

REFLEXIONES SOBRE LA LIBERTAD DE RELIGIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO

ROMUALDO BERMEJO — CONSUELO RAMÓN

SUMARIO

I • EL CONCEPTO DE LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. II • LA PROTECCIÓN RELIGIOSA EN EL SISTEMA COMUNITARIO EUROPEO. III • LA LIBERTAD DE RELIGIÓN EN EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. 1 • El contenido de la libertad de religión. 2 • La libertad de religión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3 • El derecho a la instrucción y la libertad de religión. CONCLUSIÓN.

I. EL CONCEPTO DE LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Aunque no es nuestro propósito realizar aquí un análisis exhaustivo del concepto mismo de libertad religiosa ni aun de su evolución histórica, resulta inevitable alguna reflexión previa.

Quizá la primera nota a destacar es que la libertad religiosa constituye uno de los ejemplos más claros del carácter histórico —es decir, dinámico o, si se prefiere, abierto a los cambios sociales— de los derechos humanos. Es una opinión común advertir acerca de la evolución experimentada por el concepto mismo de libertad religiosa y cómo corre pareja a la historia de la evolución que vive a su vez el hecho religioso. Lo cierto es que, frente a lo que algunos consideran una conquista irreversible de la modernidad, esto es, la reducción del fenómeno religioso al ámbito no ya de lo individual, sino de lo íntimo, su dimensión comunitaria —si no incluso societaria y hasta institucional— ha encontrado cada vez nuevos resortes en los que apoyar una recurrente presencia en las sociedades humanas. Por

esa razón, resulta inadecuado¹ plantear la libertad religiosa sólo como una especie de la libertad de opinión, pues en ella concurren en realidad dos aspectos diferentes que hoy son así reconocidos en la mayor parte de los textos internacionales sobre derechos humanos, y, en lo que a nosotros más nos interesa, en el art. 9 del Convenio Europeo de 1950: de un lado, la libertad de conciencia (libertad de creencia, de adhesión o profesión de una o ninguna fe); de otro, la libertad de culto (de práctica individual o colectiva de una religión). Veamos.

La primera manifestación del hecho religioso es la adhesión personal a un sistema o visión del mundo (el acto de fe o su rechazo o negación) que, en cuanto libre ejercicio de la conciencia individual, constituye una forma de la libertad de pensamiento u opinión: la libertad ideológica o de conciencia es la base de la libertad religiosa. Históricamente, como sabemos, se manifiesta en la reivindicación de la soberanía de esa dimensión irrenunciable de la esfera individual frente a cualquier intromisión o imposición —bajo la forma de la lucha contra la ortodoxia intolerante o contra el confesionalismo o el ateísmo igualmente intolerantes—; por eso, desde el punto de vista de las categorías deónticas a las que responden (que permiten clasificar) los derechos humanos², la libertad religiosa aparece iden-

1. Eso es lo que destacan, por ejemplo, RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. II, París, Themis, pp. 164 y ss.; COLLIARD, *Libertés publiques*, París, Dalloz, p. 419; PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1991; RIVERO, *Derechos humanos, estado de Derecho y Constitución*, Tecnos; J. L. HUMPHREY, *Political and Related Rights* en VV. AA. (TMERON, ed.), *Human Rights in International Law Legal and Policy Issues*, 1983 (cap. V), pp. 174 y ss.; P. SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, pp. 320 y ss.

2. Aunque existen muy diversos criterios clasificatorios, el más acabado continúa siendo aún hoy el propuesto por W. N. H. HOHFELD (HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales* —trad. y nota preliminar de G. Carrió,—Cedal, Buenos Aires, 1968) para reproponer los conceptos jurídicos fundamentales y en particular el de derecho subjetivo, a fin de obtener el rigor y la precisión suficientes como para distinguir categorías que tienen elementos comunes (por eso se incluyen bajo el denominador común de «derecho subjetivo»), pero que no carecen de diferencias significativas. El sistema de conceptos básicos, pretensión, privilegio, potestad e inmunidad, correspondientes a otros tantos sentidos de «derecho subjetivo» (que describen, por tanto, las situaciones jurídicas en las que se encuentran los sujetos a quienes se atribuyen esos derechos), que se definen a su vez por referencia a otros conceptos correlativos (esto es, los que corresponden a las situaciones jurídicas en las que se encuentra la persona frente a la que se esgrime alguno de esos cuatro tipos de derecho) y opuestos (es decir, los que reflejan las situaciones de quien no se encuentra en las situaciones descritas en los cuatro concepto básicos). Veamos cómo se concretan esas categorías: (1) Se encuentra en la situación jurídica que podemos calificar como pretensión, quien tiene un «derecho» que puede hacer valer para exigir que actúe de conformidad a nuestra pretensión quien tiene el deber correspondiente (es decir, quien está en la situación correla-

