

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y SU TUTELA EN EL MARCO DE UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO EUROPEO¹

Paola Maria Rosaria Ferro²

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El derecho de libertad religiosa: significado, naturaleza jurídica, contenido y límites. 3. La protección internacional del derecho de libertad religiosa en el marco de los derechos humanos. 3.1. El sistema normativo de las Naciones Unidas. 3.2. La protección de la libertad religiosa en el Consejo de Europa. 4. El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa. 4.1. El pluralismo religioso en la jurisprudencia del TEDH. 4.2. Protección de la identidad religiosa vs. Principio de laicidad del Estado. Lo que el Tribunal de Estrasburgo no ha tutelado. 5. El derecho Eclesiástico internacional público europeo. 5.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 5.2. El art. 17 del TFUE. 6. El derecho de libertad religiosa en el marco de un nuevo constitucionalismo europeo. Un proyecto que vaya más allá de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. 7. Conclusiones.

RESUMEN

El presente trabajo analiza el derecho de libertad religiosa desde un doble enfoque, constitucional e internacional a la vez que propone la solución constitucional europea como el marco que permite superar los problemas de la fragmentación de la tutela de derechos fundamentales. Si bien es verdad que la cuestión abarcada en sus términos generales es algo de inmanente en la comunidad internacional contemporánea, su dimensión alcanza un nivel intolerable de criticidad en el ámbito religioso, pues en ocasiones ni es posible hablar de un

¹ Recibido con fecha 1 de septiembre de 2016. Admitido con fecha 29 de septiembre de 2016.

² Doctoranda en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.

derecho fundamental universalmente reconocido, dada su frecuente degradación en derecho positivo a libertad, facultad o derecho limitado, en mayor o menor medida según quien lo interprete, de los contralímites consistentes en la identidad, cultura y tradiciones del país en que nos hallemos.

La solución que se sugiere consiste en dar un paso más al frente hacia una constitución europea de los derechos humanos que, superando los vínculos de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, uniforme trato y disciplina en el marco de la UE, tanto en lo referente al trato del fenómeno migratorio como en la elaboración de una sociedad multicultural que se coesione alrededor de una efectiva cultura de tutela de los derechos humanos.

ABSTRACT

This paper analyses the freedom of religion by a double point of view, on constitutional and international law grounds, and advances a solution in terms of a constitution for Europe as the sole mean to overcome fragmentation in fundamental rights protection. It is true that subject at issue, in its general terms, is something inherent to contemporary international community, but its criticism is patent when dealing with religion. Indeed sometimes it is not possible to speak about freedom of religion as a fundamental right, due to its reduction to a liberty, faculty or limited right, with different intensity on interpreter's view, from counterlimits as identity, culture and customs of the land.

Solution proposed, consists in going forward to a European constitution of human rights which, overcoming the limits to the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, can uniform treatment within the EU, both dealing with immigration and the process of creation of a multicultural society united under a common culture of effective human rights protection.

Palabras clave: libertad religiosa, derechos fundamentales, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Constitución Europea

Keywords: freedom of religion, fundamental rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Constitution.

1. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo de investigación quiero analizar el tema del derecho de libertad religiosa como derecho fundamental desde una perspectiva crítica, examinando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La tutela de la libertad de pensamiento, conciencia y religión será tratada en el marco de un nuevo constitucionalismo europeo, en el sentido de la necesidad de una Constitución europea para garantizar una mejor tutela de esta libertad del ser humano.

El problema que plantea este tema está estrechamente conectado con el cuadro normativo internacional y europeo actual, el déficit de democracia que afecta a las decisiones tomadas y a la normativa adoptada en ámbito internacional y comunitario.

Se trata de hecho de un problema antiguo porque el plan internacional o, más en general, el plan supranacional ha sido desde siempre caracterizado por dos dificultades: la soberanía nacional, que ha representado un obstáculo a la cesión de competencias estatales a Instituciones supranacionales, y la falta efectiva de órganos jurisdiccionales internacionales centralizados de protección de los derechos fundamentales por la dificultad de los ordenamientos nacionales de reconocer una autoridad judicial superior extraestatal que pudiera imponer sus decisiones en materia de derechos fundamentales.

La hipótesis que se defiende en este trabajo es que la solución a este problema pasa a través de un nuevo proyecto de constitucionalismo europeo porque solamente mediante él se puede alcanzar el objetivo de una tutela judicial efectiva del derecho de libertad religiosa que pueda ser entendido como derecho fundamental a protección del pluralismo religioso que garantice una pacífica convivencia entre las distintas confesiones religiosas superando la dialéctica entre universalismo y regionalismo cultural en esta materia.

Por lo tanto, este trabajo de investigación se centra en el análisis del derecho de libertad religiosa como derecho fundamental desde la perspectiva del Derecho internacional y, en particular, del Derecho comunitario para verificar si el nuevo cuadro normativo europeo que se ha planteado a

través de la reforma de los Tratados constitutivos ha alcanzado una tutela eficaz de este derecho fundamental o si la necesidad de una Constitución para Europa sigue siendo todavía una perspectiva necesaria y sobre todo que se pueda alcanzar a pesar de las dificultades que hoy día la Unión tiene que solucionar.

2. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA: SIGNIFICADO, NATURALEZA JURÍDICA, CONTENIDO Y LÍMITES.

Cuando se habla de derecho de libertad religiosa se hace referencia a la tutela de diferentes formas de expresión de la religiosidad del individuo que pueden afectar a distintos ámbitos de la vida del ser humano, como por ejemplo, el culto según el cual los novios deciden de contraer matrimonio o la facultad de elegir entre la enseñanza de los principios de una fe en la fase de formación de la personalidad del individuo y su ausencia³. Las fronteras del derecho de libertad religiosa, es decir, la delimitación de su significado, ha suscitado desde siempre no pocos interrogantes, no dando las leyes que tutelan este derecho una definición del contenido de la libertad en cuestión⁴. Por eso, una parte de la doctrina española cree que la libertad religiosa es un aspecto peculiar de la libertad de pensamiento o libertad ideológica, y, otra parte, piensa que la misma tiene propia autonomía, lo que nos permite de distinguir entre la libertad de tener una fe y otras libertades. Según un planteamiento más reciente, la libertad ideológica y la religiosa no se entienden como dos derechos diferentes sino como dos manifestaciones del mismo derecho⁵.

Otra cuestión de relieve que concierne también el significado del derecho de libertad religiosa, además de su contenido, es el tema de la relación existente entre el derecho de libertad religiosa y las manifestaciones negativas de la religiosidad, otro asunto que ha suscitado muchas polémicas. Las opiniones de la doctrina española en este sentido se pueden agrupar en dos principales orientaciones. La primera, que representa el planteamiento principal, cree que el derecho de libertad religiosa tutela sólo las convicciones fideísticas, por lo tanto, el ateísmo y el agnosticismo se

³ En este sentido, Luis PRIETO SANCHÍS, *El derecho fundamental de libertad religiosa* en Iván C. Ibán, Luis Prieto Sanchís, Agustín Motilla, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Editorial Trotta, 2004, págs. 55 y s.

⁴ Véase, como ejemplo, el texto del artículo 16 de la Constitución Española que garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto”, sin definir el contenido de la libertad religiosa.

⁵ En este último sentido, José María GONZÁLEZ DEL VALLE y Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, *Derecho Eclesiástico Español*, Thomson-Civitas, 2005, págs. 269 y s.;

encontrarían en el ordenamiento español fuera del ámbito de aplicación de la libertad religiosa y serían protegidos por el diferente derecho de la libertad ideológica. Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ cree que la libertad religiosa debe entenderse el ordenamiento español como el derecho que tutela exclusivamente “las actitudes positivas ante la fe”⁶. Según el autor, este planteamiento es respaldado por distintos artículos del texto constitucional y por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR). En primer lugar, cabe mencionar el artículo 16, apartado 3, de la Constitución Española que hace referencia a creencias religiosas puestas en relación solo con la Iglesia Católica y las demás confesiones que son “grupos inequívocamente religiosos”. Este autor menciona, a respaldo de su planteamiento, a Luis PRIETO SANCHÍS que observa como del precepto del artículo 16, apartado 3⁷, se pueden observar dos conclusiones: los poderes públicos tienen en cuenta las creencias religiosas, pero no las ideologías y, además, existe un nexo de conexión evidente entre el concepto de religiosidad y el de confesión religiosa, de modo que “lo religioso no incluye cualquier posición individual ante la trascendencia, sino sólo aquellas expresiones que implican una adhesión fiduciaria a una iglesia o confesión; no incluye, por ejemplo, el ateísmo o el agnosticismo, pero tampoco aquellas creencias religiosas carentes de estructura institucional”⁸.

Otro artículo que refuerza esta primera opinión, según Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, es el artículo 27, apartado 3, CE que dispone el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias creencias, distinguiendo claramente de esta manera entre la formación religiosa y la formación moral, como dos distintas opciones. El autor menciona también algunos artículos de la LOLR que en su opinión tutelan el derecho de libertad religiosa amparando sólo las actitudes fideísticas: entre los derechos individuales de libertad religiosa hay que mencionar los de profesar las creencias religiosas y de cambiar de confesión, practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de la propia confesión. Estos artículos demostrarían la relación existente entre creencias religiosas y confesiones religiosas y la importancia de actitudes específicamente religiosas, como pueden ser el culto y la asistencia religiosa. Además, por lo que concierne al aspecto comunitario de la libertad religiosa, cabe subrayar, según el autor, como la LOLR menciona como sujetos activos del derecho de libertad religiosa a las Iglesias, las Confesiones y las Comunidades religiosas. Se

⁶ El autor subraya como esta postura es avalada por una serie de razones que se deducen del texto constitucional y de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR). Esta opinión se encuentra en Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, en IUS CANONICUM, XXXIII, N. 65, 1993, pág. 66.

⁷ El artículo 16, apartado 3, de la Constitución Española establece que: “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y con las demás confesiones”.

⁸ Con esta palabras Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 1, pág. 58.

trataría, por lo tanto, de sujetos “inequívocamente fideístas”⁹. El artículo 3, apartado 2, de la LOLR establece unos límites al ejercicio de la libertad religiosa y de culto y en virtud de estos límites excluye de su ámbito de aplicación a “las actitudes, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espirituales u otros fines análogos ajenos a los religiosos”. Según Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, de todo esto se puede deducir que las convicciones no fideísticas están excluidas en el sistema jurídico español del ámbito del derecho de libertad religiosa, tanto en la dimensión personal como en la comunitaria.

La segunda opinión, diametralmente opuesta a la primera, subraya como la libertad religiosa no puede proteger sólo el acto de profesión de fe, sino también el derecho a manifestar las propias creencias religiosas hasta a la no creencia¹⁰. José María GONZÁLEZ DEL VALLE hace constar como “planteada la libertad religiosa en términos de confesionalidad – confesar esta o aquella doctrina - parece adecuado especificar que el término de esa libertad puede ser tanto un credo religioso entre los múltiples existentes, como una doctrina atea o agnóstica. Si la libertad no se plantea en términos de opción confesional, no parece necesario distinguir entre opción atea y opción religiosa, cual si una u otra opción entrañase el ejercicio de distintos derechos”¹¹.

Dejando las opiniones de la doctrina y pasando a analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cabe mencionar dos sentencias de los años ochenta en las que los jueces constitucionales eligen el criterio de entender la libertad religiosa como el derecho que tutela exclusivamente las manifestaciones positivas del fenómeno religioso, las convicciones basadas en las creencias religiosas. En la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de Mayo de 1982 se puede leer que el derecho de libertad religiosa es uno de los “dos principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de las relaciones entre el Estado y las Iglesias y confesiones”¹². En este auto se relacionan los fenómenos religiosos con las Iglesias y las confesiones. En la misma sentencia se puede leer la

⁹ Este planteamiento se puede encontrar en Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, ref. 4, pág. 66.

¹⁰ Entre otros, Lamberto DE ECHEVERRÍA, *La nueva Constitución ante el hecho religioso*, en *El hecho religioso en la nueva Constitución Española: trabajos de la XVI Semana Española de Derecho Canónico*, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1979, pág. 60: “Indirectamente se extiende esa libertad religiosa a la no profesión de religión alguna, y hasta al ateísmo, puesto que se habla también de <<libertad ideológica>>”. Este autor ha sido considerado por parte de la doctrina española como partidario de la primera impostación porque el mismo incluía solo indirectamente la no profesión de religión en la libertad religiosa; véase en este sentido Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, ref. 4, pág. 65.

¹¹ En estos términos, José María GONZÁLEZ DEL VALLE y Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, ref. 3, págs. 269 y 270.

¹² Sentencia Tribunal Constitucional de 13 de Mayo de 1982, FJ 1.

definición del derecho de libertad religiosa como “el derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo” que comporta “el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales”¹³. Por lo tanto, el derecho de libertad religiosa se relaciona solamente con lo que atañe con lo religioso.

Una segunda sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de Febrero de 1986¹⁴ hace una distinción entre los derechos de libertad religiosa e ideológica, subrayando la relación entre las creencias religiosas y las confesiones y afirmando que el mismo artículo 16, apartado 3, de la Constitución Española dispone que ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal y que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, poniendo por lo tanto de manifiesto el nexo entre creencias religiosas y confesiones que representan las manifestaciones positivas del fenómeno religioso y que por eso reciben tutela jurídica.

Otra cuestión de relieve que afecta al significado de la libertad religiosa es la relación entre la misma y las restantes libertades amparadas por el artículo 16 de la Constitución Española¹⁵, es decir, la libertad ideológica, de culto y la libertad de conciencia; esta última, aunque no expresamente mencionada en el artículo en cuestión, recibe de toda forma amparo constitucional, como se podrá ver en seguida.

La distinción entre la **libertad** religiosa y **de culto** tiene una razón histórica, pero hoy en día se entiende la libertad de culto incluida en la libertad religiosa, como la más típica de ella, por lo tanto, no se puede reconocer libertad religiosa, si no se reconoce libertad de culto. No se trata entonces de dos derechos de contenido distinto, sino como una, la libertad de culto, aspecto de otra, la libertad religiosa.

Por lo que concierne a la **libertad ideológica**, la distinción respecto a la religiosa tiene también una razón histórica. Se concebía la libertad religiosa como la adhesión a un determinado credo, por lo tanto en términos de confesionalidad, de profesión de una determinada fe. Además la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 4 enunciaba la distinción entre libertad de confesión religiosa e ideológica y se cree que por esta enunciación se ha derivado la dualidad entre libertad religiosa e ideológica que también adopta la Constitución Española. En un sentido común, la libertad

¹³ Sentencia Tribunal Constitucional de 13 de Mayo de 1982, FJ 1.

¹⁴ Sentencia Tribunal Constitucional de 21 de Febrero de 1986, FJ 2.

¹⁵ El artículo 16, apartado 1, de la Constitución Española establece que: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

ideológica representa el derecho del ser humano a tener su propia concepción y libertad de expresión de todo lo que lo circunda. Según la opinión de Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ la libertad ideológica coincide con la religiosa porque ambas ofrecen una visión completa de la existencia. La única diferencia consiste en que la libertad ideológica basa esta visión en la razón y la libertad religiosa la funda en la fe. De todo esto deriva que “el ateísmo está tutelado por la libertad ideológica en cuanto que supone una concepción global no religiosa de la existencia”¹⁶.

Por el contrario, siguiendo el diferente planteamiento, que ve también las manifestaciones negativas incluidas en el derecho de libertad religiosa, consigue que la libertad ideológica y aquella religiosa no pueden considerarse como dos derechos distintos, sino como manifestaciones del mismo derecho, porque la aceptación o no de la existencia de una Entidad Suprema no puede ser un adecuado criterio de distinción entre las dos. José María GONZÁLEZ DEL VALLE cree que “diferenciar la libertad ideológica de la religiosa en razón del contenido de las ideas profesadas, aparte de reducir el tema de la libertad religiosa a un tema de opinión doctrinal, acarrearía el inconveniente de que el Estado tendría que erigirse en teólogo para dictaminar cuándo nos encontramos ante el ejercicio de la libertad religiosa y cuándo nos encontramos ante el ejercicio de la libertad ideológica”¹⁷. Por lo tanto, según este autor, “no hay que distinguir entre opción religiosa y opción no religiosa”, porque la referencia que se encuentra en el texto del artículo 16 de la Constitución Española, libertad ideológica, religiosa y de culto, tiene una justificación histórica, “cuyo principal valor consiste en resaltar que la libertad religiosa se entiende en su más amplio contenido: implica la libertad de manifestar públicamente mediante el culto la propia religiosidad e implica también el derecho a adoptar actitudes no religiosas, arreligiosas o agnósticas”¹⁸.

Analizando la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1990, se puede leer una definición de la libertad ideológica que parece más conforme a este segundo planteamiento. Según esta sentencia, “la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito, ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”¹⁹.

¹⁶ Así Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, ref. 4, pág. 69.

¹⁷ Así José María GONZÁLEZ DEL VALLE y Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, ref. 3, pág. 270.

¹⁸ Véase José María GONZÁLEZ DEL VALLE y Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, ref. 3, pág. 270.

¹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional de 27 de Junio de 1990, FJ 10.

La **libertad de conciencia** no está mencionada en el artículo 16 de la Constitución. La doctrina mayoritaria española la entiende como el juicio moral sobre las propias acciones y la actuación conforme con este juicio. Según Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, que en su escrito hace referencia a Luis PRIETO SANCHÍS, la libertad de conciencia es “el derecho fundamental básico del sistema democrático”, la define como “una norma de clausura del sistema de libertades”²⁰ razón por la que recibe amparo constitucional aunque falte una expresa mención. El mismo Luis PRIETO SANCHÍS define la libertad de pensamiento o de conciencia como una “facultad práctica y plenamente social que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias externas que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones”²¹.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de Abril de 1982 subraya como, aunque no hay un *nomen juris* que aparezca en la Constitución, la libertad de conciencia puede considerarse como una síntesis de los tres derechos mencionados en el artículo 16, apartado 1, del texto constitucional y que presenta, por lo tanto, un contenido amplio que consiste en creer o dejar de creer lo que se piensa sea conveniente y en comportarse en la vida personal y social de acuerdo con las propias convicciones. Se trata de un planteamiento que confiere a la libertad de conciencia un contenido muy amplio que se pone como una cláusula abierta que puede garantizar tutela en un número elevado de hipótesis. Por lo tanto, es necesario entender hasta dónde llega la protección del derecho de libertad de conciencia²². Según Luis PRIETO SANCHÍS, la libertad de conciencia desemboca en la objeción de conciencia que puede ser definida como “la libertad de conciencia en caso de conflicto, más exactamente, como la situación en que se halla la libertad de conciencia cuando alguna de sus modalidades de ejercicio (*prima facie*) encuentra frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa o de la pretensión de un particular”²³; por lo tanto, si la posición individual será tutelada o por lo menos reconocida dependerá de cómo se resuelva el conflicto. El mismo autor en otro escrito define la objeción de conciencia como el “caso de conflicto entre la libertad de conciencia y el principio, derecho o bien constitucional que esté detrás del deber jurídico objetado y que proporciona su justificación”²⁴.

²⁰ Así Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, ref. 4, pág. 71.

²¹ Véase Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 1, pág. 57.

²² El mismo Tribunal Constitucional afirma desde sus primeras sentencias que no existen derechos limitados porque todos los derechos se hallan limitados "por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos". Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982.

²³ Así Luis PRIETO SANCHÍS, *Libertad y objeción de conciencia*, en *Persona y Derecho: revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 54/2006, pág. 265.

²⁴ Así Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 1, pág. 79.

El Tribunal Constitucional en la sentencia n. 53 de 1985 consagra la constitucionalidad de la objeción de conciencia como forma limitativa de la libertad de conciencia, estableciendo que la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial de la libertad religiosa e ideológica reconocido en el artículo 16, apartado 1, de la Constitución. En un auto anterior, el Tribunal Supremo afirmaba que: “ la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone el derecho no sólo a formar libremente la propia conciencia, sino a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma”, y por lo tanto, “puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica (...) puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”²⁵.

Hace falta señalar, en un intento de exhaustividad, que sobre el asunto de la constitucionalidad de la objeción de conciencia el Tribunal Constitucional no ha sido siempre coherente con sí mismo. De hecho, con respecto a la Ley de 1987 que reguló la objeción de conciencia al servicio militar, el Tribunal Constitucional adoptó un planteamiento diametralmente opuesto a lo enunciado arriba. En un primer auto²⁶ se estableció que la objeción de conciencia puede considerarse legítima solamente cuando hay una disposición de ley que la regula, es decir, el artículo 30, apartado 2, de la Constitución Española, porque, según este planteamiento, “sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo de la libertad ideológica o de conciencia, que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o ‘subconstitucionales’ por motivos de conciencia”. En una segunda sentencia se leía que “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negociación misma de la idea de Estado”²⁷.

El autor Luis PRIETO SANCHÍS ilustra la explicación lógica de esta doble interpretación y la reconduce a las diferentes maneras de entender la objeción de conciencia, como regla o como principio. Las últimas dos sentencias la entienden como regla y por lo tanto el ordenamiento jurídico no puede reconocer un derecho general a objetar porque nadie puede gozar de una posición indefinidamente tutelada sólo porque su conducta se justifica a la luz de sus convicciones; entonces

²⁵ Sentencia Tribunal Constitucional de 23 de Abril de 1982.

²⁶ Sentencia Tribunal Constitucional de 27 de Octubre de 1987, n. 160.

²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional de 27 de Octubre de 1987, n. 161.

si hay una regla definitiva que tutela la objeción de conciencia, la conducta del individuo encuentra en ella su amparo. Las anteriores sentencias, por el contrario, entienden la objeción de conciencia como principio de derecho, como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia y por eso las distintas formas de expresar la objeción de conciencia, también la no reguladas, quedan amparadas como límites al ejercicio del derecho fundamental, como un caso de conflicto entre el derecho a la libertad de conciencia y el deber jurídico que se rechaza²⁸.

Después del análisis del significado del derecho de libertad religiosa, hace falta examinar su naturaleza jurídica y sus características. La libertad religiosa es un derecho fundamental, colocado en la sección primera del Capítulo II, Título I de la Constitución Española y, por lo tanto, debe ser regulado por la ley orgánica, según lo que dispone el artículo 81, apartado 1, CE, y goza de una protección reforzada, así como establece el artículo 53, apartado 2, CE. Pero no es su colocación en una determinada parte del texto fundamental lo que le garantiza la calificación de derecho fundamental.

Para comprender el concepto de derecho fundamental es necesario comprender sus dos características. Cuando se habla de derecho fundamental se hace referencia, en primer lugar, a una pretensión moral que se justifica por rasgos relevantes que derivan sus orígenes de la idea de dignidad humana, elemento indispensable para el desarrollo del ser humano, y, en segundo lugar, a la recepción de esta pretensión en el Derecho positivo, para que pueda realizar su finalidad. La fundamentación del derecho fundamental está en la primera de estas características y su concepto en la segunda. Para entender el concepto de derecho fundamental ambos estos elementos deben ser considerados conjuntamente porque están estrechamente conectados. Esta conexión se realiza porque los derechos tienen raíces morales que se pueden descubrir investigando su fundamentación. Por lo tanto, la moralidad y la juridicidad tienen que ser analizadas conjuntamente para entender el concepto de derecho fundamental.

