

CAPÍTULO TERCERO

LAS LIBERTADES RELIGIOSA, DE PENSAMIENTO Y DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

En este capítulo expondremos los principales rasgos que definen el ámbito concreto de protección, brindada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos a las libertades de pensamiento, conciencia y religión; de acuerdo con la interpretación tanto de la Comisión de Derechos Humanos como del Tribunal o Corte Europea de Derechos Humanos, elaborada a partir de algunos de los casos más importantes, sometidos a su conocimiento.⁷²

⁷² Para realizar este apartado nos hemos apoyado de manera importante en el exhaustivo análisis de la jurisprudencia europea que hace el profesor Martínez Torrón en los artículos ya citados. Además, hemos revisado las principales resoluciones tanto del Tribunal como de la Comisión. Todas las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos son publicadas por el Consejo de Europa. La Serie A comprende las sentencias y las decisiones de la Corte, mientras la Serie B contiene todos aquellos documentos y memoriales presentados en el curso del juicio. Las lenguas oficiales en que se publican son el inglés y el francés.

Asimismo, las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de ser publicadas por el Consejo de Europa, son publicadas en inglés por la editorial inglesa Sweet & Maxwell, en la publicación periódica denominada *European Human Rights Reports* (EHRR). Para los países de habla francesa se publica en la casa editorial Carl Heymanns Verlag KG de Luxemburgo.

También existen otro tipo de publicaciones en las que, además de transcribir los textos de las sentencias o resoluciones más importantes de los órganos del Consejo de Europa, se hacen interesantes comentarios a los mismos. Tal es el caso de *L'interpretazione giudiziaria della convenzione europea dei diritti dell'uomo, Guida alla Giurisprudenza della Corte (1960-1987)*, publicación del Instituto Internacional de Estudios sobre Derechos del Hombre, constituido

I. CONTENIDO Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Hasta el momento no existe una doctrina uniforme en la jurisprudencia de los órganos del Consejo de Europa que defina claramente estos tres conceptos. En ocasiones, la confusión es de tal magnitud que no se sabe si se trata de un solo derecho o de tres derechos.

Al parecer, el bien jurídico tutelado por estas libertades son las creencias o convicciones sean o no de carácter religioso. La libertad de conciencia no parece proteger ningún ámbito propio o autónomo, sino que aparece vinculada o derivada de la libertad de pensamiento o de religión.

La jurisprudencia europea —nos dice Martínez-Torrón— parece erigir las creencias como la noción central sobre la que bascula la protección otorgada a las tres libertades mencionadas. Con lo cual, las coordenadas del sistema se fijan en la libertad religiosa y la libertad de pensamiento, de manera que la libertad de conciencia tendría un cierto carácter residual, siendo tutelada en la medida en que el comportamiento del individuo pueda caracterizarse como manifestación de las convicciones personales, religiosas o no.⁷³

Esta disquisición se refuerza —como veremos más adelante— con la interpretación que la jurisprudencia ha dado al término *prácticas*, como un medio protegido por el convenio para manifestar la propia religión o las convicciones.

Por ahora bástenos señalar que el término *práctica*, tal como es empleado en el artículo 9.1, no cubre cada acto que es motivado o influido por una religión o creencia; al contrario, cuando las acciones de los individuos no expresan realmente la creencia religiosa o filosófica en cuestión, no pueden ser consideradas

con la intervención del Consejo de Europa, la UNESCO y el gobierno italiano. Publicación a cargo de Roberto Facchin, Padua, CEDAM, 1988.

⁷³ Cfr. Martínez Torrón, Javier, *op. cit.*, p. 424.

como protegidas como tales por este artículo, aun cuando estén motivadas o influidas por ella.⁷⁴

De acuerdo con la opinión del profesor Martínez-Torrón:

Es la libertad religiosa la clave que[...] permite determinar el alcance de la protección que el Convenio reconoce a la proyección o manifestación externa de las creencias en el sentido de que la clase de ideologías protegibles en virtud de la libertad de pensamiento parece delimitarse por referencia al ámbito típico de la libertad de religión[...] se alude a las creencias que desempeñan en la vida de una persona una función semejante a la que desempeña la religión, en cuanto conjunto de convicciones éticas y de concepciones sobre los aspectos más relevantes de la vida del hombre.⁷⁵

II. LA DOCTRINA DEL FUERO INTERNO Y DEL FUERO EXTERNO. FUERO INTERNO Y LIBERTAD DE CONCIENCIA

En los últimos años, la jurisprudencia europea ha elaborado la doctrina del fuero interno y del fuero externo que permite una delimitación más clara del ámbito de protección de cada una de las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia.⁷⁶

Se sostiene que el ámbito del fuero interno no puede ser restringido de ninguna forma. Protege la libertad de elección de reli-