tificada básicamente como *inmunidad*. Por utilizar una referencia a la caracterización realizada en nuestro país por el Tribunal Constitucional, la libertad religiosa es entendida como «plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales... inmunidad que afecta... a la libertad de toda persona a manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia», lo que no quiere decir que carezca de límites: «está sujeto a las limitaciones prescritas por la ley y necesarias para proteger los derechos y libertades fundamentales de los demás»³. Esa caracterización, se-

tiva de realizar una determinada conducta respecto a otro); dicho de otro modo, está en la situación ventajosa de pretensión quien puede exigir de otros la realización de una determinada conducta. Quien no se encuentra en la situación ventajosa descrita como pretensión está en la que podemos describir como no-derecho (es decir, la situación de quien no puede exigir a otros determinadas conductas). (2) Se encuentra en la situación jurídica que podemos calificar como privilegio o libertad quien tiene un «derecho» que puede hacer valer frente a quien se encuentra en la situación ya descrita de no-derecho en relación con quien ejerce tal comportamiento; es decir, se encuentra en la situación ventajosa de privilegio o libertad quien no tiene el deber de realizar determinadas conductas respecto a otros; quien no se encuentra en la situación ventajosa descrita como pretensión, está en la que ya hemos descrito como deber (3). Se encuentra en la situación jurídica que podemos calificar como potestad jurídica o competencia quien tiene un «derecho» que puede hacer valer para modificar sus relaciones jurídicas (es decir, para imponer determinadas prescripciones) frente a quien se encuentra en la situación correlativa de sujeción (es decir, la situación de quien tiene el deber de observar determinadas prescripciones); quien no se encuentra en la situación ventajosa descrita como potestad o competencia es decir, quien no puede dirigir prescripciones a los otros, está en la que podemos describir como incompetencia (4). Se encuentra en la situación jurídica que podemos calificar como inmunidad quien tiene un «derecho» que puede hacer valer para impedir que se modifique su situación jurídica por parte de quien se encuentra en la situación de inmunidad quien se encuentra en la situación que podemos describir como ausencia de deber de cumplir las prescripciones de otros; quien no se encuentra en la situación ventajosa descrita como inmunidad, está en la que hemos descrito como sujeción.

3. Cfr. Auto T. C. n.º 359/1985, de 29 de mayo, fdo. jurídico 7; igualmente, Auto n.º 181/1986, de 21 de febrero, Auto n.º 180/1986 de 21 de febrero, y STC 62/1982 de 13 de mayo, 242/1983 de 16 de diciembre, 20/1990 de 15 de febrero, 120/1990 de 27 de junio, 187/1991 de 3 de octubre. Un estudio comparativo de los arts. 9 del Convenio de Roma y 16 de la CE de 1978 y de la jurisprudencia constitucional española al respecto, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La aplicación del convenio europeo de derechos humanos en España. Análisis de jurisprudencia constitucional (1980-1988)*, Madrid, Tecnos, 1988. Quizá el más interesante de los estudios recientes sobre la libertad religiosa en las declaraciones y normas de derecho internacional sea el de I. BRESSAN, *Libertà religiosa nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1989. Asimismo, resulta de utilidad en el ámbito que a nosotros nos interesa aquí el conocido texto de P. VAN DIJK-G. J. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law 7 Taxation Publ., Deventer-Boston, pp. 397 y ss.

gún resulta evidente, exige una acción positiva por parte del Estado, y no simplemente una posición de mera abstención o indiferencia, pues en ese caso resultaría difícil garantizar de forma eficaz tal libertad.