El derecho fundamental tiene su origen en la moralidad y tiene su salida en el Derecho y esto es posible a través de la positivación, mediante el papel del Estado, porque sin el apoyo del Estado, los valores morales no podrían convertirse en Derecho positivo y la vida de los seres humanos no podría alcanzar su finalidad moral. Un Ordenamiento jurídico tiene derechos fundamentales que representan valores jurídicos, pero estos derechos no se pueden entender plenamente sin los valores que los justifican. La doctrina habla en este sentido de “moralidad legalizada”. Cuando la moralidad

²⁸ En este sentido Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 1, págs. 81 y s.

no puede traducirse, incorporarse en el Derecho positivo se transforma en moralidad crítica, es decir, pretensiones morales que representan la filosofía de los derechos humanos y que presionan, a través de los ciudadanos y de las organizaciones de la sociedad civil, para que el Poder público les convierta en Derecho positivo.

Gregorio PECES-BARBA decía que los derechos fundamentales son “una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión nacional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista”²⁹.

Para que una pretensión moral pueda ser justificada es necesario que su contenido sea generalizable, es decir, que tenga un contenido general, igualitario y que pueda ser atribuido a la mayoría de los destinatarios. Además, hace falta que esta pretensión moral justificada sea incorporable a una norma jurídica, que pueda obligar a determinados destinatarios para que sea efectiva, que sea susceptible de protección judicial y que se pueda atribuir a titulares concretos en calidad de derecho subjetivo, libertad o potestad.

Por lo tanto, para que pueda existir un derecho fundamental hace falta que existan dos dimensiones: la dimensión ética de dignidad y la dimensión jurídica que reconozca la primera y permita al valor moral transformarse en derecho subjetivo tutelado por el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 13 de Mayo de 1982, ha reconocido al derecho de libertad religiosa la calificación de fundamental, disponiendo que la libertad religiosa debe ser entendida como “un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo” y esto supone “el derecho a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y cualesquiera grupos sociales”³⁰.

En los ordenamientos jurídicos modernos, atribuir a un derecho la calificación de “fundamental” significa reconocer que existe un conjunto de garantías a protección de aquel particular derecho, como por ejemplo el principio de aplicación directa u otros mecanismos jurisdiccionales, como

²⁹ Así Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. Fernández Liesa y Á. Llamas Cascón, B.O.E. – Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pág. 109.

³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional de 13 de Mayo de 1982, FJ 1.

puede ser la acción de amparo. Por lo tanto, la fundamentalidad de los derechos tiene una relación muy estrecha con el concepto de resistencia. Cuando en un ordenamiento el sistema de derechos fundamentales predispuesto no permite al titular satisfacer su derecho frente al sujeto obligado, este ordenamiento carece de una efectiva tutela jurídica de derechos. La capacidad de un derecho de resistir frente a otros poderes mide su calidad, su fundamentalidad o no. Como evidencia Luis PRIETO SANCHÍS, la califica de fundamental que se atribuye a un derecho no es un “rasgo indeleble” que algunos derechos tienen y otros no, sino un “concepto relativo que equivale a resistencia o fortaleza”, es decir a la capacidad del mismo derecho de resistir, de oponerse frente a otros poderes³¹. La característica de la resistencia o fortaleza de un derecho está estrechamente conectada con los distintos mecanismos de protección de los mismos, con las garantías. Por lo tanto, la libertad religiosa es un derecho fundamental que se puede encuadrar entre los derechos “especialmente resistentes”.

El Tribunal Constitucional ha atribuido al derecho de libertad religiosa otra característica, la dimensión institucional, es decir, el carácter de esencial para conseguir valores superiores. En la sentencia de 15 de Febrero de 1990 se declara que las libertades que garantiza el artículo 16, apartado 1, de la Constitución Española “exceden del ámbito personal por su dimensión institucional y porque significan el reconocimiento y la garantía de la opinión pública libre y, por tanto, el pluralismo político propugnado por el artículo 1, 1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico”³².

Al derecho de libertad religiosa se le atribuye también otra especial característica: la prohibición de suspensión de la misma. La suspensión de un derecho no conlleva la desaparición del mismo, sino la sustitución de la regulación ordinaria del mismo por un régimen normativo, por tanto un régimen de legalidad, extraordinario³³. Esta sustitución puede consistir en una reformulación de su contenido o en la predisposición de un conjunto de garantías externas³⁴. La suspensión de los derechos fundamentales se produce en situaciones de excepción o riesgo para la vida del Estado democrático, pero, frente a estas situaciones excepcionales, los derechos fundamentales mantienen algunas características comunes como, por ejemplo, la de seguir siendo derechos subjetivos oponibles a los particulares, la tutela jurisdiccional de ellos no desaparece, ni la ordinaria ni la

³¹ En este sentido Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, 1990, pág. 103.

³² Sentencia Tribunal Constitucional de 15 de Febrero de 1990, FJ 4, letra c).

³³ Véase en este sentido Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 29, pág. 247.

³⁴ Para una tratación más completa en materia de suspensión de derechos fundamentales, Tomás de la QUADRA-SALCEDO, *La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión*, en Anuario de derechos humanos, n. 2 de 1983, págs. 452 y s.

constitucional del recurso de amparo. Entonces, la suspensión de los derechos fundamentales se desarrolla en el ámbito del Derecho, aunque extraordinario, y las garantías propias del Estado de Derecho permanecen intactas.

Delimitar el contenido del derecho de libertad religiosa no es fácil por la amplísima variedad de conductas que se pueden incluir en él. El artículo 2 de la LOLR ha dispuesto un catálogo de algunas actividades que se podrían denominar “modalidades típicas” del ejercicio del derecho de libertad religiosa. De estas modalidades quedaría excluida la libertad de culto que representa la conducta específica, propia, del derecho de libertad religiosa. Por lo tanto, con la expresión “modalidades típicas” se hace referencia a derechos fundamentales de atribución genérica que se justifican en cuanto manifestaciones de la libertad religiosa. Es decir, el derecho de reunión y de asociación, el derecho de la libertad de expresión o de enseñanza que tengan por objeto el ejercicio de la propia fe. Según Luis PRIETO SANCHÍS, valorar esta tesis conllevaría el riesgo de “admitir como ejercicio de la libertad religiosa toda conducta a la que el sujeto agente atribuya un significado religioso, atribuya el sentido de ser una exteriorización de su dictamen de conciencia”³⁵. Para poner un freno a esta amplia concepción, se ha planteado otra más estricta que considera amparadas por el derecho de libertad religiosa sólo las modalidades típicas recogidas en textos normativos y que representen un “auténtico” ejercicio de la libertad religiosa, así que no todas las conductas pueden merecer la tutela del Derecho.

Empezando con el análisis de la **libertad de culto**, la misma se puede definir como “el conjunto de actos y ceremonias con los que el hombre tributa homenaje al Ser supremo o a personas o cosas tenidas por sagradas en una determinada religión”³⁶. De esa definición deriva que la libertad de culto comprende tanto la práctica individual como la colectiva que tiene por objeto actos y/o ceremonias que una determinada confesión prescribe. Hay también confesiones religiosas que imponen sacramentos, como por ejemplo la Iglesia católica, y que piden la celebración de un rito que conlleve la profesión y afirmación de la propia fe. Así como dispone el artículo 2, apartado 1, letra b) de la LOLR, bajo el amparo del derecho de la libertad de culto hay la posibilidad de practicar actos de culto, recibir asistencia religiosa según la confesión que corresponda, conmemorar las festividades religiosas, celebrar los ritos matrimoniales, recibir sepultura según el rito de la propia confesión religiosa y no verse obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa que no corresponden a las convicciones personales.

³⁵ Así Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 1, pág. 63.

³⁶ Así Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 1, pág. 67.

En el ámbito de la libertad de culto, hace falta señalar las dificultades que han surgido con respecto a las manifestaciones negativas de la libertad de culto, es decir, la posibilidad a no verse obligado a celebrar actos de culto. Se trata de un problema que se ha planteado sobre todo en el ámbito educativo. En particular este fenómeno se ha manifestado con mayor evidencia en las escuelas privadas, donde la educación se imparte siguiendo una determinada opción religiosa. A este propósito cabe señalar la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 con la que se afrontó este tema y la obligatoriedad al respeto de esa opción por parte del personal de la comunidad educativa, incluso la participación a los actos de culto que se celebraban en sus estructuras. El Constitucional se pronunció afirmando que “los profesores no incumplirán su deber de respeto si, en uso de su libertad ideológica y religiosa, se inhibieran o se negasen a colaborar en prácticas religiosas o en actividades ideológicas con las que ellos no se sintieran identificados a pesar de las particularidades del centro”.

Otro problema que ha puesto la libertad de culto es el derecho a celebrar las festividades propias de una determinada religión, aspecto que se puso en evidencia en el ámbito laboral, con respecto a las cláusulas de un contrato de trabajo y a la facultad de los trabajadores a asentarse del lugar de trabajo para celebrar las festividades de su religión. Lo que resulta claro en este contexto es que no puede quedar amparada por el derecho fundamental de libertad de culto cualquier recuesta presentada por un trabajador que tenga por objeto un permiso para celebrar las festividades religiosas, por el simple hecho que una concesión de este tipo podría desembocar en un fraude de ley porque los trabajadores podrían formular la misma petición para todas las festividades religiosas de cada creencia, práctica que sería tutelada por el derecho de cambiar convicción religiosa³⁷.

Con respecto al contenido del derecho de libertad religiosa hay que examinar la facultad de **manifestar las propias convicciones religiosas**. La exteriorización del pensamiento religioso es el primer corolario de la libertad ideológica y religiosa que se concretiza cuando el mismo se comparte con los demás. Las manifestaciones de tal exteriorización pueden ser múltiples, pero el fundamento jurídico que les tutela es el mismo, es decir, el artículo 20 de la Constitución Española en materia de libertad de expresión. Este derecho encuentra sus límites en el respeto del honor, intimidad, propia imagen y protección de la juventud y de la infancia. A este respecto, la libertad de manifestar las propias convicciones religiosas ha puesto interrogantes sobre la facultad de guardar silencio sobre

³⁷ Este caso fue afrontado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Kosteski contra República Yugoslava de Macedonia*, sentencia n. 30/2006.

las creencias, en particular si esta manifestación negativa está protegida por la Constitución. El artículo 16, apartado 2, del texto constitucional establece que: “nadie podrá ser obligado a declarar su ideología, religión o creencias”. La doctrina ha subrayado que este artículo no tutela sólo el derecho a guardar el silencio, sino también el derecho a evitar preguntas sobre asuntos inherentes a las creencias religiosas. Si se hubiera garantizado solamente el derecho al silencio, la tutela otorgada habría sido insuficiente, porque rechazar una pregunta de este tipo conlleva una respuesta negativa, “disidente”, frente a un asunto de natura religiosa sobre el cual no se quiere expresar opinión; este escenario habría creado una forma de discriminación³⁸.

Lo que más razonablemente se ha dicho frente a este asunto es que lo que es necesario excluir es la discriminación o cualquier otra forma de consecuencia negativa que pueda derivar tanto del ejercicio del silencio como de la respuesta negativa. Por lo tanto, frente a una pregunta sobre las propias convicciones religiosas, la contestación debe ser voluntaria y la respuesta no debe tener ninguna consecuencia con finalidad discriminatoria.

Otro contenido del derecho de libertad religiosa que ha suscitado debates es la facultad de **asociarse con finalidad religiosa**. De hecho, cuando se habla de derecho de libertad religiosa hace falta tener en cuenta su doble dimensión: la individual y la comunitaria o colectiva. Hemos visto como en su dimensión individual el derecho de libertad religiosa se concreta en los derechos a tener y manifestar las convicciones religiosas libremente elegidas y, por consiguiente, el derecho a cambiar de convicción, a guardar el silencio sobre las mismas. Desde la perspectiva comunitaria o colectiva, el derecho de libertad religiosa supone la posibilidad de fundar grupos y asociaciones religiosas. A la facultad de asociarse consigue el reconocimiento a establecer normas de organización y de régimen interno para gestionar el grupo. Por eso, el artículo 2, apartado 2, de la LOLR reconoce a las confesiones religiosas “el derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar sus ministros, a divulgar y propagar su credo y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero”. El artículo 6 de la misma ley dispone también que para poder obtener plena autonomía y establecer normas internas es necesario respetar el requisito de la previa inscripción de la comunidad religiosa. Esta inscripción es una condición para que las normas de régimen interno puedan tener eficacia externa, para que puedan ser utilizadas con el fin de valorar la propia identidad religiosa, pero la autonomía de dictar normas de organización es una consecuencia

³⁸ En este sentido, Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 1, págs. 64 y s.

del derecho de asociación y no de la inscripción de la misma en cualquier registro. No se trata por tanto de una publicidad constitutiva, sino declarativa.

El artículo 16, apartado 1, de la Constitución Española garantiza el derecho de libertad religiosa “sin más limitaciones, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. En el artículo 3, apartado 1, de la LOLR se puede leer que: “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática”. En este segundo artículo se amplía y se especifica el límite fijado por la Constitución, así que la seguridad, la salud, la moralidad pública y los derechos de los demás se ponen como especificaciones de la más amplia cláusula de orden público³⁹. Cabe señalar como la definición de orden público ha suscitado un gran debate en la doctrina por su contenido indeterminado. De hecho, el orden público constituye una noción jurídica abierta, sería mejor decir “intencionadamente abierta”. La voluntad del legislador de mantener esta noción tan amplia se justifica con la necesidad de mantener la noción en cuestión siempre válida a pesar de la pluralidad de concepciones que sobre ella se pueden suceder durante siglos en una sociedad siempre en evolución y que tiene la exigencia de mantener su texto fundamental siempre actual⁴⁰.

Pero el orden público no es el único límite que afecta al derecho de libertad religiosa. El Tribunal Constitucional afirma con firmeza que: “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”⁴¹. Por lo tanto la libertad religiosa puede entrar en conflicto no sólo con el orden público, sino también con otro

³⁹ Véase sobre este asunto, entre otros, José María GONZÁLEZ DEL VALLE y Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, ref. 3, págs. 285 y s.

⁴⁰ En este sentido Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. De GASCÓN, Trotta, 1995, pág. 14. La coexistencia de valores y principios plurales en el seno del constitucionalismo contemporáneo hace que los mismos hayan de asumirse “con carácter no absoluto, compatibles con aquellos otros con los que debe convivir”. En sentido análogo, sobre el derecho fundamental y sus restricciones, Robert ALEXANDER, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, págs. 239 y s.

⁴¹ Sentencia Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1982.

derecho fundamental, a veces sin que se pueda establecer una jerarquía de valores entre ellos, porque se trata de bienes “igualmente constitucionales”⁴².

Así como amplia es la concepción del derecho de libertad de conciencia, tan amplia es también la concepción de su límite. Como hace notar Luis PRIETO SANCHÍS, siendo tan amplia la noción de libertad de conciencia “no hay inconveniente en incluir dentro de ella comportamientos de la más variada naturaleza, con la única condición de que pueda verse en los mismos una manifestación de las convicciones o creencias del agente”. Pero, al mismo tiempo puede ocurrir que “dada la concepción amplia de la cláusula limitadora, tampoco hay inconveniente en tratar el asunto como un caso incurso en la esfera de la limitación, por ejemplo como una lesión del orden público o de otro derecho fundamental”⁴³. Este asunto, que *prima facie* podría parecer como meramente teórico, tiene al contrario importantes consecuencias prácticas, así como podremos ver en el capítulo que examina la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sobre la amplitud de la libertad religiosa y sus límites ha basado sus principios de derechos en esta materia, a veces controvertidos.

3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para analizar la protección internacional que ha recibido el derecho de libertad religiosa hace falta empezar con el examen de la regulación internacional de los derechos fundamentales en general, porque lo que ha pasado con la libertad religiosa se explica entendiendo la dialéctica que ha caracterizado el debate sobre la protección internacional de los derechos humanos. Frente a los escombros y a la barbaridad que la Segunda Guerra mundial había dejado, la conciencia generalizada hablaba con una sola voz, la necesidad de una garantía universal de la dignidad del ser humano no estaba en discusión. Lo que parecía un paso muy breve, traducir en disposiciones de ley esta necesidad de garantías universalmente reconocida, se tradujo en un camino largo y accidentado. Desafortunadamente, algunas etapas de este difícil camino todavía no se han alcanzado. Cuando los 191 estados que componían la Organización de las Naciones Unidas se sentaron alrededor de la mesa que debía dar a la luz la Declaración Universal de los Derechos

⁴² Véase Luis PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, 2003, págs. 156 y s.

⁴³ Así Luis PRIETO SANCHÍS, ref. 1, pág. 75.

Humanos (DUDH), el problema se puso con toda su evidencia: a los 191 estados, que representaban una mezcla de culturas muy diversas, se podía exigir solo genéricamente el respeto por la dignidad del individuo, pero difícilmente se podía imponer un contenido detallado de los diferentes derechos fundamentales que necesitaban protección internacional. Este fenómeno es lo que la doctrina ha llamado “dialéctica universalismo-relativismo”⁴⁴. Aunque esta etiqueta pueda no decir algo, su contenido concreto evidencia la tensión que se produjo entre las dos dinámicas que se manifestaron sobre el terreno de la protección internacional de los derechos fundamentales: la dinámica de la integración y aquella de la fragmentación. La primera quería alcanzar el objetivo de conformar espacios políticos, sociales, económicos a través de la homogeneización de los mismos y el primer paso hacia esta dirección era conferir igual dignidad a los individuos mediante el reconocimiento de un conjunto de derechos humanos universalmente reconocidos. La segunda dinámica tendía hacia la fragmentación y el reconocimiento de la diversidad en el conjunto de la sociedad internacional, una diversidad que imponía la afirmación del carácter regional sobre el universal y de la soberanía nacional sobre la negociación internacional. El resultado fue el nacimiento de una cultura global de los derechos humanos fuertemente debilitada.

3.1 El sistema normativo de las Naciones Unidas

A nivel internacional la que podría ser definida la Magna Carta de los Derechos Humanos es sin duda la Declaración Universal de 1948⁴⁵. Tres años antes, en 1945, se firmó la Carta de las Naciones Unidas⁴⁶ en el cuyo preámbulo se afirmaba con fuerza la necesidad de una protección internacional de los derechos humanos⁴⁷. Pero, de hecho, esta declaración de intentos no se pudo

⁴⁴ Para un análisis sobre este tema, Celestino DEL ARENAL, *Homogeneidad y heterogeneidad en la sociedad internacional como bases de las tendencias hacia la integración y la fragmentación*, en Ángel José RODRIGO HERNÁNDEZ y Caterina GARCÍA, *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional*, Tecnos, 2011, págs. 64 y s.

⁴⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París. En sus 30 artículos se recogen los derechos humanos considerados básicos. La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos. Mientras que la Declaración constituye, generalmente, un documento orientativo, los Pactos son tratados internacionales que obligan a los Estados firmantes a cumplirlos.

⁴⁶ La Carta de las Naciones Unidas es el tratado internacional fundador del organismo, y que hace las bases de su constitución interna. El documento fue firmado el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.

⁴⁷ “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de

traducir en una red de tutela más eficaz por la contraposición entre universalismo y relativismo de la que se hacía mención arriba: la necesidad de tomar en cuenta las peculiaridades religiosas, jurídicas, sociales y políticas de determinadas regiones impidieron la afirmación de esta concepción universal. Otra idea que frenó este proceso fue la imposibilidad de concebir una soberanía nacional objeto de escrutinio por parte de una organización internacional, aunque sobre asuntos de releve universal como la tutela de los derechos humanos; así que la recién nacida Organización de las Naciones Unidas fue privada en la cuna de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos y de su impronta de constitución universal. Para no dejar duda alguna, en el artículo 1 se enunció con el principio número 7 la siguiente norma: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados” y todo lo que concierne a las herramientas de protección de un derecho, aunque tenga releve y reconocimiento universal, queda claramente amparado por el ordenamiento jurídico de los Estados nacionales en cuanto máxima expresión de la soberanía nacional con todo lo que puede conseguir desde el punto de vista de la efectividad de la tutela judicial, asunto sobre el cual la soberanía nacional no puede ser puesta en discusión.

Para entender la medida de este “obstáculo”, es suficiente reflexionar sobre el hecho de que todavía hoy, setenta años después, la Unión Europea no ha sido capaz, por una clara falta de voluntad política, de darse principios comunes sobre un derecho procesal común europeo que ampare los principios fundamentales reconocidos en la Carta Europea de los Derechos Humanos con la dificultades de efectividad de tutela que consiguen, como se ha puesto de evidencia también en el ámbito de la tutela de la libertad religiosa, entre otros; asunto que enseguida será analizado.

Estos problemas causados por el relativismo cultural se trasladaron desde la Carta de las Naciones Unidas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tres años después. El primer de ellos fue el debate sobre la fundamentación de los derechos, las razones por las cuales se podía decir si un derecho era fundamental o no. En este debate los distintos regímenes políticos de los Estados nacionales hacían propender por la justificación religiosa, liberal o social de la

hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios”.

fundamentación de los derechos. Al final, el acuerdo se alcanzó sobre el terreno ético, encadenando la justificación de la fundamentación de los derechos que necesitaban una protección universal sobre el reconocimiento de la dignidad del ser humano. Lo que quedó irresoluto fue el asunto ligado a los estándares internacionales de protección de los derechos fundamentales.

La cuestión de un efectivo compromiso de las Naciones Unidas con la protección internacional de los derechos fundamentales se mantenía siempre viva década tras década y recobró auge con la Declaración de Viena de 1993. La Declaración y Programa de Acción de Viena fue una declaración adoptada para reforzar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas y supuso la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Este tratado internacional fue criticado porque se consideraba que había cumplido un retroceso en el largo y accidentado camino de la protección internacional de los derechos fundamentales. Las peticiones de aquellos países que defendían el pluralismo nacional o regional y que querían imponer las propias tradiciones históricas, culturales y religiosas condujeron la Organización de las Naciones Unidas a buscar una solución de compromiso entre lo universal y lo particular que en las intenciones iniciales tenía que dar satisfacción a todos pero que finalmente dejó sólo críticas por un texto excesivamente ambiguo y elusivo de la cuestión más importante por la cual se esperaba una respuesta que pudiese dar un paso más allá en la dirección de una afirmación no cuestionable de la universalidad de los derechos fundamentales.

En la Declaración de Viena se afirmaba “la obligación de tener en cuenta la importancia de las peculiaridades nacionales y regionales” pero de hecho no se explicaba “el modo concreto en el que esas particularidades pueden ser debidamente tenidas en cuenta preservando al mismo tiempo la naturaleza universal de los derechos humanos”⁴⁸. Otra parte de la doctrina subrayó como esta “cláusula de respeto a la diversidad cultural” de la Declaración de Viena merecía otra evaluación, basada sobre una perspectiva positiva, una idea de flexibilidad y imposibilidad de ignorar la gran diversidad cultural y religiosa existente a nivel regional, porque ignorar esto habría significado impedir una implantación de la cultura de los derechos humanos la más amplia posible⁴⁹.

Un ejemplo evidente de los esfuerzos que se cumplieron en la Declaración de Viena para mitigar las diferencias entre ambas posiciones fue con respecto del derecho a la libertad de creencias. Los representantes de algunos países quisieron hacer referencias a sus peculiaridades

⁴⁸ Así José Ramón POLO SABAU, *El estatuto de las confesiones religiosas en el Derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional*, Dykinson, 2014, pág. 31.