⁷⁴ Cfr. Caso *Arrowsmith vs. Reino Unido*, Reporte de la Comisión (Rep. Com.) 7,050/75, *Decisions and Reports* (DR), núm. 19, pp. 19 y 20. Se refiere a una ciudadana británica, puesta en prisión por supuestos panfletos pacifistas entre los soldados ingleses acuartelados en Irlanda del Norte, incitándolos a la desertión. El caso se resolvió en contra de la peticionaria por considerar que aunque el *pacifismo* es una ideología protegida por el artículo 9o., el hecho de repartir panfletos no es una *manifestación* de esa ideología, sino una conducta *motivada* en el pensamiento pacifista. Más adelante abundaremos en la distinción entre manifestación y motivación, para efectos del ámbito protegido por el artículo 9o. del CEDH.

⁷⁵ Cfr. Martínez Torrón, Javier, *op. cit.*, p. 424.

⁷⁶ Cfr. Martínez Torrón, “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

gión o convicciones, prohíbe toda intromisión en el fuero interno respecto del acto de elección, como son algunos métodos de proselitismo abusivo. Protege, también, contra una *indoctrinación* por parte del Estado, en el fuero interno de las personas.

El concepto de *indoctrinación* se expresó, a propósito del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen.⁷⁷ Se trataba de una demanda interpuesta por tres matrimonios en contra del gobierno danés, por la reforma a los planes de estudio que imponía, a temprana edad, una educación sexual *integral*, es decir, sin constituir una materia particular, sino integrada en el contenido de otras materias, y sin que se previese la posibilidad de alguna excepción por motivos éticos o religiosos. La demanda se fundaba en el artículo 2o. del primer protocolo de Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a sus convicciones.

En este caso, el Tribunal no consideró violación alguna al artículo mencionado, porque el interés público exige que la educación sexual forme parte de los planes de estudio de las escuelas públicas, y porque, finalmente, los padres conservan el derecho de cambiar a sus hijos a escuelas privadas fuertemente subvencionadas por el Estado, o bien, porque la ley danesa permite a los padres ocuparse directamente de la educación de sus hijos.

Se argumentaba que el artículo 2o. del primer protocolo protege a los hijos sólo contra la *indoctrinación* por parte del Estado, en materia de religión o de convicciones, ya sea en el ámbito educativo o en otras instancias. Y que la educación sexual no constituía una *indoctrinación*, sino una transmisión *objetiva* de conocimientos. El Tribunal hacía notar que la determinación de los planes de estudio es competencia del Estado, y comporta un amplio margen de apreciaciones discrecionales que la Corte no está legitimada para enjuiciar.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal, 7 de diciembre de 1976, comentada por Martínez Torrón, en “La objeción de conciencia en el derecho internacional”, *op. cit.*, pp. 189 y 190.

Sin embargo, en esta sentencia consta el voto discrepante del juez Verdorss, quien distingue entre la información sobre los hechos de la sexualidad humana —propia de la biología— y la información sobre las prácticas sexuales, incluida la anticoncepción, que constituía la materia de estudio impuesta por la ley danesa. Este segundo aspecto puede afectar el ámbito de la conciencia y puede, por tanto, oponerse a las convicciones morales de los padres por el mero hecho de impartirse colectivamente en la escuela a una edad que consideran temprana.

Por otra parte, éste voto particular señala que no existen indicios en el artículo 2o., donde prohíba exclusivamente el fin de *indoctrinamiento* en la actividad educativa estatal. Al contrario, de una manera general se exige que el Estado respete las convicciones de los padres sin la menor referencia a la finalidad perseguida por la organización pública de enseñanza.

En consecuencia, el Tribunal debió limitarse a constatar si la legislación impugnada iba en contra de las creencias de los demandantes, esto sucede en el presente caso, porque la norma no regula la concesión de exenciones. Tampoco sirve de mucho la posibilidad de acudir a escuelas privadas o de educar personalmente a los hijos, porque eso entrañaría una discriminación injusta, prohibida por el artículo 14 del Convenio, que consagra el principio de igualdad.

El criterio sobre el *proselitismo abusivo* fue expuesto con ocasión del caso Kokkinakis, resuelto por el Tribunal Europeo mediante sentencia del 25 de mayo de 1993.⁷⁸ En esta sentencia distingue la Corte el *proselitismo abusivo* que se manifiesta como “la oferta de ventajas materiales o sociales con miras a ganar

⁷⁸ Cfr. *Affaire Kokkinakis c. Grece*, Arret 3/1992/348/421, del 25 de mayo de 1993, dictado por la Corte Europea de Derechos Humanos, publicado en el vol. 260-A de la serie A, editada por la Carl Heymanns Verlag KG, de Luxemburgo.