Pero hemos visto que existe otra dimensión, la que deriva de la exteriorización social del hecho religioso y produce la existencia de una comunidad o incluso de sociedad religiosa: este aspecto comunitario, que entronca directamente con la libertad de culto, es el que pone de relieve, de modo más claro aún que el anterior, lo inevitable de la relación entre poder y hecho religioso, una constante histórica a la que la modernidad ofrece la respuesta de la laicidad o aconfesionalidad que tiene dos aspectos: el negativo (el poder político no se identifica con ninguna religión o culto, en estrecha conexión con la tolerancia o, mejor, el pluralismo que es la lógica consecuencia de la libertad de conciencia, y por consiguiente, no debe favorecer o discriminar a ninguna, sino mantener en principio la más estricta separación), y el positivo (el poder político debe asegurar esa libertad —no sólo la de conciencia: también la de culto—, esto es, hacerla posible, y aquí es donde se plantean los límites no sólo del ejercicio de la libertad de culto, sino sobre todo de la tesis de separación, es decir, a *sensu contrario* también de la acción positiva del Estado que se declara laico: por ejemplo, garantizar que la igualdad de los ciudadanos no sufrirá como consecuencia de las diferencias de carácter religioso)⁴.

Resulta claro que una y otra dimensión de la libertad religiosa muestran el error de la reducción de ese derecho al ámbito de lo íntimo. Quizá el terreno en el que queda patente esa importante matización, y en el que se plantean los conflictos más interesantes es el de la relación entre libertad religiosa y derecho a la educación, un ámbito en el que, por lo demás, se advierte la colisión entre los

4. Por supuesto que no existe un criterio homogéneo: como se ha señalado, frente al modelo laicista clásico, el francés o portugués, y el de reconocimiento institucional propio de Alemania e Italia, nuestro país opta —en los arts. 16 y 17 de la Constitución— por uno moderado, que por lo demás no ha dejado de ser objeto de críticas, sobre todo en el desarrollo legislativo ordinario, al primar de modo excepcional a la confesión católica, justificándolo por la caracterización del hecho religioso como hecho social relevante y en los principios de igualdad proporcional, cooperación y orden público.

derechos individuales, la competencia de los padres (o la familia, si se prefiere así) y la competencia y aún el deber del Estado de garantizar el derecho a la educación. Por eso, en esta ponencia dedicaremos nuestra atención a esta última cuestión.

Permítasenos, con todo, una brevísima reflexión final de carácter introductorio: una muestra evidente de la evolución del concepto de libertad religiosa es que hoy se abre paso, con no poca dificultad, desde luego, el sentido amplio —que, en una tradición que en cierto modo se remontaría al Marx de *Zur Judenfrage*⁵ podríamos llamar crítico— de la libertad religiosa, cuyo objeto sería no sólo proteger la diversidad de fe de los creyentes, el pluralismo confesional, sino cualquier convicción al respecto; por supuesto, también las diversas negaciones de la fe⁶. Estaríamos ante una tercera etapa, después de las simbolizadas por los principios de tolerancia y de laicidad (que se queda en la mayoría de los casos en mero pluralismo confesional), la del pluralismo religioso en el sentido más amplio⁷.

II. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA COMUNITARIO EUROPEO

Es un lugar común⁸ la afirmación de que en el propósito fundacional de la Comunidad Europea (de la Comunidad Económica Europea) figuraba el desarrollo de cuatro libertades relacionadas directamente con el Mercado Común: circulación de trabajadores, establecimiento, tráfico de mercancías y movimiento de capitales. De

5. Cf. a ese respecto el trabajo de ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*, Madrid, Mezquita, 1985.

6. Un buen ejemplo de esas dificultades en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo y de la Comisión a la que prestaremos atención en esta ponencia es el caso *Angelini c/ Suecia*, en el que recayó la decisión 3.XII.1986 de la Comisión declarando inadmisibles las pretensiones de las demandantes que consideraban que existía una violación, entre otros, del art. 9 del Convenio Europeo por obligar a asistir a cursos de instrucción religiosa en la escuela pública, lo que contravendría el derecho de libertad religiosa.

7. Así lo señala entre otros SORIANO, *Las libertades públicas*, Madrid, Tecnos, 1991 pp. 70 y ss.; en cierto sentido, es la tesis que apunta también PRIETO SANCHIS, en IBÁÑPRIETO, *Lecciones de derecho eclesiástico*, Madrid, Tecnos, 1985.