⁴⁹ En este sentido Francesco TAGLIARINI, *Diritti dell'uomo e libertà religiosa*, Jovene, 2008, pág. 7.

nacionales de orden religioso para excluir del derecho a la libertad de creencias la facultad de cambiar de religión. Los representantes de los restantes estados participantes a la Convención no aceptaron esta exclusión porque lesionaba la concepción global de dignidad de la persona y de su libertad en una óptica universal de protección de los derechos fundamentales, en cuanto el derecho a cambiar de religión representa una pequeña parte del derecho de libertad religiosa, internacionalmente reconocido.

En este cuadro de exigencia absoluta de una protección universal de los derechos fundamentales, la Organización de las Naciones Unidas tenía muy bien presente la necesidad de garantizar la paz entre los estados a través del reconocimiento de la libertad religiosa y la no discriminación religiosa como presupuesto para que puedan explicarse los derechos fundamentales y asegurar el recíproco reconocimiento de ellos. Por esa razón, el respeto del derecho de libertad religiosa ha sido objeto en el estatuto de las Naciones Unidas de una precisa obligación por parte de los Estados contratantes, como un aspecto de los derechos fundamentales.

La Carta de las Naciones Unidas enuncia el principio general de la libertad religiosa, pero, al mismo tiempo expresa algunas disposiciones sobre la tutela del mismo, aunque con una formulación genérica. De hecho, en el artículo 55 de la Carta se puede leer que las Naciones Unidas se proponen el objetivo de promover el respeto y la observancia universal de los derechos del hombre y las libertades fundamentales sin alguna discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión⁵⁰ y, para alcanzar los objetivos que se propone el artículo 55, “todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización”⁵¹. Por lo tanto, la protección de los derechos fundamentales, y entre ellos el de libertad religiosa, se pone como una precípua obligación por parte de los Estados contratantes.

Este sistema de protección y respeto de los derechos fundamentales en ámbito internacional representa lo que los juristas de derecho internacional llaman *ius cogens*, es decir, el derecho imperativo que los Estados no pueden modificar singularmente por medio de acuerdos. Esta consideración se deriva también del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que establece que: “en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones

⁵⁰ Así dispone el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: (...) c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

⁵¹ Así dispone el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas.

Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Siendo el respeto de los derechos fundamentales contenidos en disposiciones de derecho internacional imperativo, estas normas se ponen como vinculantes para los Estados que adhieren a la Carta de las Naciones Unidas que es fuente de *ius cogens*.

Siempre con respecto a herramientas de carácter vinculante para los Estados contratantes en materia de protección de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho de libertad religiosa, hace falta constar lo que expresa el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) que dispone expresamente el derecho de libertad religiosa y, en particular, los derechos de los individuos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, incluida también la facultad de cambiar de religión y de manifestar sus propias creencias individualmente o en grupos a través de la libertad de culto y del cumplimiento de prácticas religiosas⁵². Se trata de una disposición de carácter programático que se utiliza para la interpretación de las obligaciones que derivan de la Carta de las Naciones Unidas y en particular del artículo 56 de la misma. Esto ocurre porque la DUDH excluye la eficacia vinculante de sus disposiciones en la medida en que a ellas no siguen otras medidas de carácter internacional para garantizar la observancia de las disposiciones contenidas en ella. Por lo tanto, existen precisas obligaciones por los Estados contratantes en la medida en la que se hayan aprobado actos consiguientes de carácter vinculante, como la Carta de las Naciones Unidas, que es norma de derecho internacional vinculante. Pero la elaboración de textos vinculantes que pudiesen traducir en normas imperativas y no simplemente programáticas las disposiciones de la DUDH se apreció sólo en el 1966 con la aprobación por parte de la Organización de las Naciones Unidas de dos tratados internacionales sobre los derechos civiles y políticos de los individuos y sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, ambos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Estos dos tratados internacionales han sido considerados un único acto internacional porque derivan de la misma matriz, la DUDH, y presentan también algunas disposiciones comunes aunque los sistemas de control, por lo que concierne la actuación de sus disposiciones, presentan algunas diferencias.

⁵² Así dispone el artículo 18 de la DUDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

En el ámbito de esta disertación, el acto que nos interesa más es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque contiene una disposición sobre la libertad religiosa. Se trata del artículo 18 del mismo que, en su apartado 1, repite el contenido del artículo 18 de la DUDH y que añade una obligación más específica para los Estados contratantes respecto al contenido que se puede leer en el mismo artículo de la DUDH. En la disposición en cuestión se dispone que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”. Además “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Siempre por lo que concierne a las obligaciones de los Estados Partes de respetar y hacer respetar los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho de libertad religiosa hace falta mencionar la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 25 de noviembre de 1981 con la resolución 36/55 sobre la necesidad de eliminar todo tipo de intolerancia y discriminación que encuentre su fundamento en la religión y en el pensamiento de los individuos. Esa Declaración conlleva una amplia especificación de las obligaciones que gravan sobre los Estados en materia de libertad religiosa en relación con las disposiciones de carácter general de la Carta de las Naciones Unidas y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para que se pueda llegar a una efectiva tutela del derecho de libertad religiosa. En particular el artículo 2 de esta Declaración de 1981 extiende la portada de esa obligación, incluyendo no solo el Estado Parte, sino también todas las instituciones nacionales, los grupos y los individuos⁵³. Esta disposición merece una particular mención porque no prevé simplemente una obligación de carácter negativo por el Estado, en el sentido de abstenerse en el cumplir actos discriminatorios, sino también una de carácter positivo que se concreta en la obligación por el Estado nacional, que es Parte contratante de la Declaración, de predisponer en las leyes nacionales y en sus actividades administrativas un conjunto de garantías que no permitan a los individuos de cumplir actos discriminatorios, es decir

⁵³ Así se puede leer en el artículo 2 de la Declaración de 1981: “1. Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares. 2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por "intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones" toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

activarse contra los comportamientos lesivos por parte de las entidades de naturas privadas, sean ellas instituciones, grupos o ciudadanos. Todo esto está confirmado en otra disposición de la misma Declaración, con el intento de fortalecer lo que dispone el artículo 2. En el artículo 4 de la misma se puede leer que: “Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural. Todos los Estados harán todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión o convicciones en la materia”.

Esta Declaración sigue especificando los contenidos de derechos de releve como los en materia de educación religiosa o de profesión de las creencias en sus artículos 5 y 6⁵⁴. De la lectura de la Declaración de 1981 se podría sacar una importante conclusión según la cual con este acuerdo internacional el tejido normativo entrelazado por las Naciones Unidas finalmente ha alcanzado el

⁵⁴ El artículo 5 dispone que: “1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño. 2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño. 3. El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad. 4. Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres ni de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquéllos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño. 5. La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración”. Además el artículo 6 de la misma Declaración establece que: “(...)el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes: a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional”.

objetivo de predisponer un conjunto amplio y detallado de obligaciones a tutela de los derechos fundamentales y, con ellos, del derecho de libertad religiosa. Esta conclusión podría resultar verdadera si no fuese por el hecho de que los importantes avances alcanzados en la lucha para la protección de los derechos fundamentales han sido puestos en marcha a través de un instrumento jurídico que no tiene fuerza vinculante.

Como es bien sabido, las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas carecen de fuerza vinculante porque tienen una portada que en la praxis se considera de afirmaciones de principio con la misma eficacia que tienen las recomendaciones dirigidas a los Estados contratantes. Parte de la doctrina ha afirmado que estas declaraciones tienen carácter vinculante porque son especificaciones de las disposiciones contenidas en la Carta de las Naciones Unidas que sin duda es derecho internacional imperativo y, por lo tanto, serían dotadas de la misma obligatoriedad. Pero lo que carece en esta Declaración de 1981 es una clara afirmación según la cual la violación de la misma conllevaría las consecuencias que se producen al violar la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, el artículo 3 de la Declaración afirma que la discriminación perpetrada por motivos religiosos implicaría el mancato respeto de los principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y por lo tanto sería condenado como violación de los derechos humanos y libertades fundamentales. Consigue que los Estados que han ratificado la Carta de las Naciones Unidas estén vinculados también a la Declaración de 1981, por lo menos por lo que concierne al respeto de la libertad religiosa.

Todo este sistema de protección internacional de derechos humanos sufre un importante límite que concierne el control que se puede ejercer sobre el respeto de estos instrumentos. El límite ha sido identificado en la escasa eficacia y efectividad de los instrumentos de control establecidos a garantía del respeto de los derechos humanos. De hecho los poderes que se pueden atribuir a los órganos internacionales se limitan a resoluciones amistosas de las controversias y se concretan en la emanación de recomendaciones, informes, todos actos que carecen de eficacia jurídica obligatoria para las partes en conflicto. Eso significa que las partes pueden desatenderlos sin subir consecuencias. Lo que falta en este sistema es una eficacia directa y obligatoria de esas resoluciones en el ámbito de los ordenamientos de los Estados Contratantes que representarían así títulos ejecutivos para los individuos que han sufrido la violación de sus derechos fundamentales. Este tipo de instrumento garantizaría un nivel muy elevado de efectividad y protección del sistema de garantías de los derechos humanos, pero parece difícil que un proceso de este tipo pueda realizarse

en el ámbito del derecho internacional, sin considerar lo que se va a examinar en el párrafo siguiente con respecto al sistema del Consejo de Europa.

Por lo que concierne el sistema de control de la tutela de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas, el órgano más incisivo es la Comisión de las Naciones Unidas que fue instituida por el Consejo económico y social en el 1946. El papel de la Comisión consistía en presentar al Consejo propuestas, recomendaciones e informes sobre todas los Convenios y Declaraciones en materia de derechos del individuo y protección de las minorías, pero quedaba excluida la posibilidad para la Comisión de adoptar medidas contra las reclamaciones que lamentaban las violaciones de los derechos humanos. Solamente en los años setenta fue formalizado y regulado un procedimiento de control internacional sobre la aplicación de los derechos humanos en general y de las normas relativas a la no discriminación y a la tutela de las minorías en particular. El fulcro de este mecanismo de control fue el instrumento de la investigación que podía ser llevada a cabo solo con el consentimiento del Estado interesado. Pero todavía permanecía un límite relevante: si el resultado de la investigación aclaraba la violación por parte del Estado interesado de los derechos humanos, la Comisión no podía adoptar medidas vinculantes y obligatorias para sancionar el Estado, haciendo respetar los derechos.

Igualmente pocos incisivos fueron las herramientas de control establecidas en los Pactos de 1966. El Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos instituyó un Comité compuesto por dieciocho miembros cuyos controles se basaban sobre los informes que le presentaban los Estados. Ellos tenían la obligación de entregar un informe sobre la actividad desarrollada y el Comité se limitaba a recoger todas estas informaciones. La ineficacia de este mecanismo de control era evidente y se basaba sobre dos aspectos: era el mismo Estado, que supuestamente había violado los derechos humanos, que tenía que escribir y presentar el informe al Comité, lo cual carecía de poderes directos de tomar informaciones; en segundo lugar, el hecho de que las observaciones del Comité podían tener solamente un contenido general. De hecho estos controles acababan con un releve meramente político y moral. Una mayor eficacia tenían las reclamaciones que un Estado contratante podía presentar al Comité contra otro Estado contratante de las cuales derivaban procedimientos de conciliación cuyo fundamento residía en la buena voluntad de los Estados.

Este escaso y poco eficaz sistema de control es el precio que el aparato de protección internacional de los derechos humanos ha sido obligado a pagar para alcanzar la portada universal de sus principios, en detrimento de la efectividad de la protección de estos Convenios

internacionales, los cuales no han podido gozar de un sistema de control de carácter jurisdiccional que pudiese imponer de forma coactiva la observancia de sus disposiciones porque eso habría significado la erosión de la esfera de dominio reservada a los Estados.

3.2 La protección de la libertad religiosa en el Consejo de Europa

El fenómeno que ha visto contraponerse en el ámbito internacional la visión universal contra la regional o nacional en materia de protección de los derechos humanos ha afectado también la región europea, a pesar de la mayor homogeneidad que caracterizaba los Estados que componían la misma. El proceso de formación de la unidad europea surgió para lograr la unificación de estos Estados y dar una respuesta eficaz a los ataques que habían sufrido los derechos humanos durante los años de la Segunda Guerra Mundial. En el 1948 se creó el Comité Internacional de Movimientos para la Unidad Europea que convocó el Congreso de Europa con el objetivo de alcanzar la unificación esperada. Fue así que nació el Consejo de Europa al cual siguió la aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La finalidad que perseguía el Consejo de Europa, compuesto por un Comité de Ministros y una Asamblea Parlamentaria, era la unidad entre sus Estados miembros para la salvaguardia de los principios y tradiciones comunes y la sostenibilidad de su progreso social y económico que para ser real necesitaba el reconocimiento y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁵⁵ contenidos en el CEDH firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que trae su origen de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Proyecto de Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

A este propósito hace falta subrayar que la naturaleza jurídica del CEDH es diferente de aquella de la DUDH. Hemos visto en el párrafo anterior como la Declaración Universal carece de obligatoriedad y para que el contenido de la misma fuese oponible fue necesaria la adopción de otros tratados internacionales que se pusieron como especificaciones de la misma; por el contrario, el Convenio Europeo y sus Protocolos Adicionales tienen carácter obligatorio y vinculante para los Estados que son Partes Contratantes. Y además, el CEDH no predispone solo un catálogo de derechos fundamentales, sino también un sistema de garantías judiciales para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en él que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encarga de verificar. El Convenio estableció también que a hacerse cargo del respeto

⁵⁵ En este sentido se puede hacer referencia al Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa y al artículo 3 del mismo que dispone que todo Estado miembro “debe aceptar los principios del Estado de Derecho y del disfrute por todas las personas sometidas a su jurisdicción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

de esta efectividad fuesen los ordenamientos de los Estados Contratantes a través de la herramienta del recurso ante una instancia nacional⁵⁶ según lo que dispone el principio de subsidiariedad que admite la proposición del recurso ante el TEDH bajo el previo agotamiento de las vías de recursos internos, poniéndose así el Convenio como medida adicional a las garantías predispuestas por los ordenamientos nacionales⁵⁷.

En el preámbulo del Convenio se puede leer que a fundamento de las reglas establecidas en él está un patrimonio común a los Estados Contratantes en el que se incluyen ideales, tradiciones políticas y valores como la libertad y la primacía del Derecho. Se trata de reglas supernacionales que fijan los principios básicos que los sistemas legales nacionales reconocen y que en caso de conflictos con normas internas prevalecerían sobre las particularidades nacionales en desacuerdos con ellos. Este universalismo en clave europea es el mismo que hemos visto con respecto a la Declaración Universal de 1948 y que, si a un primer análisis podría parecer fortalecido por la mayor homogeneidad social y política de los Estados que han ratificado el CEDH, a un examen más detallado de la jurisprudencia del TEDH se descubre como ha sufrido el mismo conflicto con la dinámica regional que ha afectado al universalismo en clave nacional.

Así que también el TEDH ha conocido el compromiso entre estas dos perspectivas en materia de derechos fundamentales, en particular con la creación de la doctrina del margen nacional de apreciación. Se trata de un pensamiento que nació de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que, en la búsqueda del difícil equilibrio entre universalismo y relativismo cultural en materia de derechos fundamentales, conllevó la erosión del primero a toda ventaja de la afirmación de ideales con un preciso ámbito geográfico de aplicación. La afirmación de esta doctrina tenía también el objetivo de facilitar la aceptación de la jurisdicción del Tribunal Europeo por parte de los Estados miembros del CEDH y frenar, al mismo tiempo, la corriente que veía la soberanía nacional disminuida por la atribución de la competencia jurisdiccional en materia de protección de los derechos fundamentales a una entidad supranacional. Esta tensión entre la afirmación de una protección común de los derechos fundamentales y el mantenimiento de las peculiaridades nacionales ha caracterizado también la protección del derecho de libertad religiosa tutelado por el artículo 9 del Convenio⁵⁸, como se analizará en seguida en el capítulo tercero dedicado a la jurisprudencia del TEDH.

⁵⁶ Así como dispone el artículo 13 del CEDH.

⁵⁷ Así dispone el artículo 35, apartado 1, del CEDH.

⁵⁸ El artículo 9 del CEDH, que tutela la libertad de pensamiento, conciencia y religión, dispone que: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de

El derecho de libertad religiosa, proclamado en el artículo 9 del Convenio, tiene que ser leído en relación con los artículos 11⁵⁹ y 14⁶⁰ del CEDH, que tutelan el derecho de reunión y asociación y prohíben las discriminaciones, y con el artículo 2⁶¹ del Protocolo Adicional número 1 que regula el derecho a la educación. Desde la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de libertad religiosa se han derivado tres principios generales que la doctrina ha considerado como los más relevantes en la estructura de este derecho en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶². Se trata del principio de neutralidad de los Estados ante el fenómeno religioso, la libertad religiosa como uno de los valores fundamentales de una sociedad democrática y pluralista y el principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos.

El primer de estos principios se configura como regla clave en el sistema de relaciones que gobierna la convivencia entre los diferentes Estados nacionales y las confesiones religiosas presentes en Europa. Este principio ha sido utilizado por el Tribunal de Estrasburgo a partir de la segunda mitad de los años setenta para resolver los conflictos entre comunidades religiosas. Según esta perspectiva, el Estado debe ponerse como árbitro y perseguir la tolerancia y el respeto entre los diferentes grupos religiosos y ideológicos que conviven en el mismo territorio nacional, no pudiendo, por lo tanto, tomar posiciones entre ellos tanto que puedan propender por una comunidad

religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

⁵⁹ El artículo 11 del CEDH, que tutela la libertad de reunión y asociación, afirma que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

⁶⁰ El artículo 14 del CEDH prohíbe las discriminaciones y establece que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁶¹ El artículo 2 del Protocolo Adicional número 1 regula el derecho a la educación disponiendo que: “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”.

⁶² En este sentido se puede leer Javier MARTÍNEZ TORRÓN, *La protección internacional de la libertad religiosa y de conciencia, cincuenta años después*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 2 de 1999, págs. 63 a 88.

religiosa o por otra, porque ese comportamiento no sería incluido entre las funciones de un Estado. El Estado ha de ser imparcial respecto a las confesiones religiosas de los individuos.

Si el Estado debe mantener una configuración neutral o laica en las relaciones con las confesiones religiosas, el individuo debe poder expresar su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión como uno de los valores fundamentales de una sociedad pluralista y democrática, pluralismo que no sería alcanzable sin un verdadero reconocimiento de la libertad de conciencia. Todo esto tiene que ser relacionado con los eventuales límites que se pueden imponer a la libertad religiosa con la finalidad de crear un equilibrio entre los diferentes grupos religiosos; estos límites deben encontrar su justificación en una necesidad social de carácter relevante y deben ser proporcionados con los fines que con ellos se quieren perseguir.

Estos límites son enunciados en el apartado 2 del artículo 9 del CEDH. En la norma se lee como: “

La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. Son límites que deben ser estrechamente previstos por las leyes; eso responde al principio de legalidad, según el cual solo la Ley que sea accesible, precisa y previsible puede regular o limitar la conducta de los individuos que quieren manifestar las propias creencias religiosas. Además las restricciones al derecho de libertad religiosa tienen que ser adecuadas a las exigencias que una sociedad democrática y pacífica impone, porque si fuesen desproporcionadas no serían restricciones legítimas y por lo tanto los individuos no serían obligados a respetarlas.

El tercero de los principios generales resultantes de la jurisprudencia del TEDH se basa sobre la necesidad de no justificar bajo la Convención Europea de Derechos Humanos diferentes tratamientos entre individuos en función de las creencias religiosas, tanto en el ámbito de la vida pública como de la vida privada. Se trata de la importancia de predisponer un conjunto de instrumentos jurídicos que resuelvan los conflictos que la aplicación en la práctica de la manifestación de la libertad religiosa puede llevar; estos instrumentos deben responder a criterios de proporcionalidad que justifiquen la relación entre los fines perseguidos y las soluciones actuadas.

La tutela de la libertad religiosa pasa también por el Protocolo Adicional número 1 del CEDH, en particular por su artículo 2 en materia de educación y enseñanza. La norma protege el derecho de los padres a que la enseñanza sea impartida a sus hijos según sus convicciones religiosas e ideológicas. Este artículo fue objeto de debate en el seno del Comité de Ministros del Convenio de Europa porque se temía que pudiese desembocar en la difusión de ideologías iliberales. Pero este problema fue solucionado considerando que la hipótesis de una interpretación desviada del artículo 2 del Protocolo Adicional podía ser conjurado a través del artículo 17 del CEDH que prohíbe el abuso del derecho, estableciendo que ninguna de las disposiciones del Convenio puede ser interpretada “en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”. El reconocimiento de este derecho lleva como primaria consecuencia la imposibilidad para el Estado de imponer a un alumno la enseñanza de una creencia que sea contraria a sus convicciones religiosas y ideológicas y además el Estado tiene la obligación a que los conocimientos sean transmitidos de manera objetiva, pluralista y crítica.

Otro interrogante suscitado en relación con el derecho de libertad religiosa tutelado por el artículo 9 del CEDH es aquél que concierne la titularidad del ejercicio de la libertad y su ámbito de extensión, es decir si incluye solo a los individuos, como puede parecer de la letra de la norma, o incluye también a las instituciones religiosas. Analizando los planteamientos del TEDH emergen dos tendencias. En un primer momento se afirmó que las instituciones religiosas, como por ejemplo las Iglesias, careciendo de personalidad jurídica, no podían ser titulares de los derechos enunciados en el artículo 9 del Convenio y 2 del Protocolo Adicional. En un segundo momento, se reconoció que las Iglesias están amparadas por el derecho de libertad religiosa pero no directamente sino a través de sus miembros que sería los legitimados a pedir el respeto del derecho en cuestión. Así se afirmó el principio según el cual el derecho de libertad religiosa puede ser reconocido a las asociaciones o grupos de individuos que persiguen finalidades religiosas.

Dentro del marco del Consejo de Europa, aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos sea la normativa más importante para la protección de los derechos fundamentales y, entre ellos de la libertad religiosa, hay otra normativa que ampara los derechos humanos. Entre ella se encuentran diferentes tratados como por ejemplo el Convenio europeo sobre la extradición de 13 de diciembre de 1957 en el que se prohíbe la extradición cuando existen fundadas razones que hacen pensar que con la misma se quiere perseguir a una persona por sus creencias religiosas. Otro

destacado Convenio es aquél para la protección de las minorías nacionales de 1 de febrero de 1995 en el cual los Estados Partes se obligan a asegurar que las personas pertenecientes a una minoría nacional puedan expresar libremente su derecho de pensamiento, conciencia y religión, a crear instituciones religiosas y a prohibir discriminaciones fundadas sobre el hecho de pertenecer a una minoría nacional.