El caso se refiere a un miembro de la confesión religiosa testigos de Jehová, que fue condenado a prisión por hablar con la esposa del cantor de la Iglesia ortodoxa, con base en la prohibición que existe en la ley griega de hacer *proselitismo religioso*.

nuevos adeptos, la presión abusiva sobre personas en situación de ansiedad o necesidad”, e incluso el empleo de la violencia o el “lavado de cerebro”, y el proselitismo *lícito*, protegido por el artículo 9o. del Convenio.⁷⁹

III. LA DOCTRINA DEL FUERO EXTERNO Y LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE RELIGIÓN

Como decíamos, de acuerdo a esta doctrina, el fuero externo protegería las manifestaciones exteriores de la propia religión o convicciones. Es en este ámbito donde pueden establecerse limitaciones al derecho de manifestar la propia religión o convicciones, según veremos en las siguientes páginas.

Para delimitar específicamente el ámbito protegido por el fuero externo, la jurisprudencia europea se basa en la interpretación que ha hecho de los términos *religión*, *convicciones* y *manifestación*.

1. *Concepto de religión y de pensamiento o convicciones y concepto de manifestación*

Hasta el momento, la jurisprudencia europea no ha precisado el significado exacto de lo que debemos entender por *religión*. Según Martínez-Torrón (al parecer la ha entendido en el sentido tradicional) la religión es: “Creencia en un ser supremo y trascendente, de la que se deriva un dogma, una moral y un culto determinados, y que cuenta con una cierta organización estable—no necesariamente jerárquica— vertebrada sobre personas cualificadas o ministros”.⁸⁰

⁷⁹ “Il existerait cependant une différence radicale entre le témoignage et le «prosélytisme de mauvais aloi», celui qui consisterait à employer des moyens trompeurs, indignes et inmoraux, telle l’exploitation du dénuement, de la faiblesse intellectuelle et de l’inexpérience de son semblable”. Cfr. núm. 30 de la sentencia.

⁸⁰ Cfr. Martínez Torrón, *op. cit.*, p. 63.

Respecto a la libertad de pensamiento, existen algunos criterios que nos permiten establecer una delimitación conceptual de lo que debemos entender por *convicción*. En el caso *Arrowsmith*, se ha sostenido concretamente que no todas las ideas son protegidas por esta libertad, sino aquellas “que alcanzan determinado nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia”.⁸¹ En este caso alcanzaron protección las ideas pacifistas. En cambio, las preferencias lingüísticas no se consideran protegibles por la libertad de pensamiento. Esta protección la alcanzan por el artículo 10 del Convenio, al amparo de la libertad de expresión.⁸²

La jurisprudencia europea considera que la libertad de pensamiento protege:

Aquellas convicciones que, sin ser religiosas, poseen una intensidad axiológica equiparable[...] desempeñan en la vida de una persona una función semejante a la de la religión, en cuanto conjunto —más o menos profundo— de ideas sobre el mundo y sobre el hombre, de las cuales se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento del individuo.⁸³

⁸¹ Caso *Arrowsmith*, *op. cit.*

⁸² Este criterio fue sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso sobre el régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, en su sentencia del 23 de julio de 1968. Un interesante comentario a esta sentencia lo encontramos en *L'interpretazione giudiziaria della convenzione europea dei diritti dell'uomo, Guida alla Giurisprudenza della Corte, op. cit.*, pp. 485 y ss. El caso se refiere a un grupo de madres de habla francesa, residentes en una región considerada por la ley belga de lengua flamenca, que reclaman, con base en el artículo 2o. del primer protocolo del CEDH, la libertad para que sus hijos sean educados en lengua francesa, es decir en la lengua materna, invocando el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones. En este caso, la Corte no concedió la protección solicitada, toda vez que el derecho a la instrucción no incluye el derecho a ser educado en una determinada lengua.

⁸³ *Cfr.* caso *Campell y Cosans*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 25 de febrero de 1982, núm. 36.

Se ha reconocido legitimación activa a los grupos con fines filosóficos,⁸⁴ pero no a agrupaciones con fines lucrativos, como en el caso de una sociedad anónima suiza —una imprenta— que rehusaba pagar el impuesto eclesiástico, obligatorio en el cantón de Zurich.⁸⁵

Como podemos apreciar, es la libertad de creencias religiosas el concepto primordial para delimitar el ámbito de protección del artículo 9o., ya que, aun en el caso de que se trate de creencias no religiosas, se determinan por su posible equiparación a las creencias religiosas en cuanto a su seriedad, trascendencia y demás notas.