8. Cr. por todos el excelente trabajo de LÓPEZ GARRIDO, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario*, Madrid, Tecnos, 1986.

hecho, es incuestionable que, en el sistema comunitario, la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia es, como asegura Cohen⁹, una protección «funcional», porque sólo es posible si se pone en relación con la protección de uno de esos derechos económicos que son objeto específico del Tratado. Se ha sostenido con no menos frecuencia que los derechos fundamentales constituirían un campo ajeno a los tratados fundacionales: precisamente la inexistencia de referencias directas a la protección de los derechos fundamentales en los textos de los tratados constitutivos de la Comunidad, provocó que fuera el Tribunal de Justicia el que acuñara por vía jurisprudencial los principios que regulan esa protección. Sin embargo, la doctrina mantenida por ese órgano está lejos de ser uniforme: en los primeros años de funcionamiento, el Tribunal de Justicia era considerado más como un Tribunal internacional que como un órgano jurisdiccional supranacional: en ese sentido, suele destacarse¹⁰ que su actuación en materia de derechos fundamentales ha experimentado dos fases: una primera, más inhibicionista o «defensiva» (Pescatore), de talante restrictivo y formalista y que probablemente contribuyó al déficit democrático que se achaca a la Comunidad (Weiler) y que correspondía a la propia percepción de su dimensión institucional en el sentido antes reseñado, y una segunda etapa —a partir del caso Stauder¹¹— en la que, bien sea por la propia evolución de la Comunidad y por tanto de su dimensión ju-

9. COHEN-JONATHAN, *La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme*, «Rev. du Marché Commun» (1978), pp. 74 y ss.; *La problématique de l'adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des droits de l'homme*, Mélanges à P. Tietgen, 1984, pp. 81-104.

10. WEILER, *Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, en BERNHARDT/JOLOWITZ (eds.), *International Enforcements of Human Rights* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht), hrsg. BERNHARDT/DOEHRING/FROWEIN, B. 93, 1987 (pp. 113-143). Asimismo WEILLER, *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e proceso politico*, Bologna, 1985. Cfr. también PESCATORE, *Les exigences de la démocratie et de la légitimité de la Communauté Européenne* Cahiers de droit européen 1974, p. 499; PESCATORE, *Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities*, American Journal of Comparative Law, 343/1970, p. 348; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, «Revue Internationale de Droit Comparé», 4/1983, pp., 708 y ss.; RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Boston, 1986.

11. S. T. J. C. E. *Eric Stauder vs. Ville d'Ulm* 20.XI.1969, aff. 29/69, Rec. XV, 1969, pp. 419 y ss.

rídica e institucional¹², es decir, por lo que algunos denominan «expansión comunitaria», bien por la presión de la doctrina científica y de lo que se ha dado en llamar la «rebelión de los Tribunales Constitucionales» contra la primacía del derecho comunitario, basada precisamente en esa indefinición en materia de derechos fundamentales¹³, se abocó a una concepción proteccionista basada en la tesis avanzada por la doctrina¹⁴ de que en el Derecho Comunitario existe un sistema completo de protección de los derechos fundamentales, al menos en germen, y que va más allá de los sistemas constitucionales nacionales, tesis que, en realidad es la lógica consecuencia de la caracterización del Ordenamiento Jurídico Comunitario como autónomo (a la par que dotado de eficacia directa y de jerarquía superior), tal y como lo ha hecho la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, si el Derecho Comunitario es tal, resulta obvio que los derechos fundamentales no pueden dejar de estar presentes como una suerte de «valores constitucionales» del mismo, tal y como ha sido ratificado en numerosas ocasiones por el Parlamento Europeo¹⁵. Así pues, a partir de las Sentencias *Stauder* e *International Handelngesellschaft*¹⁶ se sostiene con toda claridad que el reconocimiento de los derechos fundamentales («los derechos de la persona») por el Tribunal de Justicia no corresponde al hecho de que aquellos sean parte del ordenamiento jurídico constitucional de los Estados miembros, sino porque forman parte del propio Derecho

12. Evolución a la que quizá no es ajena la función de integración que puede desempeñar el sistema de derechos fundamentales, tal y como apuntan, además de PESCATORE en *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, *Cahiers de droit européen*, 1969, p. 629, FROWEIN/SCHULHOFER/SHAPIRO, *The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration*, en CAPPELLETI/SECCOMBE/WEILER, *Integration through Law. Europe and the American federal experience*, Berlin-N. York, vol. 1, pp. 231-34.

13. Cf. T. C. italiano (caso *S. Michèle*, 27.XII.73) y T. C. alemán (caso *Solange Beschluss* 29.V.74).

14. PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, *Cahiers de Droit Européen*, 6/1986, pp. 629 y ss.; FUSS *Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaften aus deutscher Sicht (mit einer Skizze der Grundrechtsprobleme in Frankreich, Grossbritannien und der Bundesrepublik Deutschland)* Bruxelles, 1975).