Además de estos Convenios internacionales estipulados en el marco del Consejo de Europa, revisten importancia algunas resoluciones y recomendaciones que se enfrentan al asunto de la libertad religiosa y de la libertad de enseñanza. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa con la recomendación número 1202 de 2 de febrero de 1993 se expresó sobre el aspecto de la tolerancia religiosa y la no discriminación en una sociedad democrática. La Asamblea invita a los Estados Partes del Consejo de Europa a adoptar toda la medida necesaria para garantizar la libertad de conciencia, religiosa y de culto y a vigilar para que en los programas escolares se puedan elegir cursos sobre distintas religiones y sobre la moral laica⁶³. Otras recomendaciones y resoluciones tratan el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar como derecho que deriva de la libertad de pensamiento y se invitan los Estados miembros a reconocer este derecho en las legislaciones nacionales. Otras tienen por objeto la relación entre las confesiones tradicionales y los nuevos movimientos religiosos. Estas resoluciones recomiendan a los Estados Partes del Convenio de Europa a garantizar a las confesiones religiosas el reconocimiento jurídico, la autonomía, la propiedad sobre los lugares de culto y el acceso a los medios de comunicación social. Estas recomendaciones han tomado en consideración también el fenómeno de las sectas en el más amplio debate sobre el reconocimiento de los nuevos movimientos religiosos. Sobre este asunto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha afirmado la necesidad de la adopción de herramientas de carácter informativo y preventivo que tutelen los derechos de los movimientos religiosos que no sean culpables de actividades de alarma social.

Al final de este análisis sobre la protección de la libertad religiosa en el Consejo de Europa, se puede hacer una consideración que puede ser también la introducción al siguiente capítulo sobre el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa. Esta consideración se enfoca propia sobre la protección judicial de los derechos fundamentales que es al mismo tiempo el elemento que más caracteriza el Convenio de Europa de Derechos Humanos y que lo diferencia de la Declaración Universal de 1948 o de la Carta de las Naciones Unidas de 1945. El

⁶³ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se expresó en el mismo sentido con la recomendación número 1396 de 27 de enero de 1999 sobre el asunto de la relación entre la religión y la democracia.

sistema de protección judicial de los derechos humanos se basaba sobre dos órganos judiciales, la Comisión y el Tribunal, y sobre un órgano político, el Comité de Ministros con funciones de vigilancia sobre la ejecución de las sentencias del Tribunal. Este sistema fue modificado en el 1994 con la supresión de la Comisión y con la atribución de la competencia judicial de manera exclusiva al Tribunal, sobre todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos. Esa modificación confirmó la capacidad del Comité de Ministros de velar por la ejecución de las sentencias. La naturaleza jurídica del TEDH fue objeto de debate en doctrina porque se le podía considerar al mismo tiempo un órgano internacional respecto a los Estados Partes contratantes del Convenio y también un órgano supranacional porque podían interponer recurso frente a él tanto los individuos como las organizaciones no gubernamentales. Al final la doctrina mayoritaria lo consideró como una especie de Tribunal Constitucional con carácter regional sobre todo porque ejerce la función de control de la legislación interna de los Estados Contratantes para verificar si la misma es conforme a los principios establecidos por el Convenio. El recurso que se puede interponer frente al TEDH tiene por objeto la interpretación y la aplicación de las disposiciones del Convenio y de sus Protocolos y, en particular, la comprobación de la violación de los derechos amparados en él.

Las sentencias del TEDH son definitivas y obligatorias, así que no pueden ser objeto de recursos de apelación ante otros órganos ni nacionales ni internacionales y las Partes Contratantes deben actuar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes. Las sentencias del TEDH tienen también carácter declarativo y no ejecutivo, diferenciándose por eso de las sentencias del Tribunal de la Unión Europea. Por lo tanto el principio afirmado en una sentencia del Tribunal de Estrasburgo no puede derogar una ley o anular un acto administrativo y por eso la ejecución de la misma depende de la voluntad de los Estados Partes de actuar conformemente a ellas. El artículo 46 del Convenio establece que las Partes que sean parte en los litigios “se comprometen a aceptar” la resolución fijada por los jueces del TEDH. Esta obligatoriedad conlleva una importante consecuencia que puede desembocar en aportar algunas modificaciones a la legislación del Estado contratante que era parte del litigio. Aunque las sentencias del TEDH carecen de carácter ejecutivo, hasta ahora los Estados han cumplido voluntariamente las medidas necesarias para adecuar el ordenamiento nacional a las resoluciones del Tribunal. El valor jurídico de las resoluciones del TEDH se ha evidenciado también en las legislaciones de Estados contratantes que no eran partes del litigio pero cuya legislación presentaba características parecidas a las de los Estados partes del litigio; estos han modificado su legislación en fuerza de la interpretación que el TEDH daba sobre los principios del Convenio y de sus Protocolos para evitar de enfrentarse a un

juicio frente al Tribunal sobre el mismo asunto. Eso es lo que la doctrina llama “efecto de cosa interpretada”⁶⁴ que de hecho permite a las resoluciones del TEDH de demostrarse incisivas sobre los ordenamientos de los Estados contratantes.

Enseguida veremos si este papel ha cambiado después de la adhesión de la Unión Europea al CEDH y como el TEDH se pone en relación con el Tribunal de Luxemburgo en materia de protección de derechos humanos después de la adopción por parte de la Unión Europea de su Carta de Derechos Fundamentales.

4. EL PAPEL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

En este tercer capítulo quiero analizar el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su labor interpretativa del Convenio y de sus Protocolos en materia de tutela de la libertad religiosa. Este análisis pasa inevitablemente por la jurisprudencia del TEDH que representa la voz de los jueces de Estrasburgo, llamados a dar la interpretación auténtica de las normas a protección de los derechos fundamentales en ellas amparados. Considerando la amplia doctrina que hay sobre este asunto, intentaré conducir este análisis siguiendo los aspectos quizás menos convencionales de la actividad del Tribunal para dar una clave de lectura diferente de la jurisprudencia en materia de interpretación del artículo 9 del CEDH, por ejemplo fijando la atención en algunos orientamientos que parecen poner en luz una reconstrucción política de la interpretación del artículo en cuestión o subrayando el principio del margen de apreciación que los jueces eligen para justificar algunas de sus decisiones en materia de libertad religiosa.

Esta tipología de análisis quiere verificar si es posible alcanzar el objetivo de una mayor armonización de las respuestas jurisprudenciales en el ámbito del pluralismo religioso tanto por parte del Consejo de Europa como por parte de las instituciones de la Unión Europea, como se verá en el capítulo cuarto, en beneficio de todos los ciudadanos y de las múltiples organizaciones religiosas y no religiosas que operan en Europa. A este respecto, surgen algunas preguntas: ¿esta armonización es un objetivo factible? ¿Su conseguimiento pasa a través de un nuevo

⁶⁴ En este sentido Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Editorial Comares, 2002, pág. 41.

constitucionalismo europeo que vaya más allá de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados europeos y con ellas del principio del margen de apreciación? ¿La superación de la diabética entre universalismo y relativismo cultural en materia de libertad religiosa requiere el mayor de los esfuerzos en el frente de la voluntad política: la subordinación de la soberanía nacional a una nueva matriz constitucional? En estos últimos tres capítulos intentaré contestar a estas preguntas.

4.1 El pluralismo religioso en la jurisprudencia del TEDH

El principio del pluralismo religioso ha sido elegido por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a criterio interpretativo del artículo 9 del Convenio. Este principio aparece como una constante en toda la jurisprudencia en materia, aunque con algunas matices como veremos en este párrafo. Lo que resulta más relevante analizar es cómo el TEDH aplica concretamente el principio del pluralismo religioso con respecto al derecho de libertad religiosa tanto en su dimensión colectiva como en la individual. Con referencia al primer aspecto, los jueces de Estrasburgo han tomado en cuenta el pluralismo religioso como condición para el ejercicio de la libertad religiosa. La sentencia *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, explica bien esta relación. Los esposos Kokkinakis son acusados por un tribunal penal griego de pertenecer a la secta de los testigos de Jehová y de haber hecho proselitismo, intentando “directa e indirectamente penetrar en la conciencia religiosa de cristianos ortodoxos, con el fin de alterar esta conciencia, abusando de la inexperiencia, fragilidad intelectual y ingenuidad” (...) incitando “con sus explicaciones oportunas y hábiles a modificar el contenido de la conciencia religiosa de cristiana ortodoxa”. La Corte de apelación de Creta absuelve a la Sra. Kokkinakis y condena a su marido en cuanto “resulta probado que, con el deseo de propagar la fe de la secta de los testigos de Jehová, de la que el acusado es adepto, ha intentado directa e indirectamente penetrar en la conciencia religiosa de una persona con confesión diferente a la suya, a saber cristiana ortodoxa, con la intención de modificar su contenido, abusando de su inexperiencia, de su fragilidad intelectual y de su ingenuidad”. El Sr. Kokkinakis acude a la Comisión del Consejo de Europa porque considera que su condena por proselitismo viola los derechos fundamentales garantizados por los artículos 7, 9 y 10 del Convenio e invoca también los artículos 5, apartado 1, y 6, apartados 1 y 2. La Comisión rechaza la posible lesión de los artículos 5 y 6 por falta manifiesta de fundamento y llega a la conclusión que no hay violación del artículo 7 pero que hay violación del artículo 9 del Convenio y que con respecto al artículo 10 no se plantea una cuestión diferenciada. Así que la Comisión trasladó el recurso al TEDH.

Sobre la violación del artículo 9, el interesado lamenta la restricción del ejercicio de su libertad de religión, señalando como la Ley griega en materia no tiene en cuenta la dificultad lógica y jurídica de trazar una línea de demarcación entre proselitismo y libertad de “cambiar de religión o de convicciones y de manifestarlas individual o colectivamente, en público o en privado”, que englobaría toda enseñanza, toda publicación y toda predicación entre personas. El TEDH afirma un importante principio de derecho con estas palabras: <<Tal y como la protege el artículo 9, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión constituye una de las bases de una “sociedad democrática” en el sentido del Convenio. Figura en su dimensión religiosa entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Es una manifestación del pluralismo, claramente conquistado en el curso de siglos, consubstancial a nuestra sociedad. La libertad religiosa es también libertad para “manifestar la religión”. Los testimonios, en palabras y actos, se encuentran ligados a la existencia de las convicciones religiosas. En los términos del artículo 9, la libertad de manifestar la religión no se ejerce únicamente de manera colectiva, “en público” y en el círculo de los que comparten la misma fe; sino también “individualmente” y “en privado”; implica, en principio, el derecho de intentar convencer al prójimo, por ejemplo por medio de una “enseñanza”, sin que “la libertad de cambiar de religión o de convicción” consagrada por el artículo 9, tenga que quedar en letra muerta>>.

Por lo tanto, de la mayor o menor tutela de la libertad de religión y de conciencia depende el pluralismo religioso como elemento consubstancial a una sociedad democrática. Entonces cuál es la naturaleza de la relación entre el pluralismo religioso y el derecho de libertad religiosa. El principio pluralista permea todo el CEDH y substancia la misma noción de democracia como el sólo sistema político compatible con la finalidad que quiere perseguir el Convenio. El principio pluralista que se desea en un Estado democrático busca una base de acuerdo entre las partes para la resolución de los problemas que pueden surgir entre ellas. Pluralismo, tolerancia y espíritu de diálogo deben caracterizar por lo tanto una sociedad democrática. Esto significa que no siempre la opinión de la mayoría debe necesariamente prevalecer. Un ordenamiento democrático es siempre orientado a buscar un equilibrio entre la opinión de la mayoría y aquella de la minoría para garantizar a los componentes de la minoría un tratamiento justo que conjure toda forma de abusos que puede derivar de la opinión dominante, aunque sea aquélla expresada por la mayoría.

Pluralismo y democracia se fundamentan sobre el espíritu del compromiso y eventuales excepciones se pueden justificar solamente si son funcionales para la tutela de ideales y valores de

una sociedad democrática. Por lo tanto, la convivencia de diferentes convicciones religiosas representa un aspecto indispensable de una sociedad pluralista que se fundamenta sobre el Estado de Derecho. De eso se deriva la necesidad de asegurar el derecho de libertad religiosa no solamente en su dimensión individual sino también en la dimensión colectiva, así como establece el artículo 9, apartado 1, del Convenio.

En este escenario, el aspecto más interesante de analizar es sin duda aquél que pone en relación el arriba descrito principio pluralista y los perfiles más relevantes que el ejercicio de la libertad religiosa presenta, para verificar si el TEDH respeta este principio y de concreto en sus sentencias alcanza una connotación práctica de él o si, por el contrario, se trata simplemente de un proclama vacío. A este respecto hace falta examinar la jurisprudencia que atañe la dimensión institucional de la libertad religiosa y la relación entre el pluralismo religioso y el Estado, lo cual según lo que afirma el TEDH tiene que mantener el papel de árbitro imparcial frente al pluralismo religioso como garantía de la igualdad, como condición necesaria para afirmar y reforzar el pluralismo religioso. Así establecen los jueces de Estrasburgo en la sentencia *Manoussakis contra Grecia* de 26 de septiembre de 1996 y tres años después en la sentencia *Serif contra Grecia* de 14 de septiembre de 1999.

En esta segunda resolución el TEDH examina el caso del Sr. Serif, ciudadano griego, que fue condenado por un tribunal penal griego por usurpación de las funciones de líder espiritual de una “religión conocida” y por haber vestido en público los hábitos que corresponden a dicho cargo, sin tener derecho a ello. El demandante alega frente al TEDH que su condena violó el artículo 9 del Convenio, en particular que constituye una injerencia en su derecho a la libertad religiosa junto al de aquellos que acudían a él como guía espiritual. A este respecto el TEDH recuerda que “aunque la libertad religiosa sea una cuestión de conciencia individual, incluye asimismo, la libertad de manifestar la religión personal en el culto y la enseñanza, en comunidad con otros y en público”⁶⁵. El Gobierno griego afirmaba que la lamentada injerencia por parte del demandante perseguía en realidad un fin legítimo y por eso los tribunales internos trataron de conservar el orden en la comunidad religiosa en cuestión y en la sociedad en general. Asimismo trataron de proteger las relaciones internacionales del país, campo en el que los Estados ejercen una prudencia limitada⁶⁶. Además el Gobierno griego señalaba que la injerencia fue necesaria para mantener el orden democrático ya que las acciones del demandante minaron el sistema establecido por el Estado para organizar la vida religiosa de la comunidad musulmana en la región.

⁶⁵ Así se puede leer en el párrafo 38 de la sentencia *Serif contra Grecia* de 14 de diciembre de 1999. Ver “mutatis mutandis” la sentencia *Kokkinakis contra Grecia* de 25 de mayo de 1993, párrafo 31.

⁶⁶ Párrafo 43 de la sentencia *Serif contra Grecia*.

El demandante, por el contrario, considera que su condena no era necesaria en una sociedad democrática, en cuanto en Grecia los cristianos y los judíos tienen derecho a elegir a sus líderes religiosos y por lo tanto, privar a los musulmanes de esta posibilidad constituye un trato discriminatorio. Además tal injerencia no puede estar justificada en una sociedad democrática en la que el Estado no debería restringir la elección individual en el campo de la conciencia personal. Su condena es simplemente un aspecto de la política de represión que el Estado griego aplica respecto a la minoría turco-musulmana de Tracia Occidental⁶⁷.

El Tribunal recuerda que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es uno de los fundamentos de la “sociedad democrática” en el sentido del Convenio. El pluralismo, inseparable a una sociedad democrática, que se ha ido consiguiendo a lo largo de los siglos con grandes dificultades, depende de ello. Es cierto que en una sociedad democrática, la libertad religiosa puede ser objeto de restricciones al fin de conciliar los intereses de distintos grupos religiosos. Sin embargo, dichas restricciones deben corresponder a una “necesidad social imperiosa” y deben ser “proporcionadas al fin legítimo perseguido”⁶⁸. Por lo tanto, “se puede decir que para el Estado, es de interés público la toma de medidas especiales a fin de proteger a aquellos cuyas actividades legales pudieran verse afectadas por la acción de falsos sacerdotes”. En opinión del Tribunal de Estrasburgo, “condenar a una persona por el mero hecho de actuar como líder religioso de un grupo que le apoyaba, apenas puede considerarse compatible con la exigencia de pluralismo religioso en una sociedad democrática”⁶⁹. El TEDH considera que, en sociedades democráticas, el Estado no necesita tomar medidas para asegurar que las comunidades religiosas permanezcan o sean conducidas por un liderazgo unificado. Es posible que se produzca tensión en situaciones en las que una comunidad religiosa o de otro tipo se divida y el Tribunal considera que ésta es una de las consecuencias inevitables del pluralismo. Los jueces señalan a este respecto que, a parte de la referencia general a la tensión, el Gobierno griego no hizo alusión a disturbios entre los musulmanes que realmente fueran o hubieran podido ser causados por la existencia de los líderes religiosos⁷⁰. El Tribunal considera que no ha sido demostrado que la condena del demandante estuviera justificada en estas circunstancias por una “necesidad social imperiosa”. En consecuencia, la injerencia en el derecho del demandante, de manifestar su religión en el culto y la enseñanza en comunidad con otros y en público, no era “necesaria en una sociedad democrática, para la protección del orden público” en virtud del artículo 9, apartado 2, del Convenio que fija los límites

⁶⁷ Párrafo 48 de la sentencia *Serif contra Grecia*.

⁶⁸ Así el párrafo 49 de la sentencia *Serif contra Grecia*.

⁶⁹ Con estas palabras el párrafo 51 de la sentencia *Serif contra Grecia*.

⁷⁰ Véase el párrafo 53 de la sentencia *Serif contra Grecia*.

al ejercicio de la libertad religiosa entre los que figura el orden público. Por lo tanto, hubo violación del artículo 9 del Convenio⁷¹.

Este planteamiento ha sido afirmado por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también en las sentencias más recientes como en la resolución *Svyato – Mykhaylivska Parafiya contra Ucrania* de 14 de junio de 2007 en la que se afirma que la injerencia del Estado en el funcionamiento y organización de las comunidades religiosas viola los principios de imparcialidad y neutralidad que representan el fundamento de la relación entre el Estado y las organizaciones religiosas. El TEDH añade además que el Estado no tiene que disponer ninguna herramienta para el control de las diferentes comunidades religiosas y en la hipótesis en la que se verifican conflictos entre las diferentes convicciones religiosas, el papel de la autoridad pública tiene simplemente que consistir en la eliminación de la fuente del conflicto porque una diferente solución por parte del Estado conllevaría un perjuicio para el pluralismo religioso. La finalidad que el Estado tiene que perseguir coincide con el control de las dinámicas que subyacen a estos conflictos para que los diferentes grupos religiosos se puedan tolerar recíprocamente y eso se justifica por el hecho de que el pluralismo religioso hace incompatible la imposición de todo tipo de medida de naturaleza pública que persiga someter una comunidad religiosa a un solo régimen centralizado. Sin embargo, eso no significa indiferencia en caso de conflicto entre diferentes grupos religiosos, sino la adopción de “acciones positivas” con respecto a lo que establece el artículo 9 del CEDH que afirma la posibilidad de una intervención pública para remover los obstáculos que podrían impedir el ejercicio del derecho de libertad religiosa⁷².

Diametralmente opuesto el planteamiento del TEDH con respecto al perfil individual del derecho de libertad religiosa en la dialéctica entre la reivindicación de la propia identidad religiosa y el principio del pluralismo religioso. En este ámbito el perfil individual del derecho de libertad religiosa se expresa con la ostentación de símbolos religiosos y se pone en una situación de difícil equilibrio entre el principio de autodeterminación del individuo y la exigencia de orden público y de los derechos de terceros en un Estado democrático en el que rige el principio del pluralismo religioso.

Este problema se planteó al TEDH con el caso *Leyla Sahin contra Turquía* la cuya sentencia fue pronunciada el 10 de noviembre de 2005. La Sra. Sahin es una estudiante turca de religión musulmana matriculada en la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul. En febrero de

⁷¹ Así concluye el TEDH en el párrafo 54 de la sentencia *Serif contra Grecia*.

⁷² Este mismo principio se reafirma rotundamente en la sentencia *Testigos de Jehová de Gladani contra Georgia* de 3 de mayo de 2007.

1998 el Rectorado de esta Universidad emitió una circular en la que se establecía que las estudiantes que lleven el velo no pueden ser admitidas ni en los cursos ordinarios ni en las prácticas. El mes siguiente, la recurrente no pudo realizar un examen por llevar el velo. Por la misma razón, no pudo inscribirse en otros cursos ni realizar los exámenes de los que ya estaba matriculada. Además, la Facultad de Medicina de la Universidad le sancionó por no respetar las normas de “vestimenta” y la excluyó durante un semestre por haber participado en una concentración no autorizada para protestar contra las atadas reglas. La recurrente interpuso recurso frente al TEDH porque las actuaciones por parte de la Universidad han supuesto, en su opinión, una violación de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión según lo establecido por el artículo 9 del CEDH, del derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH), de la libertad de expresión (artículo 10 del CEDH) y del derecho a la interdicción de la discriminación en relación con el derecho a la educación (artículo 14 combinado con el artículo 9 del CEDH y el artículo 2 del Protocolo n. 1).

El TEDH destaca en su resolución la importancia del artículo 2 de Constitución de Turquía que define el Estado turco como un Estado de Derecho, democrático, laico y social. También se resalta que, a tenor del artículo 14, apartado 1, de la misma Constitución “los derechos y libertades mencionados en la Constitución no pueden ser ejercidos con el objetivo de atentar contra la integridad territorial del Estado y la unidad de la Nación; poner en peligro la existencia del Estado turco y de la República; suprimir los derechos y las libertades fundamentales; confiar la dirección del Estado a un individuo o grupo o permitir la hegemonía de una clase social sobre otras; establecer una discriminación fundada en la lengua, la raza, la religión o la pertenencia a una organización religiosa o instituir por cualquier medio un orden estatal fundado en tales concepciones y opiniones”.

La sentencia *Leyla Sahin contra Turquía* representa, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa, una etapa fundamental. El TEDH pone su atención sobre el significado del velo como símbolo y expone dos diferentes interpretaciones sobre ello: el velo como símbolo religioso contra el velo como símbolo del Islam político. La prima interpretación es la que defiende la recurrente. Diferente es la a la que adhieren las autoridades de la Universidad donde la joven está matriculada, los jueces turcos y el gobierno nacional. Para ellos el velo es el símbolo de una visión política contraria a las libertades de las mujeres y a los principios fundamentales de un Estado democrático como es la Turquía. El TEDH elige esta última interpretación: para los jueces de Estrasburgo el velo es el símbolo del Islam político que lleva los jueces a declarar que no se ha producido la violación del artículo 9 del Convenio.

El TEDH basa su decisión sobre dos convicciones: la primera por la que hay que tomar en cuenta la especificidad del contexto turco y, en segundo lugar, hay que considerar las peculiaridades del Islam y de sus manifestaciones religiosas. Según el Tribunal, Turquía es un país que presenta un contexto más peculiar de aquél de los otros países y por lo tanto hay que reconocer a las autoridades nacionales turcas un margen de apreciación prácticamente ilimitado. Y además, el Islam es una religión que conlleva un sistema de valores que son incompatibles con la democracia occidental y por lo tanto sus manifestaciones de religiosidad hay que analizarlas siguiendo un principio de especialidad que no hace falta aplicar a otras confesiones religiosas.