Respecto a la forma que tiene la autoridad para determinar si en realidad se trata de una manifestación de una religión o creencia, en algunas ocasiones la Comisión ha llevado a cabo una indagación y valoración respecto del contenido de las creencias religiosas declaradas por el demandante, con el objeto de comprobar si sus reclamaciones se ajustaban a tales creencias, e incluso, en caso de pertenencia a grupos confesionales organizados, se han contrastado las alegaciones del actor con los dictámenes emitidos por la competente autoridad religiosa, prevaleciendo el criterio de esta última. Martínez-Torrón, señala a este respecto, el peligro que supone en el sentido de que “los jueces europeos podrían tender a convertirse en jueces de la ortodoxia de las convicciones personales, quedando sin protección las actitudes mantenidas desde una perspectiva supuestamente heterodoxa respecto de un determinado credo religioso”.⁸⁶

El término *manifestación* es la noción central que sirve para circunscribir el conjunto de actividades protegibles por la libertad de pensamiento y de religión.

⁸⁴ Cfr. Decisión de no admisibilidad de la Comisión (Dec. Adm.) núm. 12587/86, en relación con la Orden Secular de Druidas en el Reino Unido, D. R. núm. 53, p. 246.

⁸⁵ Cfr. Dec. Adm. 7,865/77, DR, núm.16, p. 86.

⁸⁶ Cfr. Martínez Torrón, Javier, *op. cit.* p. 426.

En este sentido, la Comisión ha sostenido un criterio restrictivo para resolver lo que debe entenderse por *manifestación*. Señala la diferencia entre la *manifestación* de la religión o las creencias y la *motivación* de una conducta en la religión o las creencias, que es el caso concreto de las objeciones de conciencia.

La Comisión ha manifestado la tendencia a proteger las habituales expresiones del hecho religioso colectivo e institucionalizado.

Se habla así de “actos íntimamente vinculados a esas actitudes, tales como los actos de culto o devoción”.⁸⁷

Esta interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia europea del término *manifestación* es la que ha dejado fuera del alcance de protección de este artículo a las objeciones de conciencia, que consisten precisamente en comportamientos motivados en una creencia religiosa o en una determinada convicción, pero sin que sean expresión directa de devoción o de culto.

Martínez Torrón disiente de esta interpretación de la jurisprudencia, ya que en su opinión no es coherente con la postura que han adoptado otros órganos del Consejo de Europa, respecto al reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar.

Un caso especialmente importante donde se ha expuesto esta doctrina, y del que ya hemos hablado, es el de Arrowsmith.⁸⁸ En este caso, la Comisión, admite que el *pacifismo* es una creencia protegida por el artículo 9o., pero el hecho concreto de repartir los panfletos con ese contenido entre las tropas inglesas asentadas en Irlanda del Norte no constituye una *manifestación* de la religión o las creencias, sino una conducta *motivada* en la religión y las creencias, que es distinto. La Comisión consideró que la conducta de Arrowsmith únicamente reflejaba una oposición a la política británica en Irlanda del Norte, y no era una manifestación directa de sus creencias.

Apoyándose en esta doctrina, la Comisión ha excluido de la protección otorgada por el artículo 9o. la realización de aquellos

⁸⁷ Cfr. Dec. Adm. 10358/83, DR, núm. 37, p. 147.

⁸⁸ Caso Arrowsmith, *op. cit.*

actos que sólo son permitidos pero no exigidos por la propia confesión religiosa, como el de un judío que demandaba el que no pudiera conceder a su mujer el libelo de repudio⁸⁹ o actitudes de indisciplina en el ámbito militar.⁹⁰

Asimismo, la Comisión sostiene que no constituyen manifestaciones protegibles por el convenio aquellas actividades de naturaleza comercial, aunque estén relacionadas con una creencia religiosa. Este criterio lo expresó con ocasión de un caso presentado por la Iglesia de Cienciología y uno de sus ministros, contra Suecia. Se trataba de un artefacto promocionado en una de las revistas de esta confesión religiosa, indicaba a las personas que se confiesan si ha sido descargada del peso espiritual de sus pecados. A raíz de varias quejas ante el *ombudsman* de los consumidores, la autoridad prohibió que en la publicidad de este artefacto se incluyeran ciertas palabras o argumentos de persuasión de carácter religioso.⁹¹

2. Medios admitidos para manifestar la religión o creencia

No hay consenso en la doctrina sobre si la enumeración del artículo 9o. es ejemplificativa o taxativa. No se puede deducir esto tampoco de la jurisprudencia. Sin embargo, en opinión de Martínez-Torrón, eso es irrelevante, dada la amplitud semántica de los términos empleados, en particular del término *práctica*. No obstante, la doctrina jurisprudencial de la Comisión ha seguido una interpretación estricta de este término, como ya lo hemos señalado anteriormente.

Por otra parte, no existe una construcción sistemática por parte de la jurisprudencia europea respecto a cómo deben interpretarse cada uno estos medios de manifestación.

⁸⁹ Cfr. Dec. Adm. 10180/82, DR, núm. 35, pp. 199 y ss.