15. Así, la declaración conjunta del Parlamento, del Consejo y de la Comisión de 5 de abril de 1977, que expresamente reconoce que los tratados constitutivos de las Comunidades descansan en el principio del respeto al derecho que comprende los principios generales del derecho y especialmente los derechos fundamentales.

16. S. T. J. C. E. 17.XII.1970, *Internationale Handelngesellschaft mbH contre Einfuhrund, vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, Rec. XVI-2 (1970), pp. 1158 y ss.

Comunitario, es decir, que este es un sistema con fuentes de diferente origen, entre otras, además del Tratado fundacional y los actos de las instituciones comunitarias, «los principios de derecho común a los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad» y «el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho de la Comunidad», tesis que, como escribe López Garrido¹⁷ son reforzadas en la Sentencia de 14 de mayo de 1974, en el asunto *Firma J. Nold KG vs. Commission CEE*¹⁸ en el que se amplía el catálogo de fuentes inspiradoras al incluir los «instrumentos internacionales», y, sobre todo, en la Sentencia de 28 de octubre de 1975, en el caso *Rutili vs. Ministerio del Interior de la República Francesa* cuando se utilizan por primera vez de modo expreso las disposiciones del Convenio Europeo de 1950 como elemento interpretativo, lo que aproxima el procedimiento del Tribunal al de la Corte de Estrasburgo. A partir de aquí se suscitará el bien conocido debate sobre la conveniencia de adoptar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, construir un catálogo propio, o continuar con la «labor pretoriana» del Tribunal de Luxemburgo. La primera solución, inicialmente descartada por la doctrina y las instituciones, se abre camino a partir del informe de la Comisión de 2 de mayo de 1979, de la resolución del Parlamento de 29 de octubre de 1982 y sobre todo de la resolución del Parlamento de 14 de febrero de 1984, que es el antecedente directo de la Unión Europea cuyo comienzo institucional se recogió en Maastricht.

Aunque es obvio que, como señalara ya Bernhardt en el estudio que dio pie al informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, sólo un sector mínimo de los derechos fundamentales tradicionales puede verse afectado por las actuaciones Comunitarias (y, entre ellos, muy raramente la libertad religiosa), no es menos cierto que, como ha escrito, entre otros, V. Pernice¹⁹, la libertad religiosa no ha quedado al margen de la especificidad del ordenamiento comunitario: así lo atestigua, por ejemplo, el caso *V. Preis vs. Conseil des*

17. *Op. cit.* p. 129.

18. Rec. 1974, p. 491.

19. V. PERNICE, *Religionsrechte Aspekte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, «Juristen Zeitung», 1977, pp. 777 y ss.

*Communautés Européennes*²⁰, aunque, en realidad, lo que plantea este caso es la libertad religiosa como una especificación del principio general de no discriminación, la prohibición de discriminación por motivos religiosos, como corolario a su vez del principio de igualdad y en conexión con el acceso al puesto de trabajo.

III. LA LIBERTAD DE RELIGIÓN EN EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido con el nombre de Convenio Europeo de Derechos Humanos, garantiza expresamente la libertad de religión, al plasmar en el artículo 9 los principios siguientes:

«1. 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, 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, constituyen 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».

En relación con esta disposición hay que mencionar igualmente el artículo 2 del Protocolo Adicional nº 1 que trata esta cuestión, al referirse al derecho a la instrucción, en los siguientes términos:

20. Aff. 130/75, Rec. 1976, p. 1589. Se trata de una demanda por la imposibilidad de acudir a un examen de puestos de trabajo en la Comunidad, al celebrarse en sábado, cuando el demandante es judío.

«A nadie se puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asumirá 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».

1. El contenido de la libertad de religión

Si examinamos el tenor literal del precitado artículo 9, hay que resaltar que las libertades garantizadas están un poco desnudas, ya que no se entra en ninguna cualificación jurídica. Por otro lado, las eventuales restricciones al ejercicio de este derecho sólo son posibles en cuanto a la forma de expresar o manifestar este derecho, tal y como está previsto en el párrafo 2²¹. Desde esta misma perspectiva hay que señalar que «la libertad de manifestar su religión o sus convicciones» es completamente distinto del derecho a la «libertad de expresión» garantizado en el artículo 10.