A este respecto una pregunta parece inevitable: ¿Qué es el margen de apreciación? Según las evaluaciones que Javier GONZÁLEZ VEGA ha hecho sobre esta sentencia, se trataría de un espacio de discrecionalidad con el que cuentan los Estados Partes para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales⁷³. Sin embargo, el fundamento del margen de apreciación no se encuentra en el Convenio Europeo, por eso, se trataría de un instrumento interpretativo que parte de la idea de que, un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, por el contrario existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos. Entonces, por esas razones hay que tomarlo en cuenta cuando se analizan determinados contextos peculiares. La razón por la que este principio ha sido tomado en consideración por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es porque a través del margen de apreciación se evidencia el carácter subsidiario del mecanismo de protección instaurado por el Convenio Europeo en relación a los sistemas de cada Estado Parte para garantizar los derechos del hombre. Se trata, de hecho, de una herramienta con la que se busca el consenso o, el arriba mencionado, equilibrio entre universalismo cultural y nacionalismo en materia de derecho de libertad religiosa. Aunque el margen de apreciación ha jugado un papel fundamental dentro de la actividad jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han surgido críticas en relación a su forma de aplicación, en el contexto particular de los artículos del Convenio Europeo, pues éste variara según las circunstancias fácticas, así como la naturaleza del derecho garantizado por la Convención, produciendo una ampliación o en su caso, una reducción, del margen de apreciación con el que cuenta cada Estado. El permitir un margen de apreciación estatal en la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos en el orden interno, implica un

⁷³ Javier GONZÁLEZ VEGA, *Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual* en Revista Española de Derecho, Núm. LVI -1, Enero 2004, pág. 178.

adecuado equilibrio entre la soberanía estatal y el control jurisdiccional internacional. Sin embargo, una aplicación irrestricta del margen de apreciación, supondría que un mismo derecho humano no tenga la misma extensión en todos los Estados Partes, sino distintas modalidades, lo cual afectaría la universalidad de ese derecho y conllevaría interpretaciones desigualitarias del mismo. El margen de discrecionalidad no es idéntico en todos los casos. Es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien se encarga de modularlo tomando en cuenta varios factores.

En referencia al margen de apreciación respecto a la sentencia que se analiza hay que subrayar que la libertad de manifestar la religión podría restringirse por razones de orden público con el fin de preservar el principio de laicidad. El TEDH ha retenido que en Turquía, donde la mayoría de la población es de confesión musulmana, el hecho de presentar el uso del velo islámico como una obligación religiosa supondría una discriminación entre las practicantes, las creyentes no practicantes y las no creyentes en función de su manera de vestirse, y significaría indudablemente que las personas que no lo llevaran estarían en contra de la religión o no tendrían religión. Asimismo, los jueces han creído que los estudiantes deben poder trabajar y formarse juntos en un clima de serenidad, tolerancia y ayuda mutua, sin que el llevar signos de pertenencia de una religión se lo impida.

Si bien, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los cimientos de una sociedad democrática, al analizar si la injerencia en el derecho de la demandante está prevista por la Ley, si persigue un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática, el TEDH resolvió que la injerencia tenía una base legal en la legislación turca; siendo accesible y redactada con la precisión suficiente⁷⁴. Igualmente la injerencia cumple con un fin legítimo, que es la protección de los derechos y libertades ajenas en una sociedad democrática, en la que coexisten muchas religiones en el seno de una misma población. Por lo que es necesario, asociar la libertad de manifestar la religión con limitaciones capaces de conciliar los intereses de los diversos grupos y, garantizar el respeto de las convicciones a cada uno, es así que el Estado puede limitar el uso del velo islámico, si perjudica los derechos y libertades ajenas, así como el orden y la seguridad pública.

Para apreciar la «necesidad» de la injerencia, hay que situarse en su contexto jurídico y social y examinarla a la luz de las circunstancias del caso. Teniendo en cuenta los principios aplicables a este caso, la obligación del Tribunal se limita a determinar si los motivos sobre los que se basa esta injerencia eran pertinentes y suficientes y si las medidas tomadas a nivel nacional eran

⁷⁴ Párrafo 84 de la sentencia *Leyla Sahin contra Turquía* de 10 de noviembre de 2005.

proporcionadas a los fines perseguidos. Importa, en primer lugar, observar que la injerencia litigiosa estaba basada en dos principios: la laicidad y la igualdad, que se refuerzan y se complementan mutuamente. La protección de los «derechos y libertades ajenos» y el «mantenimiento del orden público» en un país en el que la mayoría de la población pertenece a la religión musulmana. Una limitación en la materia puede por lo tanto ser considerada como una «necesidad social imperiosa» para alcanzar estos dos fines legítimos, tanto más cuanto que, como indican los tribunales turcos este símbolo religioso ha adquirido en Turquía en el curso de los últimos años un aspecto político.

El Tribunal no pierde de vista que existen en Turquía movimientos políticos extremistas que se esfuerzan en imponer a toda la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de la sociedad basada en reglas religiosas. En tal contexto, en el que se enseñan y se aplican en la práctica los valores del pluralismo, del respeto de los derechos ajenos y, en particular, la igualdad de los hombres y las mujeres ante la Ley, se puede comprender que las autoridades competentes consideren contrario a estos valores aceptar el uso de distintivos religiosos, incluido, como en este caso, que las estudiantes de cubran la cabeza con un velo islámico en los locales universitarios. A fin de cuentas, como ya se ha subrayado está fuera de toda duda que el velo islámico estaba considerado incompatible con la Constitución por los tribunales turcos y que su uso estaba regulado dentro del recinto universitario desde hacía muchos años. Teniendo en cuenta todo lo que antecede y principalmente el margen de apreciación de que gozan los Estados contratantes, el Tribunal concluye que la reglamentación de la Universidad de Estambul que somete el uso del velo islámico a restricciones, y las medidas correspondientes a ellas, están justificadas en su principio y son proporcionadas a los fines perseguidos, y pueden por lo tanto ser consideradas «necesarias en una sociedad democrática». Esta resolución del Tribunal Europeo amplía el margen de apreciación del Estado de Turquía al restringir el derecho de libertad religiosa – previsto en el artículo 9 del Convenio Europeo - con el fin de salvaguardar el principio de laicidad que lo ha caracterizado. Sin embargo, en mi opinión, no se contraponen el estado laico con la libertad religiosa. Por el contrario, un estado laico es condición necesaria para respetar la libertad de religión, pues garantiza un ambiente de tolerancia a toda creencia religiosa, lo cual es congruente con el pluralismo y apertura que caracterizan a una sociedad democrática.

En esta sentencia, el TEDH ha modificado las herramientas a través de las cuales ha juzgado en precedencia la relación entre pluralismo religioso y papel del Estado, trasladando el enfoque del problema más sobre un plan político porque la cuestión de la ostentación de los símbolos religiosos en la resolución *Leyla Sahin contra Turquía* no ha sido analizada según la perspectiva dialéctica

entre el ejercicio de la libertad religiosa, aunque en su dimensión individual, contra pluralismo religioso. En esta sentencia el enfoque del problema ha sido trasladado sobre el plan de la relación que subsiste entre el fenómeno religioso y la naturaleza laica del Estado, creando una ulterior conexión lógica entre la noción de pluralismo religioso y principio de laicidad del Estado. Pero, en mi opinión, más que una conexión lógica se ha producido un salto argumentativo en el razonamiento seguido por los jueces del Tribunal de Estrasburgo porque la afirmación de la vigencia del principio del pluralismo religioso en un Estado democrático como garantía de la pacífica convivencia de diferentes convicciones religiosas no implica la laicidad del Estado, no hay identidad entre las dos circunstancias. Un Estado pluralista no debe ser necesariamente un Estado laico. Un ordenamiento democrático puede perfectamente garantizar el pluralismo religioso en adherencia al CEDH aunque en el mismo sea vigente una religión de Estado. Afirmar la laicidad del Estado como máxima garantía o expresión del pluralismo religioso significa, por el contrario, privar de sentido este principio y de hecho neutralizarlo rompiendo el equilibrio que el pluralismo confesional puede garantizar. Cuando se afirma la laicidad de un ordenamiento político se está afirmando el propio punto de vista del Estado que, por lo tanto, no se pone en una posición de neutralidad e imparcialidad, como podría aparecer, sino toma posición. Frente a la afirmación de la laicidad del Estado, la ostentación de símbolos religiosos como expresión del pluralismo confesional no puede que sucumbir. Por lo tanto, en mi opinión y diferentemente de lo que erróneamente se puede pensar, la laicidad no es sinónimo de pluralismo. Por el contrario, siguiendo el razonamiento nos ofrecido por el TEDH, se llega a una instrumentalización del principio del pluralismo religioso porque el mismo asume dos diferentes significados según la dimensión analizada: con respecto a la dimensión colectiva-institucional de la libertad religiosa, el pluralismo religioso es sinónimo de una multiplicidad de ideas y convicciones en un sistema social democrático; con respecto, por el contrario, a la dimensión individual de la libertad religiosa, el principio pluralista es funcional y subordinado al principio de laicidad del Estado. Según la argumentación del TEDH, es la laicidad la que defiende el pluralismo religioso y, por lo tanto, la ostentación de los símbolos religiosos, como el velo islámico, perjudica la laicidad del Estado, consiguientemente perjudicando el pluralismo religioso de un Estado democrático.

4.2 Protección de la identidad religiosa Vs. principio de laicidad del Estado. Lo que el Tribunal de Estrasburgo no ha tutelado.

La cuestión de la ostentación de símbolos religiosos representa la expresión máxima del difícil equilibrio entre la laicidad de un Estado democrático y la cultura de inclusión de las expresiones de la diversidad cultural y religiosa en ámbito público. El TEDH ha sido llamado varias veces a decidir sobre la relación entre laicidad estatal y manifestaciones de la identidad religiosa y ha adoptado diferentes gradaciones de este delgado equilibrio en un balance entre dimensión individual y pública y según el espacio público implicado, sea ello institución pública o otro tipo de lugar público. Los jueces de Estrasburgo han basado estas evaluaciones sobre dos principios: el principio del margen de apreciación y el de neutralidad del Estado.

Una fundamental sentencia que mide estas evaluaciones es el caso *Dalhab contra Suiza* de 15 de febrero de 2001. Se trataba de una enseñante que se había convertido a la religión islámica y que trabajaba en una escuela primaria pública suiza. A la enseñante había sido impuesta la prohibición de no llevar el velo durante las horas de enseñanza porque según una ley cantonal era necesario preservar el carácter laico de las escuelas públicas y el velo, constituyendo un “símbolo religioso fuerte” violaba esta ley. Los jueces han hecho aplicación del principio de laicidad o neutralidad del Estado que admite las restricciones para los funcionarios públicos a manifestar la propia identidad religiosa, sobre todo en el ámbito escolar, porque los estudiantes podrían dejarse influenciar. Aunque a la enseñante no se contestaban actos de proselitismo, ni los padres de los estudiantes se habían mostrado contrarios a esta práctica, el Tribunal concordaba con el Gobierno suizo sobre la necesidad de no llevar el velo islámico porque este acto, cumplido por una precisa convicción religiosa, se configuraba como difícilmente conciliable con el principio de neutralidad del Estado.

En este asunto no se ha tenido en cuenta que la elección de llevar el velo, aunque cumplida por una enseñante, es siempre una decisión de carácter personal y por sí mismo no es capaz de perjudicar la laicidad de la escuela pública y el deber de imparcialidad de los profesores. Ni tampoco puede representar una indebida injerencia en la libertad de conciencia de los estudiantes que se enfrentarían simplemente a un símbolo, expresión de la religión elegida por la enseñante, como manifestación del pluralismo religioso⁷⁵. El TEDH no ha tenido en cuenta el mensaje educativo transmitido por la enseñante suiza de fe islámica y ha entendido su comportamiento como “religiosamente orientado” simplemente porque llevaba el velo. Una consideración de este tipo es sin duda discriminatoria porque podría darse el caso, por ejemplo, de que un enseñante de una escuela pública, ateo, que por lo tanto no lleva ningún símbolo religioso visible, transmita a sus

⁷⁵ En un sentido más amplio, Óscar CELADOR ANGÓN, *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Dykinson, 2011, págs. 114 y ss.

estudiantes su no creencia e intente convencerlos de que ninguna religión es fiable, influenciando así las convicciones religiosas de los estudiantes. Siguiendo el razonamiento que el Tribunal ha hecho en el asunto *Dalhab contra Suiza*, este enseñante ateo no sería juzgable y no subiría ninguna limitación de su libertad de pensamiento, simplemente por el hecho de que exteriormente se ve claramente que no mina el principio de laicidad del Estado.

Este ejemplo, en alguna medida extremo, señala el paradójico razonamiento seguido por los jueces de lo cual se puede derivar que la libertad religiosa de un enseñante puede ser limitada sólo si ejercida de una manera que resulta lesiva de los derechos de los demás o con carácter de proselitismo y por lo tanto debería configurarse como *extrema ratio* después de haber atentamente evaluado los datos concretos y no adoptando la “presunción de lesividad” como criterio de juicio. Una vez más el margen de apreciación de una legislación nacional ha sido muy amplio, así como ya hemos visto en el asunto *Leyla Sahin contra Turquía*, permitiendo que el mayor grado de tolerancia se pueda alcanzar a través de la intolerancia de las manifestaciones de la propia identidad religiosa y sobre todo sin verificar la aplicación del margen de apreciación por parte del Estado que beneficie de él. El TEDH en estas pronuncias excluye o, mejor dicho, no toma en consideración la posibilidad de adoptar criterios diferentes de aquél del margen de apreciación como, por ejemplo, el principio de la medida menos restrictiva o el principio del menor perjuicio que son criterios diferentes y que permiten, en la hipótesis de una restricción necesaria de la libertad religiosa, de buscar la medida que se presenta como menos invasiva.

Sin considerar, además, la noción vacía adoptada por el Tribunal de “símbolo o signo exterior fuerte”. ¿De qué se trata exactamente? El TEDH utiliza esta noción en el asunto *Dahlhab contra Suiza* para justificar la necesidad de la restricción de la libertad religiosa, pero no indica cuáles son los criterios a través de los cuales es posible identificar un signo exterior fuerte. Por lo tanto, se podría pensar que el mismo coincide con el símbolo religioso ampliamente reconocible por los individuos que no profesan la religión que el signo representa. Sobre la base de esta noción vacía, el Tribunal ha afirmado que el velo islámico es un símbolo religioso fuerte que presenta un carácter ampliamente reconocible por los demás. Y, por lo tanto, merece una restricción porque mina la laicidad del Estado. Se trata de una ecuación carente de fundamento. Pongo un ejemplo para demostrar que se trata de un razonamiento que conlleva consecuencias discriminatorias. Yo llevo un brazalete con un pendiente que representa el símbolo religioso, no muy conocido, que pertenece a un grupo religioso de fe católica. La mayoría de la gente que conozco no sabe reconocer el símbolo que, por tanto, pasa desapercibido y quién se da cuenta de ello lo considera un complemento de mi

vestuario. Este símbolo poco conocido me garantiza la tolerancia de los demás porque no es tan notorio y las personas que encuentro no lo reconducen a ninguna específica religión. Esto me permite de manifestar libremente mi identidad religiosa sin que nadie pueda expulsarme de la universidad pública donde estudio. Por lo contrario, si este símbolo fuera la “fuerte expresión” de mi fe, pagaría el precio de esta notoriedad que no permite a la expresión de mi identidad religiosa de pasar desapercibida, con la consiguiente limitación de mi derecho de libertad religiosa.

Las paradójicas consecuencias de esta interpretación seguida por los jueces del Tribunal de Estrasburgo me parecen de toda evidencia. Se crearían tratamientos diferentes entre símbolos religiosos notorios, que pueden subir restricciones, y signos no conocidos, que no sufrirían una limitación en sus exposiciones, con el consiguiente tratamiento diferenciado entre confesiones religiosas, que es todo lo contrario de lo que establece el CEDH en materia de no discriminación.

El margen de apreciación es el principio cardinal de las decisiones de los jueces del TEDH también en el asunto *Lautsi contra Italia*, en la decisión de la Gran Sala de 18 de marzo de 2011. El origen del asunto se encuentra una demanda dirigida contra la República italiana por la Sra. Lautsi, la demandante, de origen finlandés, ciudadana italiana por matrimonio, miembro de la “*Unione degli atei e degli agnostici razionalisti*”, y madre de dos hijos alumnos de un Colegio público. La demandante solicitó en una reunión escolar que se retirasen los crucifijos de las aulas, en nombre de la laicidad del Estado italiano. El Consejo escolar decidió mantener los crucifijos en las aulas, porque los retenía amparados en la normativa reglamentaria vigente. Los Tribunales locales concluyeron que la presencia del símbolo de la cruz no se ponía en contradicción con el derecho de la libertad de pensamiento y de conciencia de los hijos de la demandante y además que era totalmente compatible con los valores civiles que se encuentran en la Constitución italiana. Por tal motivo, la Sra. Lautsi acudió al TEDH estimando que sus hijos, expuestos a los crucifijos que se encontraban en las aulas de la escuela pública en la que estaban escolarizados, habían sufrido, al no ser católicos, una diferencia de trato discriminatorio en relación a los padres católicos y sus hijos. La demanda fue declarada admisible y los jueces de la segunda sección declararon que se había producido una violación del artículo 2 del Protocolo n. 1 examinado junto al artículo 9 del Convenio, condenando al Estado italiano a la indemnización de 5 mil euros en concepto de daño moral. El Gobierno italiano solicitó el reenvío del asunto ante la Gran Sala que llega a conclusiones diametralmente opuestas a las que habían llegado los jueces de la segunda sección del TEDH declarando que la exposición del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas italianas no viola los derechos amparados por el CEDH.

Esta pronuncia fue el resultado de la renovada centralidad que tuvo el principio del margen de apreciación en las evaluaciones del Tribunal. Los jueces se fijaron en la segunda parte del artículo 2 del Protocolo n. 1 donde se establece que “(...) 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” y por lo tanto creen que “la palabra « respetar », a la que reenvía el artículo 2 del protocolo nº 1, significa más que reconocer o tener en cuenta; en lugar de un compromiso más bien negativo, este verbo implica una obligación positiva a cargo del Estado”⁷⁶.

El TEDH decide de acordar un amplio margen de apreciación al Estado italiano como se puede leer en los apartados 69 y 70 de la sentencia de la Gran Sala de 18 de marzo de 2011: “Además los Estados contratantes gozan de un margen de apreciación cuando se trata de conciliar el ejercicio de las funciones que asumen en materia de educación y enseñanza y el derecho de los padres de garantizar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Esto incluye tanto el acondicionamiento del entorno escolar como la definición y elaboración de los programas. El Tribunal debe en principio respetar la elección del Estado contratante en esta materia, incluso respecto al lugar que otorga a la religión, en la medida en que dicha elección no conduzca a una forma de adoctrinamiento. El Tribunal deduce que la elección de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas forma parte del margen de apreciación del Estado demandado. El hecho de que no haya un consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas refuerza este enfoque”. Se fija el reconocimiento de una obligación positiva a cargo del Estado italiano que en teoría habría debido conllevar un menor margen de apreciación para el Estado.

El TEDH reconoce el significado simbólico del crucifijo, subrayando que “el crucifijo es ante todo un símbolo religioso”, pero, a pesar de eso, “el Tribunal no cuenta con ningún elemento que atestigüe la eventual influencia que la exposición en las paredes de las aulas de un símbolo religioso pudiera tener sobre los alumnos; por lo tanto no se puede afirmar razonablemente sí tiene un efecto sobre los jóvenes, cuyas convicciones todavía están por formarse. Se puede comprender de todos modos que la demandante pudiera ver en la exposición de un crucifijo en las aulas de la escuela pública en la que sus hijos estaban escolarizados una falta de respeto, por parte del Estado, a su

⁷⁶ Así se puede leer en el apartado 61 de la sentencia de la Gran Sala sobre el asunto *Lautsi contra Italia* de 18 de marzo de 2011.

derecho a garantizar su educación y enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas. Sin embargo, la percepción subjetiva de la demandante no podría por si sola ser suficiente como para caracterizar una violación del artículo 2 del Protocolo nº 1⁷⁷. Por lo tanto, el deber de neutralidad que los Estados contratantes deben respetar no resulta comprometido por la exposición del crucifijo en las aulas escolares porque “según las indicaciones del Gobierno, Italia abre paralelamente el espacio escolar a otras religiones”⁷⁸. Se neutraliza el símbolo religioso italiano porque se lo califica de “símbolo pasivo” porque su presencia no se asocia a la enseñanza obligatoria del cristianísimo.

Las contradicciones en la argumentación del TEDH en las sentencias *Dalhab contra Suiza* y *Lautsi contra Italia* parecen evidentes, a pesar del mismo asunto tratado, la relación entre la manifestación de la libertad religiosa a través de los símbolos religiosos y el principio de neutralidad del Estado. ¿Por qué el velo islámico se considera un signo exterior fuerte y el crucifijo no? ¿Qué diferencia pasa entre ellos? Me parece que son ambos signos exteriores a través de los cuales se expresa la propia pertenencia a una fe o a otra y además, a querer adherir a la interpretación que los jueces siguen en la sentencia *Dalhab contra Suiza*, no creo que el crucifijo sea un símbolo exterior menos fuerte del velo islámico.

Otra pregunta que surge leyendo el razonamiento del TEDH en la sentencia *Lautsi contra Italia* es aquella relativa al significado del símbolo pasivo que conduce a declarar la no violación del Convenio porque la cruz de la fe católica en las aulas de las escuelas públicas no se asocia a la enseñanza obligatoria del cristianísimo. ¿Quizás la enseñante de fe musulmana en la escuela pública suiza llevando el velo quería imponer la enseñanza obligatoria del Islam? No me parece y son los jueces mismos que señalan como en el asunto en cuestión había sido demostrado que la enseñante suiza no había realizado ningún acto reconducible a la conducta de proselitismo. Estas diferencias de argumentación no encuentran, en mi opinión, una válida justificación y crean simplemente una discriminación entre las diferentes creencias religiosas contribuyendo a alejarse del objetivo de alcanzar un efectivo pluralismo religioso.

En las sentencias precedentes a la del caso italiano, los jueces del TEDH habían afirmado la necesidad de la plena afirmación del principio de neutralidad del Estado sobre todo en los lugares públicos que representan centros de formación para los individuos como las escuelas y las universidades, así ha sido en los asuntos *Leyla Sahin contra Turquía* y *Dalhab contra Suiza*, hasta

⁷⁷ Así en el apartado 66 de la sentencia de la Gran Sala sobre el asunto *Lautsi contra Italia* de 18 de marzo de 2011.

⁷⁸ Así se puede leer en el apartado 74 de la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Lautsi contra Italia* de 18 de marzo de 2011.

llegar a la sentencia de la Sra. Lautsi donde la ecuación enseñanza pública – laicidad/neutralidad – ausencia de símbolos religiosos ya no vale. Lo único que aparece claro, haciendo una valoración general de las sentencias del Tribunal, es su dificultad en la gestión de la dimensión religiosa en las manifestaciones de su identidad con la consiguiente falta de tutela de los artículos que el Convenio y sus Protocolos amparan y lesión del derecho de libertad religiosa. Además de una falta de tutela, se produce también una no verdadera aplicación del principio de laicidad o de neutralidad del Estado democrático a tutela del pluralismo religioso porque me parece evidente que en el nombre de este principio no se pueden producir ni violaciones del derecho de libertad religiosa ni tratamientos discriminatorios entre diferentes convicciones religiosas. La laicidad o neutralidad de las instituciones democráticas debería ser al servicio de la libertad de conciencia y del pluralismo.