⁹⁰ Cfr. Dec. Adm. 11567/85.

⁹¹ Cfr. DR, núm. 16, pp. 69-71.

Martínez-Torrón, opina al respecto que

El culto y la observancia de los ritos constituyen un ámbito específico del derecho de libertad religiosa, sin que al mismo tiempo aparezca nítida la distinción entre esas dos nociones. La “práctica” por su parte, definiría el campo propio de la libertad de conciencia, tenga o no una fundamentación religiosa, siempre que se trate estrictamente de obligaciones en conciencia: es decir, actos fundados en un dictamen interno genuinamente moral, que impone deberes con una fuerza compulsiva superior a cualquier otra instancia normativa. La “enseñanza” finalmente marcaría un punto de confluencia entre la libertad religiosa y de pensamiento, y comprendería un triple aspecto: el derecho de los grupos a la formación de sus adeptos o fieles, el derecho de la persona individual a que no se le impida ser instruido en los postulados doctrinales de la creencia de su elección, y el derecho al proselitismo y a la difusión de una doctrina.⁹²

A. Celebración del culto y la observancia (de los ritos)

El culto y la observancia de los ritos no plantean mayores problemas. La concepción de qué sea culto o rito debe dejarse a la propia confesión religiosa, sin que el Estado pueda emitir juicios a ese respecto, aunque sí puede acudir a peritos o a la pertinente autoridad religiosa para comprobar el rigor de las reclamaciones formuladas por la persona.

El derecho de libertad religiosa exige que se asegure la libre práctica del culto y de los ritos, siempre que no existan motivos para justificar su prohibición. En aplicación de alguno de los límites establecidos por el párrafo 2o. del artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El punto clave está en dilucidar si las medidas restrictivas son necesarias o no.

La libertad de culto y la observancia de los ritos puede comportar una actuación positiva por parte de las autoridades públicas, dirigida a garantizar que las confesiones no sean privadas de

⁹² Cfr. Martínez Torrón, Javier, *op. cit.* p. 436.

los medios imprescindibles para realizar sus tareas, por ejemplo, licencias de construcción de templos, exención de obligaciones militares y alternativas de sus ministros, etcétera.

Esto no significa que exista un derecho a la eficacia jurídico-civil de los ritos, por ejemplo, en el caso del matrimonio. De acuerdo a la jurisprudencia de la Comisión, es patente que el Estado no se encuentra obligado a ello por el Convenio. Así se estableció con ocasión de una demanda contra la Republica Federal Alemana.⁹³ Un judío reclamaba el reconocimiento del matrimonio que celebró conforme al rito judío. La Comisión sostuvo el criterio que conforme al artículo 12 del Convenio se reconoce el “derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho”.

Otra cuestión que se ha planteado respecto a este punto, es el ejercicio cultural de personas que se encuentran sometidas a diversas obligaciones contractuales o procesales.

Respecto a las obligaciones contractuales, derivadas de una relación laboral; es una realidad que en muchos países la legislación laboral protege el ejercicio del culto de los trabajadores. La Comisión, por su parte, sostiene que no se estima la existencia de restricción a la libertad religiosa cuando las incompatibilidades entre el personal culto religioso y las obligaciones laborales no fueron manifestadas por el empleado en el momento de realizar el contrato, ni surgieron en los primeros años de su trabajo.⁹⁴

Respecto a las personas reclusas en centros penitenciarios, la Comisión ha adoptado un criterio ambiguo, deniega en la mayoría de los casos las diversas demandas interpuestas por los reclusos, a causa de abusos en su contra.

Para denegar estas demandas, se ha sostenido el criterio de que ciertas circunstancias particulares pueden justificar una limitación a alguna de las garantías protegidas por el Convenio. Asi-

⁹³ *Cfr.* Dec. Adm. 6,167/73, DR, pp. 64 y 65.

⁹⁴ *Cfr.* Dec. Adm. 8,160/78, DR, núm. 22, pp. 27-50.

mismo, también se han invocado razones de seguridad y orden público para justificar la desestimación de algunas demandas.

Sin embargo, la Comisión mantiene el criterio general de permitir a los reclusos el ejercicio de su religión y de culto. Las negativas que se han dado se deben a las peticiones un tanto frívolas y carentes de fundamento.

B. La enseñanza y el derecho de los padres a la educación de sus hijos según las propias convicciones

Como veíamos anteriormente, este derecho implica: el derecho a ser instruido en la propia religión o convicciones; el derecho de los grupos religiosos o filosóficos a formar a sus adeptos, y el derecho a difundir las propias ideas religiosas o las propias convicciones. Es decir el proselitismo *lícito*.