Con estas premisas, es necesario señalar que el concepto de religión debe ser considerado en su sentido amplio. Los órganos establecidos por el Convenio no tienen competencia para pronunciarse sobre la definición de la religión. El contenido del concepto debe pues dejarse a la discreción de cada individuo, reservando por supuesto los límites fijados en todo lo relacionado con su manifestación²². Como ha señalado la Comisión, el artículo 9 protege «la sphère des convictions personnelles et des croyances religieuses, c'est-à-dire le domaine qui est quelquefois appelé le *forum internum*»²³.

Así pues, la libertad de religión implica la libertad de cambiar de religión. Esta libertad presupone un pluralismo religioso en el se-

21. A este respecto, hay que señalar que en el caso *Guzzardi* se alegó ante el Tribunal una infracción de su derecho a manifestar su religión para profesar su culto. Sin embargo, no requirió ni la celebración de culto en la capilla de Cala Reale ni la facultad de ir a la iglesia de Cala d'Oliu por lo que el Tribunal no procedió al examen de dicha queja.

22. Véase FAWETT, J., *The European Convention on Human Rights*, p. 199.

23. Ver 10358/83, X... c. Reino Unido, 15 de diciembre de 1983, Tomo 38, p. 142. Esta tesis sería confirmada posteriormente en otros asuntos llevados a la Comisión, como: *Veveiniging*... c. Países Bajos 13 de marzo de 1986, D. R., Romo 46, p. 200.

no de la sociedad que tiene que estar garantizado por ésta. No obstante, hay que señalar a este respecto que la libertad de cambiar o de elegir su religión no se concibe para los niños, ya que no son titulares de este derecho, que corresponde a sus representantes legales. Esta cuestión no se evoca precisamente en el artículo 9 y la solución hay que buscarla interpretando esta disposición al hilo de lo que establece el artículo 2 del Protocolo Adicional 1 de 1952 antes citado. En este contexto, el derecho a elegir la educación religiosa corresponde a los padres. Pero, ¿qué ocurre en caso de separación o de divorcio? En estos casos, según la Comisión, el derecho a elegir la educación religiosa corresponde al cónyuge que haya obtenido la custodia. Así, la Comisión no ha admitido a trámite la demanda presentada por un padre católico y divorciado que se quejaba de que su hijo estaba siendo educado en la religión protestante, aduciendo que el hecho es imputable a la madre que ha recibido la custodia, y que al estar dirigida la demanda contra un particular, no puede entrar en materia²⁴.

Esta solución no puede ser convincente, ya que se hace depender la educación religiosa de elementos extranjeros al contenido de este derecho, impidiendo en muchos casos el propio ejercicio de este derecho. Si a este añadimos el hecho de que en algunos sistemas jurídicos, como el suizo, el cónyuge que obtiene la custodia, ejerce exclusivamente la patria potestad, ya que el otro cónyuge la pierde automáticamente, es fácil comprender el desamparo religioso en el que pueden caer los niños cuando la persona a la que se le ha otorgado la custodia es, por ejemplo, agnóstica²⁵. En esta situación, al otro cónyuge sólo le queda el derecho al pataleo.

De este derecho a elegir la libertad religiosa se deduce que la primera obligación del Estado es la de respetar las diferentes convicciones o religiones, de aceptar que los individuos puedan libremente adoptarlas o modificarlas, evitando así cualquier injerencia en el

24. Ver 172/56, X... c. Suecia, 20 de diciembre de 1957, *Annuaire de la Convention Européenne des droits de l'homme*, 1957, p. 211.

25. Para un análisis de un caso contrario, es decir, el de una madre y su hija, agnósticos que se quejaban de la obligación de tener que seguir la enseñanza de religión, ver 10491/83, *Angelini c. Suecia*, 3 de diciembre de 1986.

ejercicio de este derecho protegido²⁶. Se prohíbe pues el endoctrinamiento por parte del Estado, ya que en este caso se violarían las convicciones religiosas y filosóficas de los padres²⁷. Hay que señalar además que el artículo 9 del Convenio otorga, según la Comisión, una protección no sólo contra el endoctrinamiento por parte del Estado en el ámbito de la educación escolar, sino también en cualquier otra actividad que haya asumido la responsabilidad²⁸. En este contexto, la prohibición permite incluso poder apreciar el contenido de la enseñanza. Desde esta perspectiva, no se puede considerar, según la Comisión, que una enseñanza sobre ciertos conocimientos religiosos sea un endoctrinamiento, ya que esta enseñanza tiende sólo a informar *sobre la religión y no en la religión*. Así las cosas, esta enseñanza aporta sólo una información y no puede considerarse como una forma de culto. El hecho de que esta enseñanza se concentre sobre el cristianismo no es suficiente para hablar de endoctrinamiento²⁹.