En nombre del mismo principio de neutralidad no se permite a una chica de llevar el velo en un lugar público pero en el mismo tipo de lugar público se expone un chico ateo a la visión de un símbolo que representa la expresión máxima de la religión católica. Quizás no queda claro que la libertad de identidad religiosa abarca tanto las expresiones positivas, exponer los símbolos religiosos sobre el propio cuerpo, como las negativas, no querer ver ningún signo religioso en un lugar que debe garantizar mi integridad psíquica. Lo que no parece estar claro en estas sentencias del TEDH es que un País que tiene una religión de Estado no puede pretender que todos sus ciudadanos viven conformemente a dicha confesión. El carácter confesional no puede de ninguna manera justificar las lesiones de la libertad religiosa de los individuos que profesan otra creencia religiosa, aunque minoritaria, de los ateos o de los no creyentes, ni tampoco algún tipo de discriminación. De la misma manera, un Estado puede declararse laico sin que esto conlleve la imposición para sus ciudadanos de ser neutrales e imparciales en materia de religión, porque hacer parte de una sociedad laica no significa renunciar a manifestar con símbolos exteriores la propia creencia religiosa. Lo que, por el contrario, me parece claro es la necesidad de establecer límites restrictivos al principio del margen de apreciación que ha sufrido de un aplicación demasiado amplia e incondicional⁷⁹.

⁷⁹ Una sentencia que desde este punto de vista se pone en contra tendencia es la que el TEDH pronuncia sobre el asunto *Ahmet Arslan contra Turquía* de 23 de febrero de 2010 en la que se afirma que prohibir de llevar un vestuario religiosamente caracterizado en un lugar público representa una limitación indebida del derecho de libertad religiosa tutelado por el artículo 9 del CEDH. En esta resolución el Tribunal adopta una aplicación más razonable del margen de apreciación de los que gozan los Estados contratantes. Este margen debe ser contra equilibrado por el criterio de la proporcionalidad que debe encontrar la justa medida entre libertad individual y intereses públicos; por lo tanto, la primera puede ser limitado solamente cuando se manifiesta como peligrosa y inaceptable para la tutela de los segundos. Este *revirement* en orden al margen de apreciación conlleva otra consecuencia: las reivindicaciones de las diferentes identidades nacionales se enfrentan a un proceso de reducción porque no pueden prevalecer de ninguna manera sobre los derechos fundamentales del individuo.

Porque lo que parece resultar de este análisis es que se trata más que de un margen de apreciación, de una cláusula de salvaguardia que ha sido utilizada por los jueces del TEDH para evitar un análisis detallado de los casos más problemáticos. El riesgo que conlleva seguir por esta vía trazada por el TEDH es la violación del artículo 18 del Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos de 1966. A tal propósito, hace falta subrayar la importancia de la Observación General n. 22 del Comité de los derechos del hombre sobre el artículo en cuestión. En este documento se afirma claramente que el cumplimiento de rituales y prácticas de la religión o del credo pueden comprender no solamente los actos ceremoniales, sino también costumbres como la observancia de prescripciones alimentarias, el uso de vestuario o cubrecabeza diferentes. Los jueces de Estrasburgo parecen haber olvidado este documento.

5. EL DERECHO ECLESIAÍSTICO INTERNACIONAL PÚBLICO EUROPEO

Cuando se habla de Derecho Eclesiástico Internacional se suele hacer referencia al Derecho que regula las relaciones de los sujetos que forman la comunidad internacional en materia religiosa: los Estados y las comunidades internacionales en las dimensiones universal o regional, por un lado, y, por el otro, las comunidades religiosas dotadas de personalidad jurídica internacional⁸⁰. Teniendo presente la división del Derecho Internacional en público y privado, se distingue entre Derecho Eclesiástico Internacional Público y Derecho Eclesiástico Internacional Privado. Con la primera expresión se entiende el Derecho eclesiástico internacional que es constituido por las normas y las obligaciones que los Estados se comprometen a adoptar y cumplir para respetar la legislación internacional en materia religiosa y de la cual deriva la obligación de formular en el foro interno de cada Estado una legislación nacional que sea en línea con los principios expresados en el ámbito supranacional. Con la segunda expresión, en contrario, no se hace referencia a las normas internacionales, sino a las nacionales a través de las cuales los Estados fijan la eficacia jurídica de las mismas y de ellas respecto a las extranjeras por todo lo que concierne el derecho eclesiástico.

Considerando el asunto tratado en este trabajo, la primera expresión representa el marco de este capítulo por lo que atañe a su dimensión regional, es decir la dimensión europea.

⁸⁰ Sobre este asunto, en sentido más amplio, Carlos CORRAL SALVADOR, *Derecho Eclesiástico Internacional*, Editorial Comares, 2012, págs. 1 y s.

El Derecho Eclesiástico Internacional recibe su calificación en la dimensión europea a través de tres organizaciones regionales: la Organización para la Seguridad y Cooperación Europea (OSCE), el Consejo de Europa y la Unión Europea, y a través de los diferentes sistemas constitucionales vigentes en los Estados miembros de la Unión Europea. Ya se ha analizado el Consejo de Europa en el capítulo antecedente. Por lo tanto hace falta analizar el papel de la OSCE y, sobre todo, aquél de la Unión Europea que en las últimas décadas está destacando su función en materia de derechos fundamentales y de libertad religiosa.

Con respecto a la OSCE, se trata de una organización que tiene un papel de releve en materia de libertad religiosa sobre todo en consideración de su influencia en la Europa Oriental. En el Principio VII⁸¹ de la Primera Conferencia de la OSCE celebrada en Helsinki el 1 de agosto de 1975 se afirma que: “Los Estados participantes respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, incluyendo la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia sin discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Promoverán y fomentarán: el ejercicio efectivo de los derechos y libertades civiles, políticas, económicas, sociales, culturales y otros derechos y libertades, todos los cuales derivan de la dignidad inherente a la persona humana y son esenciales para su libre y pleno desarrollo. En este contexto, los Estados participantes reconocerán y respetarán la libertad de la persona de profesar y participar, individualmente o en comunidad con otros, su religión o creencia, actuando de acuerdo con los dictados de su propia conciencia. Los Estados participantes en cuyo territorio existan minorías nacionales respetarán el derecho de los individuos pertenecientes a tales minorías a la igualdad ante la ley, les proporcionarán la plena oportunidad para el goce real de los derechos humanos y las libertades fundamentales y, de esta manera, protegerán los legítimos intereses de aquéllos en esta esfera. En el campo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, actuarán de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Cumplirán también sus obligaciones tal como han sido definidas en los pertinentes acuerdos y declaraciones internacionales en este terreno, incluyendo entre otros los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, por los que quedan obligados”.

El reconocimiento del valor universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales es un factor relevante para el mantenimiento de relaciones de cooperación entre los Estados participantes a la Organización para la Seguridad y Cooperación Europea. Otro paso en adelante se registró en la reunión de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa

⁸¹ El Principio VII es aquel que enuncia el *Respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluida la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia.*

que se celebró en Madrid el 6 de septiembre de 1983 en la que se reconoció el nivel institucional estatutario de la religión, afirmándose que: “Los Estados participantes reafirman que reconocerán y respetarán la libertad del individuo para profesar y practicar, individualmente o en comunidad con otros, su religión o creencia actuando de acuerdo con los dictados de su propia conciencia, e incluso convienen en tomar las medidas necesarias para garantizarla. En este contexto, consultarán, siempre que sea necesario, a las confesiones, instituciones y organizaciones religiosas, que actúan dentro del marco constitucional de sus respectivos países. Examinarán con ánimo favorable las solicitudes de las comunidades religiosas de creyentes que practican o desean practicar su culto en el marco constitucional de sus Estados para que se les conceda el estatuto previsto en sus respectivos países para confesiones, instituciones y organizaciones religiosas”.

Además, en un Documento de la OSCE de 19 de enero de 1989 se hace mención de la necesidad de adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar todo tipo de discriminación contra individuos o comunidades, por motivo de religión o creencia y para promover un clima de tolerancia y respeto mutuo entre creyentes de diferentes comunidades religiosas así como entre creyentes y no creyentes⁸².

Pero ya hemos visto como el papel más relevante en la tutela de los derechos fundamentales y, con ellos, del derecho a la libertad religiosa, lo marca el Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, aunque con los límites de eficacia jurídica y de efectividad de la tutela de sus principios que hemos subrayado.

En el ámbito de las relaciones entre la Unión Europea y las religiones y las diversas comunidades religiosas, hay que empezar el análisis subrayando como los tratados fundativos de las Instituciones europeas no incluyeron ninguna mención a las Iglesias y a las comunidades religiosas. Con el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 2007 se aprobó la Declaración sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales, que en su artículo 11 establece que: “La Unión Europea respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho Internacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros. La Unión Europea respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales”.

En el artículo F del Tratado de la Unión Europea se disponía que: “La Unión Europea reconoce el lugar específico de las Iglesias y de las otras comunidades religiosas en los Estados miembros así como en el patrimonio cultural común de los pueblos europeos”.

⁸² Véase el apartado 16.1 del Documento de clausura de la Conferencia de la OSCE de 19 de enero de 1989.

En el artículo 236 del Tratado que instituye las Comunidades Europeas se establecía que: “La Comunidad Europea respeta el régimen jurídico propio de las iglesias y de las otras comunidades religiosas en los Estados miembros y la especificidad de sus estructuras internas”.

Con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de la Unión Europea, se llega al mismo reconocimiento. El artículo 10, relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en su apartado 1, establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al que se llega con las modificaciones aprobadas el 13 de diciembre de 2007 con el Tratado de Lisboa, no se produce un claro reconocimiento de las “raíces cristianas” de Europa. Este reconocimiento era propugnado por una fuerte corriente ya en el Tratado constitucional de la Unión Europea, que fracasó por los referéndums francés y holandés que no permitieron su ratificación, pero al final en el Preámbulo del Tratado se hizo simplemente mención a “la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa”.

En el artículo 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸³ se dispone que: “1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido de los estados miembros, en virtud del derecho interno, a las iglesias y a las asociaciones o comunidades religiosas. 2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. 3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”.

Este es el cuadro normativo en el cual se ha articulado el debate en Europa sobre el derecho de libertad religiosa. La relación entre confesiones religiosas y Europa se ha caracterizado por la afirmación de los principios que deben aguantar esta relación. El diálogo entre estas dos partes ha llevado a cabo la fijación de unos principios preliminares que se ponen como presupuestos del mismo y que persiguen el objetivo de alcanzar el bien común a nivel europeo. Desde la Documentación oficial de la Asamblea Ecueménica Europea, celebrada en Basilea en los días 15-21 de mayo de 1989, se reivindica el papel de las organizaciones religiosas en la construcción de la Europa unida⁸⁴. Exigencia que ya se había planteado un año antes frente al Parlamento Europeo⁸⁵.

⁸³ Este artículo recoge a la letra el artículo I - 52 del Tratado constitucional.

⁸⁴ El documento se puede encontrar en la revista *Paz con Justicia*, 1989, págs. 115-130.

Lo que además resultó aclarado en este contexto fue que este proceso de “co-construcción” se podía realizar solamente teniendo en cuenta la existencia del pluralismo religioso y su presencia en todos los campos. Esta toma de conciencia de un pluralismo confesional puede entenderse como otro principio preliminar, presupuesto de la relación entre mundo religioso y Europa. Además de los principios preliminares, esta relación se caracteriza por algunos principios generales, entre ellos, por ejemplo, el de “mutua independencia y autonomía” entre la comunidad religiosa y la política que se afirmó en el Concilio Vaticano II⁸⁵. En virtud de este principio, el individuo tiene derecho a pertenecer a la comunidad política, en la que puede organizar su vida, y el derecho a adherirse libremente a la comunidad religiosa en calidad de creyente para el desarrollo de su espiritualidad. Pero, siendo las dos comunidades, independientes y autónomas, al servicio del individuo, como ciudadano y creyente al mismo tiempo, estas deben cooperar mutuamente para que pueda garantizarse una relación pacífica y armoniosa. Eso es otro principio general. Hay también principios supremos, es decir, principios generales específicos, que conciernen esta relación. Son principios universales que afectan respectivamente a la comunidad religiosa y a Europa. Se trata del principio de la primacía del ser humano, en una visión universal que prescindiera de cualquier creencia religiosa, y el principio de la primacía de un Ser Superior, en una concepción teísta. El primero se expresa en el conjunto de garantías para la tutela de los derechos fundamentales que va más allá de las distintas jurisdicciones nacionales y de sus medidas de protección. El segundo se expresa en la afirmación de la soberanía de un Dios sobre la vida del ser humano, que representa el punto central de las creencias religiosas. El punto de conjunción de esta relación entre comunidades religiosas y Europa es representado por el instrumento del diálogo que se expresa a través de textos normativos: tratados, convenios y acuerdos. Este diálogo persigue una finalidad, reconocida por ambas partes, que consiste en procurar garantías a los individuos en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

Aunque la protección de los derechos fundamentales se ponía como una exigencia, en los tratados constitutivos de la Comunitàes Europeas no existía un catálogo de derechos fundamentales como los que contenían las constituciones de los Estados miembros. Los tratados que instituyeron las Comunitàes Europeas no contenían normas para la protección de los derechos fundamentales. El primer tratado que las tomó en cuenta fue el de Maastricht en 1992. Pero no se trataba de una clara referencia a la necesidad de tutela jurídica de los mismos, sino de la intención

⁸⁵ Véase en este sentido el discurso de JUAN PABLO II, *Discurso al Parlamento Europeo* de 11 de octubre de 1988, n. 10.

⁸⁶ En el ámbito del Sínodo Europeo de 1991, *Declaración final*, IV, 11.

de respetarlos⁸⁷. Sin embargo, a lo largo de estos años el papel principal en la óptica de protección judicial de estos derechos en ámbito europeo lo ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de los principios de derecho expresados con fuerza en sus sentencias. La jurisprudencia del Tribunal representa una piedra miliar en este ámbito y una manera eficaz para llenar un vacío en los tratados que tenían un enfoque casi exclusivamente económico.

Los derechos fundamentales, en un primer momento, fueron dejados al margen de la producción legislativa comunitaria porque se creía que no existía conexión entre la actividad de la Unión y las cuestiones que afectaban a los derechos fundamentales. Los Estados miembros se dieron cuenta del error de esta perspectiva cuando entró en vigor el Tratado de la Unión Europea (TUE). La interferencia entre el ámbito de cooperación policial y judicial en materia penal y los derechos fundamentales apareció indudable.

Subrayado el problema que ponían los tratados, es necesario tratar lo que pasó cuando las primeras controversias entre las distintas autoridades encargadas de la protección de los derechos fundamentales se sometieron a la atención del Tribunal de Justicia. Los particulares empezaron a reivindicar ante los tribunales nacionales de cada Estado miembro la nulidad de determinados actos comunitarios que según ellos se ponían en contra de los derechos fundamentales protegidos por las Constituciones nacionales⁸⁸. Los tribunales nacionales se declararon competentes para juzgar sobre este asunto: verificar si los actos comunitarios violaban o no los derechos fundamentales amparados por las distintas Constituciones nacionales. Frente a este escenario el peligro era evidente: la aplicación uniforme del Derecho comunitario estaba a riesgo y con ella también la primacía del derecho europeo sobre el derecho nacional.

Para poner freno a esta situación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas empezó un “diálogo” con las instituciones judiciales nacionales, principalmente con los Tribunales Constitucionales nacionales, para intentar establecer un equilibrio de poderes y competencias en este relevante asunto, sobre todo con aquellos Estados miembros que más que otros llamaban la atención del Tribunal de Justicia por sus sentencias “pannacionalistas”.

El primer intento de diálogo fue con el Tribunal Constitucional italiano que, en 1973 con la llamada sentencia *Frontini*, se pronunció sobre los límites constitucionales al proceso de integración

⁸⁷ Artículo F, apartado 2, del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

⁸⁸ Así ocurrió en el asunto 1/58, *Friedrich Stork & Cie v. Haute Autorité de la CECA*, sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de febrero de 1959.

de los Estados miembros en las Comunidades europeas. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, las instituciones comunitarias a través de sus actos no podían violar los principios fundamentales de un ordenamiento constitucional y con eso los derechos fundamentales reconocidos a los particulares. Esto era un límite que el ordenamiento comunitario no podía sobrepasar⁸⁹. Esta jurisprudencia fue reafirmada con la misma fuerza en el 1984 con la sentencia *Granital*⁹⁰ y en 1989 en el asunto *Frad*⁹¹. El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, no era menos que el italiano. Con la sentencia *Solange I*⁹² en 1974 se ponía en evidencia que el Derecho comunitario no tenía un catálogo formulado de derechos fundamentales conforme a aquél contenido en la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros y por lo tanto era admisible que un Tribunal Constitucional nacional cuestionaba la compatibilidad de un acto comunitario con los derechos fundamentales reconocidos por un ordenamiento nacional.

Frente a esta jurisprudencia nacional afirmada tan rotundamente, el Tribunal de Justicia empezó a buscar una medida de equilibrio. En la sentencia *Stauder*⁹³ afirmó que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario. Un año después⁹⁴ afirmó que el respeto de estos derechos era garantizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas. Sólo en 1989, con la sentencia *Wachauf*⁹⁵, se llega a un primer punto firme, afirmando que: “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el Tribunal de Justicia **está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros**, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”.

Esta política del Tribunal de Justicia conduce a los Tribunales Constitucionales nacionales a admitir una equivalencia entre la tutela de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario y aquella garantizada por los ordenamientos nacionales. En los Estados miembros nace una nueva doctrina, la de la “protección equivalente”. La consecuencia más importante que este

⁸⁹ Sentencia Tribunal Constitucional italiano n. 183/1973, de 18 de diciembre.

⁹⁰ Sentencia Tribunal Constitucional italiano n. 170/1984, de 5 de junio.

⁹¹ Sentencia Tribunal Constitucional italiano n. 232/1989, de 13 de abril.

⁹² Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán de 20 de mayo de 1974.

⁹³ Asunto 29/69 *Stauder vs. Stadt Ulm* de 12 de noviembre de 1969.

⁹⁴ Con la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* n. 11 de 1970.

⁹⁵ Asunto 5/88 *Hubert Wachauf vs. Bundesamt* de 13 de julio de 1989.

nuevo escenario conlleva es el reconocimiento, por parte de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, del control judicial del Tribunal de Justicia en materia de violación de los derechos fundamentales por los actos comunitarios. Esta nueva doctrina de la “protección equivalente” es aceptada también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH). En la famosa sentencia *Bosphorus* de 2005, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconociendo la aplicabilidad directa del Derecho comunitario, admitió la posibilidad que se produzcan vulneraciones a los derechos fundamentales por parte de las Instituciones comunitarias. Frente a este hecho, puesto que el Derecho comunitario goza de una presunción de conformidad con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, será posible superar esta presunción y probar la vulneración de los derechos fundamentales amparados por el Convenio Europeo que representa la garantía constitucional de orden público europeo en el ámbito de los derechos fundamentales de los individuos.

Cuando el Tribunal de Justicia tiene que evaluar si un acto comunitario vulnera los derechos fundamentales lo hace tomando en cuenta el Derecho comunitario como punto de partida y no las Constituciones nacionales de cada Estado miembro y esto es posible en virtud del reconocimiento de la doctrina de la “protección equivalente”. Solamente cuando falta una norma comunitaria de referencia, esta evaluación emplea los principios generales de derecho contenidos en los textos constitucionales nacionales. Puesto por consolidado este reconocimiento, hace falta entender cuáles son las técnicas de elaboración que emplea el Tribunal de Justicia para fijar los principios generales del Derecho. La mejor metodología parece la que utiliza el Derecho comparado: a través de la comparación de los distintos principios generales del Derecho reconocidos en los diferentes ordenamientos jurídicos. Esta técnica garantizaría también un amplio consenso que facilitaría el respeto de estos principios por parte de los Estados miembros⁹⁶. El Tribunal de Justicia, en la sentencia *Handelsgesellschaft*⁹⁷ afirmaba, también para buscar el consenso de los ordenamientos nacionales, que esta técnica se inspiraba a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

⁹⁶ Esta técnica era reconocida también por Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, B.O.E. - Universidad Carlos III de Madrid, pág. 551, que en el 1997 afirmaba que: “Se trata de un esquema que se puede utilizar para el estudio comparado de las Constituciones y para extraer los elementos comunes que se pueden encontrar en ellas. En ningún caso, puede el patrimonio constitucional europeo limitarse a ese nivel de comparación y los elementos comunes deben servir para el gran esfuerzo ético, político y jurídico de construir una parte dogmática (principios, valores y derechos fundamentales) de una futura Constitución europea”.

⁹⁷ Asunto 11/70.

Esta labor del Tribunal de Justicia ha implicado también el derecho fundamental de libertad religiosa sobre el cual los jueces de Luxemburgo se han pronunciado sobre todo en las últimas décadas. Los ámbitos analizados son diferentes, pero lo que hace falta subrayar es la técnica utilizada. El Tribunal ha reconocido la importancia del factor religioso y la necesidad de su tutela en el ámbito del ordenamiento comunitario, pero, al mismo tiempo, ha manifestado algunas dificultades en el examen de las problemáticas planteadas, por eso muchos asuntos se acabaron con el reconocimiento de la importancia del elemento religioso que la controversia planteaba pero también con una resolución de incompetencia, *rationae materiae*, por parte del Tribunal y con la devolución de la cuestión de naturaleza confesional a las evaluaciones de los Estados miembros. Otro tipo de respuesta de los jueces comunitarios fue afirmar la existencia en el asunto analizado del perfil religioso pero operando una “neutralización” del mismo y con un análisis del asunto en una clave meramente económica. Así ocurrió con la sentencia *Van Duyn* de 4 de diciembre de 1974 con la cual el Tribunal censuró un acto de las autoridades británicas con el que las mismas habían negado el acceso en el país de una ciudadana holandesa en calidad de responsable organizativa de *Scientology*. El Tribunal juzgó el asunto basándose sobre el principio comunitario de la libertad de circulación de las personas en el territorio comunitario, pero la cuestión relativa a la limitación del derecho de libertad religiosa por razones de orden público no fue tomada en consideración. El mismo problema se planteó con la sentencia *Steymann* de 5 de octubre de 1988 en la cual el Tribunal afirmó de manera rotunda que, teniendo en cuenta los objetivos que persigue la Comunidad europea, la participación de un ciudadano a una comunidad fundada sobre una confesión religiosa o sobre otro tipo de confesión espiritual o filosófica no es un asunto de competencia del derecho comunitario, a menos que esta participación pueda considerarse como actividad económica según lo que establece el artículo 2 del Tratado. En el caso en cuestión al Sr. Steymann había sido negado el permiso de residencia por motivos religiosos, en cuanto perteneciente al movimiento religioso *Bhagwan*, afirmándose la legitimidad de limitar su derecho de libertad religiosa por razones de orden público, pero el Tribunal, otra vez más, no toma en consideración el aspecto religioso y trata del asunto solamente desde la perspectiva de la limitación de la libertad de circulación de las personas en el territorio comunitario. Este *modus operandi* del Tribunal de Luxemburgo lo explican los mismos jueces en otra sentencia. En el asunto *Society for protection of Unborn Children contra Grogan*, de 14 de octubre de 1991, se afirma que cuando el Tribunal está llamado a resolver un conflicto entre una libertad de matriz comunitaria y un valor constitucional nacional, el mismo puede juzgar solamente de la cuestión comunitaria. El elemento religioso en las evaluaciones del Tribunal de Justicia tiene un valor marginal: a veces es considerado como elemento que caracteriza el asunto en cuestión y por lo tanto los jueces

comunitarios se declaran incompetentes, otras veces, reviste una importancia secundaria porque el asunto tratado no se califica en un sentido religioso y, por lo tanto, queda subordinado a otro asunto, de competencia comunitaria.