Uno de los derechos que incluye este medio de manifestar la libertad religiosa es el derecho a ser instruido en las propias convicciones. Posee la peculiaridad de ser ejercido por unas personas en nombre de otras. Es lo que ocurre con los padres. Esta característica, y su conexión con otro derecho, el derecho a la educación, es lo que explica que se le haya dedicado un artículo especial en el primer protocolo (*cfr.* artículo 2o.), y que la mayor parte de los casos planteados con fundamento en la *enseñanza*, se funden en este artículo. Por ese motivo, en este apartado analizaremos también el contenido del artículo 2o. del Primer Protocolo.

El criterio adoptado en relación con la manifestación de la religión o las convicciones mediante la enseñanza se puso de manifiesto en el caso Kokkinakis, resuelto por el Tribunal.⁹⁵ Recordemos que se trataba de un testigo de Jehová, condenado penalmente en Grecia por actividades de proselitismo, por conversar sobre temas religiosos con la esposa de un cantor de la Iglesia ortodoxa griega. A pesar de que la sentencia fue favorable al actor, no resolvió el problema de fondo; en Grecia la Constitución

⁹⁵ *Cfr.* Caso Kokkinakis, *op. cit.*, p. 170.

prohíbe y castiga penalmente toda actividad de proselitismo religioso. La Comisión no enjuició a la legislación griega, sino que definió cómo debía interpretarse esa disposición constitucional de acuerdo con los principios de la Convención. En este sentido, sostuvo que la prohibición de la Constitución griega debe referirse al proselitismo *abusivo* y no a todo proselitismo. Es un caso que pone de manifiesto la actitud extremadamente condescendiente de la Comisión, así como el respeto a la autonomía de los países miembros.

Respecto al derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, hemos visto que en este aspecto se permite el ejercicio del derecho por medio de terceras personas, concretamente de los padres o de las personas que ejerzan la patria potestad sobre los menores de edad.

La jurisprudencia ha interpretado los siguientes aspectos del artículo 2o. del Primer Protocolo:

a. La noción y el alcance del derecho a la enseñanza e instrucción en sí mismo considerado.

Por educación se entiende: “el procedimiento total mediante el que, en cualquier sociedad los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores”.⁹⁶

La enseñanza o instrucción, se refiere en cambio, a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual.

El derecho de los padres abarca las dos dimensiones, mientras que al Estado le corresponde la instrucción.

Respecto al alcance del derecho a la instrucción se ha precisado que:

- No impone a los Estados la obligación de “mantener a su costa o subvencionar un sistema de enseñanza de una forma o en una escala determinada[...] confiere a la per-

⁹⁶ Caso Campbell y Cosans, *op. cit.*

sona la facultad de servirse, en principio, de los medios educativos existentes en un momento concreto”.

- Comporta que el individuo titular del mismo tenga la posibilidad de sacar provecho de la enseñanza recibida, es decir, el derecho a obtener, según las reglas vigentes en cada Estado, el reconocimiento oficial de los estudios realizados.⁹⁷

b. La titularidad del derecho atribuido a los padres

Los titulares de ese derecho son los padres biológicamente considerados. Esa titularidad puede trasladarse —por determinadas razones— a otras personas físicas o morales (por decisión judicial) o a personas físicas (en el caso de la adopción).

La jurisprudencia ha establecido que la titularidad de ese derecho va anexa al derecho-deber de tutela de los menores, y en particular es integrante del derecho de custodia, para situaciones anómalas.⁹⁸

Si la custodia la tiene una persona jurídica, la capacidad decisoria se encuentra limitada por la opción religiosa que haya dirigido hasta entonces la educación de los menores, de manera que las autoridades han de encomendar esa tarea a una institución que pueda garantizar la continuidad de esa orientación educativa.⁹⁹

c. Marco de protección ofrecido por el artículo 2o. del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Sobre el significado de la expresión *convicciones religiosas o filosóficas* nos remitimos a lo expuesto al hablar del ámbito de protección de la libertad de pensamiento.¹⁰⁰

⁹⁷ Caso lingüístico belga, *op. cit.*

⁹⁸ *Cfr.* Dec. Adm., 5,608/72 y 7,911/77, DR, núm. 12, p. 194.

⁹⁹ *Cfr.* Dec. Adm., 2,648/65.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 171 y ss.

La jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal permite entender qué manifestaciones de las convicciones personales resultan protegidas por este artículo y cuáles no:

- Las preferencias lingüísticas no resultan protegibles.¹⁰¹
- El derecho a la exención de las clases de religión, cuando los padres profesan otra religión o creencias, sí resulta protegido.
- La educación sexual no es protegible por el artículo.
- Las convicciones contrarias al empleo de castigos corporales en el ambiente escolar sí resultan protegibles.¹⁰²

Se ha rechazado que por convicciones filosóficas se entiendan aquellas ideas personales referentes a cuestiones meramente educativas, por ejemplo, que los hijos sean educados junto con compañeros de capacidad intelectual equivalente, a exigir la enseñanza de un determinado tipo de matemáticas, o de reclamar un concreto libro de texto cuando otros libros semejantes se encuentran en el mercado.¹⁰³

Las obligaciones que vinculan al Estado en esta materia tienen un presupuesto indudable: su competencia para regular la materia educativa mediante la programación de los planes de estudio, la creación de centros educativos, la subvención de escuelas de iniciativa privada, etcétera. En estas tareas desempeña un papel importante el principio de discrecionalidad como lo ha reconocido la jurisprudencia.

En relación con el ámbito de la responsabilidad estatal.

Ámbito subjetivo. Incluye al Estado en tanto que regula de manera general el sistema educativo, ya sea por la vía legislativa o administrativa, también, vincula a todos sus órganos, agentes y funcionarios; “en tanto que organiza la enseñanza en las escuelas públicas, queda sometido al control de la jurisprudencia europea

¹⁰¹ Caso lingüístico belga, *op. cit.*

¹⁰² Caso Campell y Cosans, *op. cit.*

¹⁰³ *Cfr.* Martínez Torrón, Javier, *op. cit.*, p. 483.

en lo relativo a la conducta de las autoridades académicas de esos centros, incluidos los profesores”.¹⁰⁴

Ámbito objetivo. Comprende todo el sistema de enseñanza, tanto privada como pública; “el reconocimiento de las escuelas privadas, aunque se financie un elevado porcentaje de su costo económico, no dispensa al Estado de sus obligaciones en el marco de la escuela pública”.¹⁰⁵

Dentro del sistema público, el deber de respetar las creencias de los padres no se circunscribe al modo en que imparte la enseñanza religiosa, por el contrario, se extiende a todo el programa educativo estatal, sin que pueda hacerse —a estos efectos— una clara separación entre la instrucción religiosa y las restantes materias del currículum académico.¹⁰⁶

La responsabilidad del Estado incluye, además, las cuestiones de disciplina en las escuelas.¹⁰⁷

En relación con las obligaciones concretas del Estado, toda vez que se encuentra indeterminado en el texto del artículo, la jurisprudencia ha determinado unas de contenido negativo y otras de carácter positivo.

Las de carácter negativo, se concretan en el deber general de respeto a las convicciones de los padres y en abstenerse de actividades contrarias a esas creencias.

Para precisar esto, lo que prohíbe al Estado, la jurisprudencia, ha elaborado la doctrina del *indoctrinamiento*, a propósito de la sentencia del caso Kjeldsen, Busk.¹⁰⁸

Aunque ha sido el criterio general asumido, el caso Campell y Cosans constituye una excepción, porque no parece que los castigos corporales constituyan una actividad de indoctrinamiento por parte del Estado.

¹⁰⁴ Caso Campell y Cosans, *op. cit.*

¹⁰⁵ Caso Kjeldsen, Busk, *op. cit.*

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ Caso Campell y Cosans, *op. cit.*

¹⁰⁸ Caso Kjeldsen, Busk, *op. cit.*

La resolución del caso *Campell y Cosans* abre la puerta para una interpretación más exacta de las obligaciones que comporta el artículo 2o., que afirma, en términos objetivos —dejando al margen la finalidad pretendida por los poderes públicos—, el deber de evitar cualquier contradicción real entre la organización estatal de la enseñanza y las convicciones religiosas o filosóficas de los padres de familia.¹⁰⁹

Esto no significa que al dictar normas generales en materia educativa, el Estado haya de contemplar exhaustivamente todas las opciones religiosas o ideológicas: aparte de que resultaría imposible, es preciso tener en cuenta el innegable margen de discrecionalidad que tiene el Estado para adoptar las medidas que juzgue conveniente para el interés colectivo. Pero sí comporta la necesidad de conceder, en concreto, las exenciones que puedan solicitarse respecto a esas normas, sin perder de vista que el respeto de la libertad religiosa y de pensamiento forma parte fundamental del interés público.¹¹⁰

Respecto a las obligaciones de carácter positivo, se ha señalado la conexión de ese derecho con el derecho a la instrucción. La jurisprudencia ha determinado lo siguiente:

i) Este derecho no se extiende hasta exigir al Estado el establecimiento de un determinado sistema docente conforme a sus deseos.

ii) Sí parece implicar el derecho a que las autoridades de un colegio público expulsen a un profesor que persiste en difundir doctrinas religiosas o morales contrarias a las convicciones de los padres del alumnado.¹¹¹

Los conflictos que se han planteado respecto a las obligaciones positivas del Estado en esta materia se presentan respecto a la escuela privada. Se ha establecido claramente que no existe

¹⁰⁹ Martínez Torrón, Javier, *op. cit.*, p. 487.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 488.