Pero volvamos a la cuestión que nos concierne más directamente: ¿cómo ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el derecho de libertad religiosa recogido en el precitado artículo 9?

2. *La libertad de religión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de la libertad religiosa no es ni abundante, ni convincente, y presenta a veces una dicotomía difícil de comprender. Las razones que explican esta situación son variadas y diversas, aunque quizás las más importantes sean *la falta de homogeneidad del Tri-*

26. Existe, sin embargo, una excepción: los Estados no están obligados a reconocer la objeción de conciencia al servicio militar y en la hipótesis en la que se les otorgue un estatuto especial, los objetores no pueden pretender tener un derecho a ser exentos del servicio civil sustitutorio. Véase el caso *Grandrath*, nº 2299-64, Rapp. Commission, 12 de diciembre de 1966.

27. A este respecto, véase *infra*.

28. Véase, por ejemplo, 10491/83.

29. *Ibid.*

bunal y una influencia, por un lado laica y por otro protestante, demasiado grande de determinados países europeos. Dicho esto, quisiéramos resaltar que la cuestión de la libertad de religión se ha tratado en estrecha unión en el derecho a la educación, de ahí que quisiéramos hacer algún comentario a este respecto.

3. *El derecho a la instrucción y la libertad de religión*

Sabemos que el artículo 2 del Protocolo 1 garantiza el derecho a la instrucción. Pero este derecho a la instrucción no otorga al Estado una absoluta libertad, sino que éste, en el ejercicio de sus funciones, debe respetar las convicciones religiosas y filosóficas de cada cual. El caso más significativo a este respecto es la sentencia *Kjeldsen, Bush Madsen y Pedersen* del 7 de diciembre de 1976 que atañe a lo siguiente:

Kjeldsen, Bush Madsen y Pedersen eran padres y madres de familia, con hijos de corta edad, que se oponían a una ley danesa de 27 de mayo de 1970 que imponía la «educación sexual integrada» en las escuelas públicas de Dinamarca. El objetivo de la ley era, según el artículo 1, impartir a los alumnos conocimientos que:

- a) les ayuden a evitar una incertidumbre y temor que puedan crearles problemas;
- b) les ayuden a comprender mejor las relaciones que unen la vida sexual, la vida afectiva y la vida en sociedad;
- c) den a cada alumno la posibilidad de descubrir por sí mismo las actitudes que armonicen mejor con su propia personalidad;
- d) valoren la importancia del sentido de la responsabilidad y de la delicadeza en el ámbito sexual.

Para los demandantes, la educación sexual integrada, considerada por la legislación danesa como *asignatura obligatoria* violaba sus convicciones de padres cristianos, vulnerando así, según ellos, el artículo 2 del Protocolo 1. Junto a esta disposición, los demandantes defendían la tesis de que también se violaba el artículo 9 del Conve-

nio de Roma relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

En cuanto a la violación alegada del artículo 2 del Protocolo 1, el Tribunal rechazó los argumentos gubernamentales según los cuales la segunda frase de la precitada disposición no se aplica a las escuelas públicas. Para el Tribunal, el artículo 2 protege un *pluralismo educativo* que es esencial para la preservación de la sociedad democrática. A causa del amplio abanico de competencias que ha asumido hoy en día el Estado moderno, está claro que mediante la enseñanza pública debe ser realizado este objetivo. Abundando en este análisis, el Tribunal considera que la segunda frase del artículo 2 debe leerse e interpretarse en combinación con la primera, que consagra el derecho a la instrucción. Es precisamente sobre este derecho fundamental sobre el que descansa el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas, y ni la primera frase, ni la segunda, distinguen entre enseñanza pública y enseñanza privada³⁰. Sobre este derecho fundamental a la instrucción, se injerta pues el derecho de los padres a exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Es lógico que, si los padres tienen un deber natural hacia sus hijos de asegurarles la educación y la enseñanza, puedan por otra parte exigir del Estado el respeto de sus ideas religiosas y filosóficas.