Desde este pequeño examen, la actitud del Tribunal de Justicia parece clara: siendo la Comunidad europea un organismo de carácter económico, no puede juzgar de asuntos religiosos. De hecho, resultaba muy difícil oponerse a esta afirmación porque en los tratados institutivos de la Comunidad europea no se encontraban los términos religión o comunidades religiosas y, evidentemente, el reconocimiento por parte de los jueces comunitarios del respeto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros no era suficiente para tratar del asunto religioso.

Frente a este complejo y frágil escenario, las Instituciones comunitarias, titulares del poder legislativo en ámbito europeo, se sintieron en deber de hacer avances en este asunto⁹⁸. Así que en 1986 con el Acta Única Europea los Estados miembros se dieron cuenta que había alcanzado el momento de reconocer de manera clara el papel de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros⁹⁹. La segunda etapa de este proceso pasó por el Tratado de la Unión Europea de 1992 que declaró que el respeto de los derechos fundamentales representa un principio general del Derecho comunitario¹⁰⁰. El mismo concepto es subrayado en la disposición relativa a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior en la que se establece el respeto del Convenio Europeo¹⁰¹. Todavía faltaba la afirmación clara de una competencia comunitaria en materia de derechos fundamentales.

Sin embargo, cuando los Estados miembros se enfrentaron para la negociación del Tratado de Ámsterdam en 1997, había algo de nuevo: el Tribunal de Justicia había pronunciado un dictamen muy relevante sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el que establecía que: “En el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio

⁹⁸ En este sentido se puede leer la Declaración Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales, de 5 de abril de 1977, Diario oficial C 103, 27 de abril de 1977, p.1.

⁹⁹ Párrafo tercero del Preámbulo del Acta Única Europea, Diario Oficial L 169, 29 de junio de 1987.

¹⁰⁰ Artículo F.2 del Tratado de Maastricht: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

¹⁰¹ Artículo K.2 del Tratado de Maastricht: “Las cuestiones a que se refiere el artículo K.1 se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y teniéndose en cuenta la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos”.

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues, por una parte, ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito y, por otra, no es posible invocar el artículo 235 del Tratado¹⁰² para proceder a dicha adhesión. En efecto, aun cuando el respeto de los derechos humanos constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos entrañaría un cambio sustancial del actual régimen de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario. Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado”¹⁰³. Era entonces necesario un texto legislativo que pudiese atribuir a la Comunidad europea competencia también en este asunto.

No siendo posible la adhesión, según lo establecido por el Tribunal de Justicia, con el Tratado de Ámsterdam se introdujeron medidas para empujar el respeto de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la necesidad de protección jurídica. Se estableció un procedimiento de suspensión de derechos de voto y de derechos derivados del Tratado ante una violación grave y persistente de los principios generales del Derecho comunitario en los que estaban incluidos los derechos fundamentales y su reconocimiento.

El Tratado de Niza de 2001 sigue en este proceso. El artículo 7, apartado 1, del TUE, tras su modificación por el Tratado de Niza y antes de las modificaciones que introduce el Tratado de Lisboa, preveía un procedimiento en caso de riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro. Aunque las modificaciones respecto al pasado fueron de relieve, todavía faltaba por ejemplo un recurso específico en materia de derechos fundamentales; la invocación de sus violaciones solamente se podía avanzar en el terreno de los recursos ya existentes. La doctrina cree

¹⁰² El artículo 235 del Tratado establecía que: “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes”.

¹⁰³ Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, Recopilación de Jurisprudencia 1996, p. I-1762.

que el Tratado de Ámsterdam marcó un hito en materia de tutela judicial de los derechos fundamentales; en primer lugar, porque consolidó en los tratados la labor del Tribunal de Justicia a lo largo de los años que, a través de su jurisprudencia, había reconocido dignidad a esos derechos y al mismo tiempo salvaguardado la interpretación conforme y la primacía del Derecho comunitario y, en segundo lugar, porque esta protección se hizo más eficaz, aunque, en estos primeros momentos, solo en ciertos ámbitos.

5.1 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En 2000 en Niza se cumple un importante paso adelante en el camino de la tutela de los derechos fundamentales en ámbito comunitario. El Presidente del Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo proclaman la Carta de Derechos Fundamentales, tras años de debate sobre la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta Carta tiene la naturaleza jurídica de acuerdo interinstitucional. A la evaluación de este acuerdo se sobrepuso el debate sobre la adopción de una “Constitución para Europa” que habría por fin alcanzado un estatus jurídico de relieve para la protección de los derechos fundamentales y al mismo tiempo habría garantizado un papel de relieve a la Carta de Derechos Fundamentales dentro de la nueva Constitución de la Unión. En el artículo I-9.2 del texto constitucional se leía que la Unión Europea accedía al Convenio Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo reconociendo el valor de los derechos, libertades y principios contenidos en la Carta de Niza. Después del fracaso de la “Constitución para Europa”, la Carta de Derechos Fundamentales fue tomada en cuenta como criterio de interpretación del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia¹⁰⁴.

En ese momento, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no era posible una aplicación directa de la Carta de Derechos Fundamentales como Derecho primario; esto no significaba que no tenía valor jurídico. De hecho, la falta de fuerza vinculante no implicaba la ausencia de efectos jurídicos porque, siendo un acuerdo interinstitucionales, las Instituciones

¹⁰⁴ En este sentido el asunto C-540/03, *Parlamento vs. Consejo*, Sentencia de 27 de junio de 2006, *Recopilación de jurisprudencia* 2006, p. I-5769, párrafo 38, donde el Tribunal afirma que aunque la Carta de Derechos Fundamentales no constituye un instrumento jurídico vinculante en cuanto tal, el objetivo principal de la misma, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

comunitarias tienen que respetarla y sobre todo deben prestar atención a que los actos comunitarios no vulneren los derechos fundamentales en ella afirmados. El Tribunal de Justicia, por su parte, puede aplicar los preceptos de la misma siendo principios generales del Derecho Comunitario.

La importancia del Tratado de Lisboa está en dos eventos: la atribución a la Carta de Derechos Fundamentales del mismo valor jurídico de los Tratados y la voluntad de la Unión Europea de adherir al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Justicia ha abierto la vía a esta etapa relevante, incluyendo los principios del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus argumentaciones jurídicas, aunque a través de una aplicación indirecta por medio de los principios generales. El Tratado de Lisboa eleva los derechos fundamentales a la categoría de principios generales del Derecho de la Unión. El dictamen 2/94, arriba analizado, había concluido que en aquél momento no existían los presupuestos para una adhesión de la Unión Europea al Convenio. Por eso, los Estados miembros se dieron cuenta que había alcanzado el momento de expresar claramente la necesidad de esta adhesión.

La elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰⁵ representa un avance de gran importancia porque llega tras casi cincuenta años de inexistencia de un catálogo de derechos en el ámbito de las Comunidades Europeas. Era fuerte la necesidad de profundizar en los derechos humanos y de elaborar un listado de éstos, eran numerosas las voces que así lo solicitaban. Es una Carta de gran trascendencia tanto en el ámbito interno de la Unión Europea como en relación con el resto del mundo con la cual se ha querido “poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”. El objetivo era dar a los derechos fundamentales un “mayor visibilidad”, en conformidad con la línea propuesta por el *Informe Simitis – Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea* en el que se establece que “los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser visibles”. Además, en el *Dictamen del Comité de las Regiones sobre el proceso de elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*¹⁰⁶ se aclara la necesidad de “dar respuesta al problema de falta de confianza pública” y por lo tanto se establece

¹⁰⁵ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada solemnemente en Niza el 7 de Diciembre de 2000 y convertida en Derecho vinculante para la Unión desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de Diciembre de 2009.

¹⁰⁶ CHARTE 4153/00 CONTRIB 40.

que la Carta tiene que ser redactada de manera “sencilla, directa y fácilmente comprensible, libre de la jerga burocrática y jurídica que con frecuencia desfigura los documentos constitucionales oficiales”. En particular, analizando este último documento se percibe con claridad que las Instituciones europeas conocen bien el problema de fondo, la falta de confianza de los ciudadanos europeos en sus representantes y además están concientes de la necesidad de llegar a la redacción de “documentos constitucionales oficiales”.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión¹⁰⁷ contiene un amplio elenco de derechos y libertades fundamentales en sus seis primeros títulos, con un total de cincuenta artículos, básicamente derechos de libertad, políticos y sociales¹⁰⁸. Los derechos de la Unión serán interpretados de conformidad con lo establecido por el Tribunal de Estrasburgo, que es lo que sucede con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española por obra del artículo 10.2 lo que facilita la integración de los tres sistemas. Los derechos de la Unión se interpretan de conformidad con las tradiciones constitucionales europeas¹⁰⁹. Esto implica que en asuntos de derechos fundamentales, tras la resolución del Tribunal de Luxemburgo, cabe un sucesivo recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, en calidad de máxima instancia en la salvaguardia de los derechos fundamentales, como patrimonio jurídico común de los ciudadanos europeos. Por lo tanto en esta materia, cabe recurso ante el Tribunal de Estrasburgo tanto frente a las sentencias de los Tribunales constitucionales nacionales como frente a las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁰. Es preciso subrayar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o Tribunal de Estrasburgo tiene la competencia exclusiva y excluyente en cuanto a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de sus Protocolos, que se aplican incluso cuando los Estados adherentes ponen en práctica el Derecho de la Unión¹¹¹. Enseguida voy a analizar como las

¹⁰⁷ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) ha sido adoptada mediante la fórmula de Tratado internacional y por lo tanto está dotada de la misma eficacia jurídica que los Tratados constitutivos de la Unión.

¹⁰⁸ La CDF reúne los derechos regulados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y a estos añade otros que han ido surgiendo como consecuencia de la evolución de la sociedad, como por ejemplo, los derechos de protección de datos personales, de protección del medio ambiente o del consumidor.

¹⁰⁹ Lo establece claramente la CDF en su artículo 53 de las disposiciones generales, afirmando que: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

¹¹⁰ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea está sometida a la jurisdicción del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo también como consecuencia de la adhesión de la Unión Europea a l Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

¹¹¹ Esto ocurría aún cuando la Unión no era parte integrante del Convenio. De hecho, los compromisos que los Estados han adquirido por la adhesión al Convenio Europeo han conducido a que los actos de las Instituciones

Instituciones europeas han querido regular el papel de los dos Tribunales en materia de protección de los derechos fundamentales y de reparto de competencias entre ellos.

En primer lugar, la Carta impone ciertas restricciones tanto a las instituciones comunitarias cuando ejercen las competencias atribuidas a ellas en el tratado, como a los propios Estados miembros cuando actúan en el ámbito del derecho de la Unión. Así que la Carta establece el marco necesario para el ejercicio de las competencias sin crear por ello competencias nuevas y también ayuda a establecer los objetivos que se alcanzarán mediante el ejercicio del ellas.¹¹²

El objetivo que con la Carta se quiere alcanzar es aquél de influir en el desarrollo del derecho derivado, como base de una política de derechos fundamentales dentro de la Unión Europea¹¹³. Las instituciones de la Unión ya están obligadas a respetar los derechos fundamentales pero, mediante el ejercicio de las competencias a ellas atribuidas, también deben asegurar el desarrollo progresivo de aquéllas, centrándose en los derechos fundamentales como fuente de inspiración que guíe sus iniciativas¹¹⁴. En particular el artículo 47 de la CDF dispone que “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”.

Por lo tanto, puede sin duda afirmarse que los derechos fundamentales están reconocidos como principios fundadores de la Unión que han de ser respetados por sus instituciones y que,

europeas fuesen sometidos a la jurisdicción del TEDH. Este Tribunal ha examinado casos relacionados con el derecho comunitario relativos a vulneraciones de derechos humanos derivadas de actos de las Instituciones europeas y otros relacionados a vulneraciones derivadas de la actuación de los Estados miembros en ejecución del derecho de la Unión.

¹¹² Esto lo reafirma claramente el párrafo quinto del Preámbulo de la CDF al establecer que: “La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

¹¹³ Según la Comisión Europea el objetivo que se quiere alcanzar con la CDF es poner de manifiesto la importancia de los derechos fundamentales y su alcance, subrayando el verdadero valor añadido de estos frentes a otros textos sobre la misma materia, valorar el carácter pragmático de esta carta y su valor ambicioso que es el fruto de la labor de comparación de las diferentes fuentes de inspiración: el CEDH, las tradiciones constitucionales nacionales, los convenios internacionales del Consejo de Europa, de la ONU, de la OIT y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo. En este sentido véase Comunicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – COM (2000) 559, Bruselas, 13 de septiembre de 2000.

¹¹⁴ Así dispone la CDF en sus artículos 51 y 52. La CDF será de aplicación tanto a las instituciones europeas y órganos de la UE, en el respeto de los principios y atribución de competencia, de subsidiariedad y proporcionalidad, como a los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho comunitario, por lo que servirá asimismo, de instrumento de control de ejercicio de las competencias así atribuidas por los Tratados en materia de derechos fundamentales.

además, forman parte de los principios generales del derecho comunitario, cuya efectividad garantiza el Tribunal de Justicia.

El derecho de libertad religiosa se encuentra amparado en el artículo 10 de la Carta, que en su apartado 2¹¹⁵, fija por primera vez por escrito el derecho de objeción de conciencia que no comparecía en las declaraciones internacionales sobre los derechos humanos. El apartado 1 del mismo artículo reproduce textualmente el artículo 9, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹⁶. El derecho de libertad religiosa, aunque atañe la esfera propia de cada individuo, implica la manifestación de las convicciones y, por lo tanto, está estrechamente conectado con otros artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como la libertad de expresión, contenida en el artículo 11, y la libertad de reunión y de asociación, según lo que afirma el artículo 12, ambos conformes a los principios consagrados en el CEDU. En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no están incluidos los límites a la libertad religiosa que en el CEDU se afirmaban en el apartado 2 del artículo 9. Es verdad que no hay un límite expreso por el derecho de libertad religiosa, pero en el artículo 52 de la Carta se encuentra una disposición general sobre el alcance de los derechos garantizados por la misma, en el cuyo apartado 1 se lee que: “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. El límite que fija la Carta es sin duda más amplio de lo que establece el apartado 2 del artículo 9 del CEDU porque se refiere también a la libertad de expresión que garantiza la manifestación de la creencia religiosa o el derecho de reunión que tiene, respecto a la libertad religiosa, la misma finalidad. Pero el artículo 53 de la Carta podría leerse como una forma de mitigación del amplio límite del artículo 52. En él se puede leer que ninguna de las disposiciones contenidas en la Carta puede interpretarse como lesiva o limitativa de los derechos humanos y libertades fundamentales en ella reconocidas y, por lo tanto, tampoco el artículo 52 con sus límites puede vulnerar el derecho de libertad religiosa.

Otra disposición de la Carta que merece atención es la que reconoce el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística, contenida en el artículo 22 de la Carta, en una óptica

¹¹⁵ En el apartado 2 del artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se puede leer que: “se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

¹¹⁶ Así el apartado 1 del artículo 10 de la Carta: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

pluralista, que tiene que ser leída conjuntamente a la disposición que se encuentra en el artículo 21 que establece la prohibición de tosa discriminación, y en particular la ejercida por razón, entre otras, de religión. Este último artículo tiene particular importancia porque es la primer vez que se fija con una disposición formal, en ámbito comunitario, el principio de no discriminación, según lo que tradicionalmente se leía en las Constituciones nacionales. La obligación de no discriminación está regulada solamente desde un punto de vista negativo, es decir que queda excluida del ordenamiento comunitario la posibilidad que se cumplan discriminaciones de cualquier forma y por cualquier razón; lo que falta es una previsión de no discriminación en sentido positivo que implica la posibilidad de actuar medidas para eliminar o atenuar las posibles discriminaciones ya existentes.

En seguida veremos como con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Carta de derechos fundamentales será plenamente vinculante y tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados y, además, con la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos el Tratado de Lisboa eleva los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a la categoría de principios generales del Derecho de la Unión, según lo establecido en el artículo 6, apartado 3, del NTUE: “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Además, según lo que dispone el artículo 6, apartado 1, del NTUE “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

Atribuyendo este artículo el mismo valor jurídico a la CDF que a los Tratados, ésta pasa a tener plenos efectos jurídicamente vinculantes, convirtiéndose así en el documento de ratificación por las Cortes del Tratado de Lisboa y de la propia Carta, en un “*Tercer Tratado*”. De hecho, el Tratado de Lisboa no incluye el catálogo de Derechos Fundamentales, porque eso les habría otorgado carácter constitucional material y para eso faltaba una clara voluntad política, como ya fue claro con el fracaso del Tratado para la Constitución Europea, pero atribuye a la CDF efectos jurídicos plenos a través de la expresa referencia en el propio texto del Tratado. La expresa previsión de este catálogo y su plena eficacia jurídica supone una importante conquista en la defensa de los Derechos Fundamentales. Además garantiza a los ciudadanos europeos una mayor protección jurídica en la medida en que en la CDF se protegen nuevos derechos que no se encuentran recogidos ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en las Constituciones nacionales.

Pero es necesario subrayar como si fue tan clara la fuerza jurídica vinculante de la Carta, de la misma manera clara fue la primera dificultad que afloró en el ámbito judicial nacional por los jueces nacionales que tenían que aplicarla en los Estados miembros, en particular con respecto del distinto nivel de protección de los derechos fundamentales entre la Carta y los catálogos internos contenidos en las Constituciones nacionales. Otra inquietud era representada por el principio de primacía del Derecho de la Unión proclamado por el Tribunal del Luxemburgo siempre en términos absolutos; este principio casaba mal con la tradición jurídica consolidada en materia de protección internacional de los derechos humanos que desde siempre ha previsto el más elevado nivel de protección posible del individuo¹¹⁷.

A estas inquietudes respondió el Tribunal de Justicia con dos pronunciamientos. El primero fue *Melloni*¹¹⁸ sobre el alcance de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con los Estados miembros cuando aplican el derecho de la Unión. Se preguntaba el Tribunal de Luxemburgo si era posible oponer al Derecho de la Unión estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales superiores a los establecidos en la Carta para evitar una interpretación lesiva de los derechos fundamentales así como reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia admite que los Estados miembros están facultados a aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según la interpretación que del mismo da el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. Puesto este asunto básico, en la misma pronuncia, el Tribunal afirma que en el caso concreto puesto a su atención tales facultades no se podían ejercer porque el Estado miembro en cuestión carecía del más mínimo margen de maniobra en el asunto tomado en consideración.

Si en la sentencia *Melloni* fue negada la posibilidad de aplicar estándares nacionales de protección desplazando los inferiores de la Carta en ausencia de márgenes de maniobra de los Estados miembros, en otra sentencia, *Akerberg*¹¹⁹, este desplazamiento fue declarado posible porque se trataba de la aplicación de Derecho nacional al servicio del Derecho de la Unión en una situación en la cual la acción de los Estados miembros no estaba totalmente determinado por el derecho

¹¹⁷ En este sentido puede leerse el artículo 53 del CEDH que dispone que: “ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. En términos parecidos se puede leer el artículo 5, apartado 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5, apartado 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹¹⁸ Asunto C-399/11.

¹¹⁹ Asunto C- 617/10.

comunitario. En particular, el Tribunal de Justicia estableció el siguiente principio de derecho: “Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión (...), en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”. En el asunto *Akerberg*, no siendo la acción de los Estados miembros totalmente determinada por el Derecho de la Unión, se admitió el desplazamiento por estándares superiores nacionales; pero se trataba de un desplazamiento condicionado en particular a uno de los límites que el mismo Tribunal ya en la sentencia antecedente había adelantado, es decir “la efectividad del Derecho de la Unión”.

5.2 El artículo 17 del TFUE

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea fija en su artículo 17¹²⁰ el compromiso de la Unión de respetar y no prejuzgar el estatuto que los Estados miembros han reconocidos a las iglesias y a las asociaciones y comunidades religiosas. Lo mismo vale para las organizaciones filosóficas y las no confesionales. Este artículo ha suscitado un gran clamor por la portada de su contenido y también por su colocación. Por primera vez en un texto legislativo comunitario se reconoce el derecho al ejercicio colectivo de un derecho fundamental cual es la libertad religiosa y eso ocurre en un Tratado fundamental que regula el carácter institucional, la estructura, el funcionamiento y las competencias de la Unión Europea.

Parte de la doctrina ha subrayado como habría sido más oportuno colocar este artículo en la parte relativa a los derechos fundamentales y no en el título del Tratado relativo a la vida democrática en la Unión¹²¹. Yo no estoy de acuerdo con esta opinión porque el artículo en cuestión

¹²⁰ El artículo 17 del TFUE establece que: “La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”.

¹²¹ En este sentido José María PORRAS RAMIREZ, *La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Tratado Constitucional europeo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n. 4 de 2005, págs. 274-275. En

no trata el reconocimiento de un derecho fundamental, esa es la tarea del artículo 6 del NTUE que hace referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino afirma el reconocimiento y el respeto, por parte de las Instituciones comunitarias, del régimen que regula las comunidades religiosas en el ejercicio de las diferentes convicciones religiosas. Por lo tanto, creo que el artículo 17 está colocado correctamente porque la afirmación del reconocimiento del pluralismo religioso que en él se puede leer no tiene colocación mejor que en la parte del Tratado relativa a la vida democrática y sus principios generales, ámbito que no puede prescindir de este importante reconocimiento: las Instituciones comunitarias que desde sus posiciones de neutralidad garantizan el pluralismo religioso. Por fin, una dimensión no excluye la otra, como, por el contrario, ocurrió con las evaluaciones que ya hemos analizado, y parece que la antigua tensión existente entre el universalismo y el relativismo cultural en materia religiosa encuentra su punto de pacificación, a través también de la colocación en una parte del Tratado y no en otra.

La dinámica homogeneizadora, propia del ordenamiento comunitario, se refleja no en una equiparación de las particulares tradiciones religiosas que caracterizan las diferentes identidades nacionales, sino en la afirmación de un respeto paritario entre las distintas confesiones, por eso no fue acogida la mención de las raíces cristianas de Europa en el Preámbulo del texto constitucional que fue sustituida por una genérica referencia a las herencias religiosas como valores de la Unión, así como se puede leer en el Tratado de Lisboa. En realidad, el artículo 17 tiene una norma antecedente, es decir, la Declaración n. 11 del Tratado de Ámsterdam que vio su incorporación al Derecho primario de la Unión con la reforma operada por el Tratado de Lisboa. Además, en la Convención sobre el Futuro de Europa que desembocó en el proyecto de la Constitución Europea ya se planteó el diálogo entre la Unión y las confesiones y organizaciones religiosas, filosóficas y no confesionales.

El artículo 17 del TFUE puede ser leído conjuntamente al artículo 4, apartado 2, del NTUE que fija una cláusula de respeto de la identidad nacional¹²² porque la identidad nacional de cada Estado miembro que la Unión Europea se compromete a respetar se identifica con su dimensión cultural, religiosa y lingüística y , por lo tanto, el artículo 17 del TFUE puede considerarse como

sentido análogo José Ramón POLO SABAU, *El estatuto de las confesiones religiosas en el Derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional*, Dykinson, 2014, pág. 130.

