el derecho a respetar la vida privada y familiar de los demandantes. La mencionada base legal no es una coartada para que el Estado implicado decline su responsabilidad ante el Convenio. Además, se apunta a que el hecho de que se excluya de la relación familiar, por igual, a cualquier pareja no casada, no elimina la discriminación hacia las del mismo sexo, pues estas, en Italia, son las únicas que no pueden contraer matrimonio, ni calificarse de “esposos”, según su Derecho (§ 83).

A pesar del margen de apreciación que se concede a los Estado y que este pueda ser mayor si no existe un denominador común, respecto a cómo tratar una situación concreta, el TEDH va a condenar a Italia, por discriminación, al

haber tratado de modo uniforme situaciones diferentes, sin justificación objetiva y razonable, a juicio de la alta instancia jurisdiccional. Lo argumenta así: “Bien que la protection de la famille traditionnelle puisse, dans certaines circonstances, constituer un but légitime au regard de l’article 14, la Cour considère que, dans le domaine concerné, à savoir l’octroi d’un permis de séjour pour raison familiale à un partenaire étranger homosexuel, elle ne saurait constituer une raison « particulièrement solide et convaincante » de nature à justifier, dans les circonstances de l’espèce, une discrimination fondée sur l’orientation sexuelle (voir, mutatis mutandis, Vallianatos et autres, précité, § 92)” (§ 93).

En conclusión, la cuestión del “matrimonio homosexual” sigue siendo una cuestión abierta, aunque el TEDH, va tomando posiciones acerca de que la composición de la pareja no tenga repercusiones jurídicas o estas sean las mínimas.