En cuanto a la definición y la elaboración del programa de estudios, el Tribunal reconoce que son, en principio, competencia de los Estados. Es una cuestión de oportunidad y, por lo tanto, puede variar según los países y las épocas. Además, según el Tribunal, el artículo 2 del Protocolo 1, y particularmente su segunda frase, no prohíbe a los Estados difundir «mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, bien sea directamente o no, carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, ya que si tal fuera el caso, cualquier enseñanza correría el riesgo de mostrarse impracticable... La segunda

30. Cf. par. 50 de la sentencia. Cabe señalar que el Tribunal no precisa en modo alguno el sentido de la expresión «convicciones religiosas o filosóficas», lo que puede plantear problemas a la hora de dilucidar si se han respetado o no las convicciones cristianas de los padres.

frase del artículo 2 implica, por el contrario, que el Estado, cuando cumpla las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vigile que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera *objetiva, crítica y pluralista*. Se prohíbe pues al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado»³¹.

Con estas afirmaciones, es obvio que el Tribunal no iba a sostener las tesis defendidas por los padres daneses. El límite impuesto por el Tribunal de Estrasburgo, es decir, el adoctrinamiento, es muy alto y efectúa, en nuestra opinión, una interpretación demasiado restrictiva³². Sólo faltaba que en un Estado llamado democrático se pudiera adoctrinar a la gente sobre la base de un interés público. El Alto Tribunal reconoce sin embargo que puede haber abusos en la manera en que una escuela o un determinado maestro apliquen los textos en vigor. Para evitar estas irregularidades, «corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado posible, porque las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no se vean contrariadas a este nivel por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo»³³. Así pues, para el tribunal de Estrasburgo, no se puede considerar que se haya violado el artículo 2 del Protocolo 1 ni el artículo 9 del Convenio³⁴. Los argumentos de Tribunal no fueron seguidos por un gran jurista internacionalista, el Profesor Verdross, que emitió un voto particular sumamente significativo, como suele ocurrir en estos casos. Para Verdross, la cuestión no es saber si el artículo 2 del Protocolo 1 prohíbe o no el adoctrinamiento, que está claro que sí lo prohíbe. Lo que hay que dilucidar es saber si los padres pueden oponerse a una educación sexual obligatoria en una escuela pública en aquellos casos, como es éste, en los que no hay un intento de adoctrinamiento.

31. *Ibid.*, par. 53.

32. Cf. *infra* el comentario que hacemos en torno al voto particular del Juez Verdross.

33. Par. 54.

34. Hay que señalar que aunque el Tribunal no aluda en muchas ocasiones al artículo 9 del Convenio, le ha tenido presente a la hora de interpretar el artículo 2 del Protocolo 1. Cf. par. 52.

A esta cuestión habría que dar una respuesta positiva en aquellos casos en los que se haga referencia a las *actividades sexuales* incluida la anti-concepción, ya que si son dadas a menores, aunque se haga de una manera objetiva, afectan siempre a la formación de su conciencia. En este caso, es obvio que estas informaciones objetivas pueden violar las convicciones cristianas de los padres, y contra esta opinión no puede invocarse el artículo 10 del Convenio³⁵, ya que el artículo 2 del Protocolo 1 constituye una *lex specialis* respecto a la *lex generalis* del artículo 10. Para el Juez austríaco, el precitado artículo 2 obliga a los Estados, de una manera absoluta, a *respetar las convicciones religiosas y filosóficas* de los padres, sin hacer distinciones entre las diferentes intenciones con las que se dé la instrucción. Bajo este prisma, el Tribunal hubiera debido limitarse en caso de duda a averiguar si este motivo coincidía o no con la doctrina profesada por los demandantes, ya que si éstos no tenían la facultad de hacer dispensar a sus hijos de asistir a los cursos en cuestión, se cometería una discriminación no justificada prohibida por el artículo 14, en comparación con los padres cuyas convicciones religiosas son conformes con las del sistemas danés.

CONCLUSIÓN

La libertad de religión en los órganos de Estrasburgo es analizada con bastante prudencia. Uno tiene la impresión de que la libertad de religión se ha abandonado a la discreción del Estado y de las distintas iglesias sin que se haya elaborado un *noyau dur* que vaya rompiendo reticencias, por un lado, o abusos, por otro. Con estas premisas, la libertad de religión se ha modulado según ciertos componentes políticos y religiosos, sin escapar a un cierto grado de laicismo que parece subsistir tanto en la Comisión como en el Tribunal de Estrasburgo. A pesar de todo, la jurisprudencia del Tribunal es muy escasa y los asuntos examinados por la Comisión atañen sobre todo a grupos marginales. ¿En estas circunstancias, se podrá hacer frente a los desafíos religiosos de los integristas y de las numerosas sectas que azotan hoy día Europa?

35. Esta disposición consagra la libertad de toda persona a recibir y comunicar *información*.