¹²² El artículo 4, apartado 2, del NTUE establece que: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.

concreción de la identidad nacional que merece tutelar, en cuanto el respeto de la identidad nacional supone el respeto de las manifestaciones de esa identidad que contienen también aspectos religiosos. La doctrina ha visto en esta lectura conjunta de las dos normas otra afirmación del pluralismo religioso¹²³. El apartado 1 del artículo 17 ha sido calificado como expresión del principio de subsidiariedad con respecto de la materia religiosa, es decir que la regulación del factor religioso hay que ser entendida como asunto de competencia de los Estados miembros y, por lo tanto, queda sometido a las legislaciones nacionales casi que la Unión renuncia a legislar sobre estos temas. En realidad, parte de la doctrina ha subrayado como la interpretación literal del apartado 1 del artículo 17 del TFUE no debe conducir a la afirmación según la cual el hecho de que la Unión se comprometa a respetar los estatutos de las confesiones de las legislaciones nacionales “no significa que renuncie a legislar sobre todas las otras materias relativas al derecho de libertad de conciencia, lo que quiere decir que la cláusula hay que interpretarla restrictivamente”¹²⁴.

6. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MARCO DE UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO EUROPEO. UN PROYECTO QUE VAYA MÁS ALLÁ DE LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los Estados miembros de la Unión Europea se enfrentaron a tres catálogos de derechos fundamentales: el catálogo interno de cada Estado nacional que de norma se encuentra incorporado en una Magna Carta; el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y, última en una orden temporal, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Un conjunto de herramientas nacionales e internacionales a disposición del poder judicial de cada Estado miembro y Parte Contratante. Cada una de ellas cuenta con un propio intérprete que puede intervenir en un litigio que tenga como objeto un derecho fundamental tutelado en uno de los catálogos arriba mencionados. La posibilidad que cada uno de estos intérpretes pueda intervenir de manera simultánea en un mismo litigio no resulta muy ordinaria. Pero no se trata simplemente de una

¹²³ En este sentido Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, *El diálogo entre la Unión Europea y las iglesias y organizaciones no confesionales*, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 6 de 2004, pág. 4.

¹²⁴ Así Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia, tomo I*, Cizur Menor, 2011, págs. 284-285.

multiplicidad de catálogos o de intérpretes, sino de una cuestión mucho más concreta: ¿Qué hace un juez nacional si se enfrenta a estándares de protección diferentes en los distintos catálogos?

En este escenario hay también una segunda complejidad: los tratados internacionales de derechos humanos se caracterizan por sus complementariedad respecto a los diferentes sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales; por el contrario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se inserta en un contexto diferente, la Unión de diferentes Estados-Naciones, en la que hay la necesidad de imponer la uniformidad del derecho comunitario a través del principio de primacía. Esto conlleva que las disparidades existentes entre los ordenamientos nacionales, también aquéllas en materia de niveles de protección de derechos fundamentales, tienen que “subyacer” al derecho comunitario y a sus principios generales, entre ellos los Derechos Fundamentales de la Carta proclamada en Niza. Se trata de un método escasamente democrático.

Concientes de esta segunda complejidad, las Instituciones comunitarias quieren dar respuesta a través del Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio al cual todavía falta mucho camino para su entrada en vigor y, por lo tanto, a día de hoy todavía no se ha formalizado la adhesión de la Unión al Convenio, impuesta tras la reforma de Lisboa por el artículo 6, apartado 2, del TUE. El Proyecto de Acuerdo al respecto está pendiente del examen de compatibilidad con los Tratados de la Unión, habiendo la Comisión Europea activado, según lo que dispone el artículo 218, apartado 11, del TFUE¹²⁵, el control judicial previo sobre los acuerdos internacionales. Por lo tanto, de momento, el Acuerdo se encuentra pendiente de examen por el Tribunal de Justicia. Para obtener el plácet por el Tribunal, el Acuerdo requerirá el respaldo unánime de los Estados miembros que componen el Consejo de la Unión y la sucesiva ratificación interna de todos y cada uno de ellos¹²⁶. La adhesión de la Unión Europea al CEDH tiene todavía un largo camino por adelante.

La directa consecuencia de este escenario es que, mientras la adhesión no se formalice y entre en vigor, sigue siendo válida la doctrina afirmada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que en los años setenta representaba el filtro para poder acceder al TEDH, en el asunto

¹²⁵ El artículo 218, apartado 11, del TFUE dispone que: “Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”.

¹²⁶ Según lo que dispone el artículo 218, apartado 8, del TFUE, “el Consejo se pronunciará por unanimidad sobre el acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; la decisión de celebración de dicho acuerdo entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”. A este escenario debe añadirse el respaldo del Parlamento Europeo y la ratificación por las demás Partes Contratantes del Convenio.

*Confédération Française Démocratique de Travail v. Comunidades Europeas*¹²⁷ por el cual no se admitió el recurso en cuanto las Comunidades Europeas no eran Partes Contratantes del Convenio. Eso no significa que el Derecho de la Unión no pueda ser indirectamente enjuiciado por el TEDH como de hecho ha ocurrido a lo largo de muchos años, a través del control ejercido sobre los Estados miembros de la Unión que son Partes Contratantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es decir a través de la actividad puesta en marcha por el Estado nacional en ejecución del Derecho de la Unión.

De momento, para hacer frente a la dificultad que puede derivar de las distintas vías procedimentales o formales establecidas para la tutela de un derecho fundamental y para evitar un discrepancia en la solución que los distintos intérpretes pueden dar con la ocasión de un litigio, se ha firmado, en octubre de 2013, el Protocolo n. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A través de este protocolo se atribuye a las Partes Contratantes la posibilidad de instaurar un diálogo prejudicial entre los jueces nacionales y el Tribunal de Derechos Humanos, siguiendo el modelo ya consolidado de la prejudicialidad frente al Tribunal de Luxemburgo. Se trata de una nueva vía incidental en la disponibilidad de los tribunales de las Partes Contratantes con la cual se invoca un “control de convencionalidad” entre las normas internas y las disposiciones normativas contenidas en el Convenio cuando los jueces nacionales tengan cuestiones sobre la interpretación o aplicación de los derechos y libertades establecidos en el Convenio¹²⁸.

Cuando se hará realidad la adhesión de la Unión Europea al Convenio, es decir cuando entrará en vigor el Acuerdo de adhesión sobre el cual los Estados miembros están trabajando, podrá ser el mismo Tribunal europeo de Justicia a interponer un recurso prejudicial al TEDH y no simplemente los jueces nacionales. Con respecto de las Partes Contratantes, podrán interponer “recurso prejudicial de convencionalidad” los Tribunales constitucionales nacionales y también aquellos tribunales que, pese a ser inferiores a los tribunales constitucionales, tienen una especial relevancia al ser “lo más altos” en una determinada categoría de asuntos. La solicitud presentada al TEDH, que tiene carácter facultativo y carece de efectos vinculantes, debe tener su origen en un litigio pendiente ante los tribunales nacionales.

En el Protocolo n. 16 se establece también que la solicitud debe referirse a una “cuestión de principio” que afecta a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo y sus Protocolos. A

¹²⁷ Decisión de la Comisión de 10 de julio de 1978, n. 8030/77.

¹²⁸ El artículo 1, apartado 1, del Protocolo n. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que: “Los altos tribunales de las Partes Contratantes, especificados de conformidad con el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos”.

través de esta herramienta, que toma el nombre de “Opinión Convencional Consultiva”, se quiere reforzar el principio de subsidiariedad, atribuyendo a los jueces nacionales la responsabilidad del respeto de los derechos fundamentales establecidos y tutelados en el Convenio. En los trabajos preparatorios para la entrada en vigor del Protocolo n. 16 se afirmaba que las opiniones expresadas por el TEDH en merito al recurso prejudicial de convencionalidad “podrían también abarcar asuntos relativos a la compatibilidad con el Convenio de una legislación, un precepto o una interpretación normativa asentada en los tribunales nacionales”; en este trabajo preparatorio se subraya también que esto “examen de compatibilidad” no irá en contra de la jurisprudencia nacional consolidada en relación con las demandas individuales porque la interpretación del Derecho interno es una tarea propia de los tribunales nacionales a los cuales el Tribunal europeo de Estrasburgo no puede substituirse¹²⁹.

Otra herramienta que las Instituciones europeas quieren adoptar pero cuya entrada en vigor depende de la aprobación del Acuerdo de adhesión al Convenio arriba mencionado prevé una nueva vía de intervención por parte del Tribunal de Justicia. El artículo 3, apartado 6, del Proyecto de Acuerdo dispone que “en los procesos en los que la Unión Europea sea codemandada, si el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la disposición del Derecho de la Unión a que se refiere el apartado 2 de este artículo con los derechos en juego definidos en el Convenio o en los Protocolos a los que la Unión Europea se haya adherido, se concederá al Tribunal de Justicia tiempo suficiente para pronunciarse al respecto, permitiendo a continuación a las partes presentar observaciones ante el Tribunal de Derechos Humanos. La Unión Europea garantizará que tal pronunciamiento tenga lugar a la mayor brevedad, para evitar las dilaciones indebidas en el proceso pendiente ante el Tribunal. Las previsiones de este apartado no afectarán a los poderes del Tribunal”.

Esta medida es el resultado de la preocupación del Tribunal de Justicia por su función de intérprete supremo del Derecho de la Unión, preocupación que surgió cuando se planteó la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una segunda preocupación que afectó las Instituciones europeas y que estaba estrechamente conectada con la primera era que el TEDH pudiera resolver sobre la conformidad o no de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente el Tribunal de Justicia pudiese pronunciarse de forma definitiva sobre el asunto. Por eso se planteó la exigencia de crear un mecanismo que pudiese garantizar que el Tribunal de

¹²⁹ En este sentido se puede consultar el trabajo preparatorio para la elaboración del Protocolo n. 16 “*Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court’s Advisory Jurisdiction. March 2012*”, punto 29.

Justicia conozca sobre la cuestión de validez de un acto de la Unión antes de que el TEDH se pronuncie sobre la conformidad del mismo al Convenio.

Este mecanismo de intervención previa del Tribunal de Justicia encontraría su justificación en el principio de subsidiariedad que en este ámbito tiene que ser entendido en el sentido de que la tarea de asegurar el respeto de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio pertenece, en primer lugar, no tanto al TEDH sino a las autoridades judiciales de las Partes Contratantes; en esta óptica se avalaría el mecanismo de la intervención previa del Tribunal de Justicia.

Este es el cuadro normativo actual, el estado del arte en este momento. Parece que, a pesar de las nuevas disposiciones normativas, algunas de relieve, el escenario permanezca el mismo. Se trata de herramientas normativas, a veces difíciles de conectar entre ellas, que se colocan en el ámbito de la misma política europea, la de los “pequeños pasos”. Falta una mirada más amplia. Falta una visión de conjunto que mire a una verdadera Unión política.

Cuando la adhesión al CEDH será efectiva podría surgir otro tipo de problema, de contenido y no de procedimiento, que afectaría el derecho de libertad religiosa. Las preguntas que nos hacen entender el tipo de problema son las siguientes: ¿Puede el contenido del artículo 17 del TFUE correr el riesgo de transformarse en un instrumento que limite, en vez de potenciar, los resultados que está llamado a producir, es decir, el desarrollo de la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión sobre las legislaciones de los Estados miembros? ¿Se corre el riesgo de una perpetuación de los regímenes nacionales discriminatorios en materia religiosa que beneficien a las confesiones mayoritarias en detrimento del reconocimiento de las distintas confesiones religiosas en un plano de igualdad? Una interpretación literal del art. 17 del TFUE, que enfoque la atención sobre el respeto de los estatutos reconocidos por los Estados miembros a las asociaciones religiosas en perjuicio del derecho comunitario, podría conllevar este riesgo. En unas palabras, podría ser difícil traducir en práctica el reconocimiento del pluralismo religioso proclamado en vía teórica y, por lo tanto, la eterna dialéctica entre universalismo y regionalismo cultural en materia religiosa podría conocer un nuevo capítulo de su larga trayectoria.

Estos interrogantes hacen que la investigación sobre este asunto sea de gran importancia e interés sobre todo con respecto a los escenarios que en un futuro muy próximo podrían abrirse y que podrían no garantizar una eficaz medida de tutela al derecho fundamental de libertad religiosa por la falta del único instrumento jurídico que sería capaz de alcanzar este objetivo: una Carta Constitucional.

7. CONCLUSIONES.

Cuando se habla de Constitución para Europa, considerando el fracaso del antecedente proyecto, la primera pregunta que surge es si es todavía posible realizar este proyecto. Creo que sí, pero es necesario que se abandone la dimensión actual, únicamente económica, y se aborde una nueva dimensión ética, condición imprescindible para alcanzar la constitución de una ciudadanía europea. Dicha dimensión ética tiene diferentes presupuestos. En primer lugar, los Estados-Nación europeos comparten desafíos parecidos a los cuales tienen que enfrentarse, como por ejemplo, la inmigración y el multiculturalismo, y además todos están expuestos a las consecuencias de la mundialización económica que, en el momento actual, nos hace conscientes de una nueva exigencia de regulación compartida. La conciencia de este nuevo desafío ha encontrado una respuesta parcial en la Carta Europea de Derechos Fundamentales que se encuadra plenamente en una visión social de proyecto constitucional europeo, pero todavía falta un verdadero proceso de integración europeo que deje caer las fuertes resistencias culturales que hasta ahora ha mostrado. La respuesta parcial que se ha alcanzado con la Carta Europea de los Derechos Fundamentales necesita un paso más adelante que consiste en comprender la necesidad de una universalización de los derechos fundamentales, proceso que se independice de los diferentes contextos nacionales y que todavía está ligado a la idea según la cual una eficaz tutela de esos derechos se puede conseguir solamente entre las fronteras nacionales porque desde siempre ha sido expresión de la soberanía nacional.

La constitución de la Unión Europea como sujeto político no puede desarrollarse sin un proceso constituyente que persiga el objetivo de limitar los poderes nacionales y crear una efectiva protección de los derechos que vaya más allá de las posiciones particulares caracterizadas de manera ideológica. La universalización de esta protección no significa una renuncia a la soberanía nacional por parte de los Estados miembros, sino una manifestación y afirmación de ella a través de la negociación conjunta entre las naciones europeas de un conjunto de garantías de los derechos fundamentales, buscando los rasgos comunes de tutela, sobrepasando las diferentes tradiciones nacionales y creando organismos judiciales supranacionales.

Sin este esfuerzo por parte de los Estados miembros la protección de los derechos fundamentales será siempre rehén de fuerzas expresiones del relativismo cultural y además, en una moderna perspectiva constitucional se supone que no se desatienda la efectividad de los derechos que se reconocen. Éste es el encargo más importante para los Estados miembros que sean capaces de crear instrumentos efectivos de defensa jurídica para satisfacer las pretensiones de protección de los derechos fundamentales y por eso es tan importante, indispensable, un marco constitucional que los tutele.

La falta de una Constitución europea y la inefectiva tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Niza podrídestacan en el derecho de la libertad religiosa que, entre los derechos fundamentales, parece aquel que suscita mayores conflictos. Vamos a ver el porque.

Una Carta constitucional, en cualquier Estado nacional, goza del poder de imponerse al legislador nacional para conseguir la finalidad de garantizar los derechos fundamentales que en la misma se proclaman: esta es de hecho su exclusiva peculiaridad y tarea. Los derechos fundamentales amparados en un texto constitucional se encuentran en una “posición privilegiada” porque se les sustrae a las incursiones del legislador ordinario. Todo esto falta en el ordenamiento supranacional que es la Unión Europea. ¿Por qué? Por una carencia ontológica. Un ordenamiento supranacional nace a través de un proceso de transferencia de cuotas de soberanía nacional y este proceso está regulado por tratados internacionales. El último en orden cronológico en ámbito europeo es el Tratado de Lisboa. Un partidario de la exigencia de una Constitución europea podría decir: “otro tratado una vez más”. Si así fuera, esta expresión tendría mucho sentido y sobre todo una explicación meramente jurídica, porque lo que puede garantizar un texto constitucional, un tratado no lo puede alcanzar, propio por su naturaleza jurídica. Por lo tanto, sería correcto decir que Europa, una vez más, se ha autolimitado a través de un tratado y no ha aspirado a una tutela mayor a través de un sistema constituyente.

La pregunta es: ¿Qué aportaría más un texto constitucional respecto a un tratado internacional? El texto constitucional garantizaría lo que podríamos llamar “principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales” porque sobrepasaría los diferentes estándares de protección predispuestos a nivel nacional, conllevaría una “indivisibilidad de las garantías de los derechos” los cuales, por lo tanto, serían inmunes a “las incursiones” del relativismo cultural en materia de protección de los derechos fundamentales, en general, y del derecho de libertad religiosa, en particular, que respresenta el ámbito donde más se han podido observar estas “incursiones”.

Además, las **dificultades interpretativas** que es probable que muy pronto surgirán con respecto al artículo 17 del TFUE son emblemáticas de **dificultades de integración** entre culturas diferentes. Las dos pueden ser superadas a través de herramientas técnicas que permitan la complementariedad, que es el elemento clave de la integración. Me explico mejor. La eficacia jurídica que deriva de las normas de los tratados internacionales es, en la jerarquía de las fuentes del derecho interno, la propia de las normas de leyes ordinarias. Se trata, por lo tanto, de normas que se encuentran en una posición subordinada a la Constitución, la cual puede ejercer sobre las mismas un pleno control de

legitimidad constitucional. Por lo tanto, frente a la primacía del derecho comunitario prevalecería “la primacía de las Constituciones nacionales” y esto pondría en riesgo la tutela de los derechos fundamentales que en ámbito europeo están amparados, en este momento, por normas de tratados sujetas a la primacía de las Constituciones de los Estados nacionales y a sus tradiciones comunes. Alguien podría objetar que este escenario problemático podría ser solucionado a través de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia que, de hecho, ha sido creado propio con esta tarea: evitar que los Estados miembros se desalineen del derecho comunitario.

Pero quedan interrogantes de fondo: ¿Qué interpretación va a dar el Tribunal de Justicia sobre el artículo 17 del TFUE? ¿Cómo va a sustanciar el significado de no prejuzgar el estatuto reconocido, por el Estado miembro, a una determinada asociación religiosa? ¿Si adoptara una interpretación restrictiva, podríamos estar seguros que el derecho de libertad religiosa sería efectivamente tutelado o prevalecería la confesión religiosa más fuerte en el Estado miembro en cuestión? Si el Tribunal adoptara una interpretación restrictiva del artículo en cuestión, se daría lugar, otra vez, al escenario ya visto, que hasta ahora ha sido el único que ha caracterizado la protección a nivel internacional del derecho de libertad religiosa, y que ha permitido una aplicación demasiado amplia del criterio del margen de apreciación, dejando de hecho que sean los ordenamientos internos, según su tradiciones constitucionales, a decidir cuales son las fronteras entras las cuales puede quedar amparado el derecho de manifestar la propia creencia religiosa con todo lo que hemos visto ha conseguido en materia de diferenciaciones entre las distintas creencias, diferenciaciones que, dejadas en manos de los ordenamientos nacionales, han producido como único resultado una falta de tutela del derecho de libertad religiosa.

El riesgo es que el espectro de una discrepancia de tutela, según la confesión religiosa que representa la tradición cultural de un determinado Estado nacional, podría materializarse otra vez, un escenario del tipo ya analizado en el capítulo tres donde el velo islámico es un símbolo religioso exterior más fuerte de la cruz cristiana y por lo tanto legítimo presupuesto de restricciones de libertades.

Una Constitución europea, que vaya más allá de las tradiciones comunes a los Estados miembros, podría evitar todo esto porque se garantizaría el principio de uniformidad de tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Niza y, por eso, se impone como exigencia de protección de estos derechos, en particular de los más vulnerables como el derecho de libertad religiosa.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007;

ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters Civitas, 2014;

BIFULCO, Raffaele, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, 2001;

CELADOR ANGÓN, Oscar, *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Dykinson, 2011;

CORRAL SALVADOR, Carlos, *Derecho Eclesiástico Internacional*, Editorial Comares Universidad Pontificia Comillas, 2012;

DE ECHEVERRÍA, Lamberto, *La nueva Constitución ante el hecho religioso*, en *El hecho religioso en la nueva Constitución Española: trabajos de la XVI Semana Española de Derecho Canónico*, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1979;

DE GREGORIO Laura, *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, 2012;

DEL ARENAL, Celestino, *Homogeneidad y heterogeneidad en la sociedad internacional como bases de las tendencias hacia la integración y la fragmentación*, en Ángel José RODRIGO HERNÁNDEZ y Caterina GARCÍA, *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad internacional*, Tecnos, 2011;

FERRARI, Silvio y SCOVAZZI, Tullio, *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, Cedam, 1988;

GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005;

GONZÁLEZ DEL VALLE, José María y RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *Derecho Eclesiástico Español*, Thomson – Civitas, 2005;

GONZÁLEZ VEGA, Javier, Interpretación, *Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual*, en Revista Española de Derecho, núm. LVI – 1, Enero 2004;

HABERMAS, Jürgen, *La constitución de Europa*, Editorial Trotta, 2012;

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia, Tomo I*, Cizur Menor, 2011;

MACRÍ, Gianfranco, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Giappichelli, 2004;

MARGIOTTA BROGLIO, Francesco, *Religioni e sistemi giuridici: introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, 1997;

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, en IUS CANONICUM, XXXIII, n. 65 de 1993;

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *El diálogo entre la Unión Europea y las Iglesias y organizaciones no confesionales*, en Revista General de Derecho Canónicos y Derecho Eclesiástico del Estado n. 6 de 2004;

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Editorial Comares, 2002;

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *El derecho de la libertad religiosa en la jurisprudencia entorno al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, II, 1986, págs. 403 y ss;

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *La protección internacional de la libertad religiosa y de conciencia, cincuenta años después*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 2 de 1999;

MAZZOLA, Roberto, *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Il Mulino, 2012;

PAU PEDRÓN, Antonio, *Libertad religiosa: desarrollo legislativo y jurisprudencial*, Tecnos, 1998;

PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. Fernández Liesa y Á. Llamas Cascón, B.O.E. – Universidad Carlos III de Madrid, 1995;

POLO SABAU, José Ramón, *El estatuto de las confesiones religiosas en el Derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional*, Dykinson, 2014;

PORRAS RAMIREZ, José María, *La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Tratado Constitucional europeo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4 de 2005;

PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, 1990;

PRIETO SANCHÍS, Luis, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, en Iván C. Ibán, Luis Prieto Sanchís, Agustín Mortilla, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Estructuras y procesos, 2004;

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, 2003;

PRIETO SANCHÍS, Luis, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Ene-Jun 2000, págs. 429-468;

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Libertad y objeción de conciencia*, en *Persona y Derecho: revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 54/2006, págs. 259-273;

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Religión y Política (a propósito del Estado Laico)*, en *Persona y Derecho: revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 53/2005, págs. 113-138;

TAGLIERINI, Francesco, *Diritti dell'uomo e libertà religiosa*, Jovene, 2008;

WARD, Ian, *A critical Introduction to European Law*, Cambridge University Press, 2009;

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. De Gascón, Trotta, 1995.