¹¹¹ Dec. Adm. 8,010/77, DR, 16 pp. 102 y 103.

obligación concreta para los Estados de costear ningún sistema concreto de enseñanza.¹¹²

Basándose en este criterio restrictivo, la jurisprudencia europea no reconoce el derecho de exigir al Estado la financiación de las escuelas privadas, aun cuando sea la única forma de proporcionar a los hijos una educación acorde con las propias convicciones.¹¹³

Sin embargo, de algunas decisiones se puede inferir que el Estado no puede monopolizar el sistema educativo nacional, si bien el Convenio no confiere un derecho a la financiación pública de las escuelas privadas, sí existe el derecho a su creación y dirección.¹¹⁴

Se puede inferir, asimismo, que las autoridades no pueden actuar discriminatoriamente al distribuir ayudas económicas disponibles, y en concreto que “prestar un bajo porcentaje de ayuda financiera —o no prestar ninguno— a las escuelas privadas, cuando sí se concede a las públicas, constituiría una infracción al principio de igualdad”. Aunque, también, se reconoce que la ayuda no debe ser la misma.¹¹⁵

3. *La práctica de la religión o creencias*

Como ya advertíamos, no hay una definición clara de lo que debe entenderse por *prácticas*, a la luz de la jurisprudencia europea. Algunos autores consideran que dentro de este término deben quedar protegidos aquellos comportamientos ubicados en lo que comúnmente llamamos *objeción de conciencia*. Sin embargo, es claro que hasta el momento, no se ha querido admitir esta interpretación y sólo se admite alguna demanda de objeción

¹¹² Caso Lingüístico belga, *op. cit.*

¹¹³ *Cfr.* Dec. Adm. 6,853/74, DR, 9 p. 27-36 y también 7,782/77, DR 14, pp. 179-185 y 9,461/81 DR, 31, pp. 210-212.

¹¹⁴ Dec. Adm. 6,853/74, DR, núm. 9, p. 30.

¹¹⁵ Dec. Adm. 7,782/77, DR, núm. 14, p. 182.

de conciencia, en algún caso aislado, con la tónica general de no admitirlas.

Martínez-Torrón nos dice al respecto:

Desde mi punto de vista, la práctica de las convicciones personales, más que constituir en rigor una manifestación del personal pensamiento o religión, define propiamente el campo específico de la libertad de conciencia: es decir, tutela aquellos comportamientos individuales motivados en el juicio moral subjetivo sobre la situación concreta ante la que se encuentra la persona siendo indiferente que su fundamentación sea o no religiosa, con tal de que se trate estrictamente de un dictamen de carácter ético y no de una simple opinión sobre la conveniencia de una acción.¹¹⁶

Ese dictamen moral puede imponer la realización positiva de una conducta o, al contrario, la necesidad de abstenerse de ella, con un grado de obligatoriedad no siempre igualmente intenso. Y, en cualquier caso, los deberes a que da lugar son de una imprevisible diversidad, poco susceptible para ser encasillada dentro de unos rígidos moldes conceptuales.¹¹⁷

De ello se derivan dos consecuencias inmediatas:

i) ...ningún ordenamiento jurídico es capaz de contemplar *a priori* todas las posibilidades conflictuales de sus normas respecto de las obligaciones de conciencia de sus ciudadanos, debiendo limitarse a prever las que afloran más habitualmente; de manera que son inevitables los casos reales de conflicto, aun suponiendo un ordenamiento dotado de la máxima flexibilidad y de la mejor voluntad de eludirlos; lo cual comporta que gran parte de esas fricciones hayan de resolverse en el caso concreto, por la vía judicial o administrativa.

ii) ...la enorme variedad de situaciones posibles de contraste entre obligaciones jurídicas y obligaciones de conciencia hace inviable su resolución mediante esquemas generales de corte ra-

¹¹⁶ Martínez Torrón, Javier, *op. cit.*, p. 484.

¹¹⁷ *Idem.*

cionalista: la respuesta jurídica —justa— deberá hallarse en cada caso concreto, efectuando un balance de los intereses en juego, y sin perder de vista que la libertad de conciencia es uno de los derechos fundamentales de la persona, cuya eficaz protección constituye una de las bases —probablemente la más importante— de un Estado de derecho.¹¹⁸

La excepción al criterio restrictivo por parte de la Comisión la constituye el caso *Chahuan*, referente a un hindú ortodoxo contra el gobierno británico. Aquel se negaba a la sindicación obligatoria por motivos de conciencia, por esta razón fue despedido de la empresa donde trabajaba: la Ford Motor Company. El hindú discrepaba de muchas de las decisiones sindicales y había ofrecido a la empresa entregar una cantidad equivalente a las cuotas sindicales para obras benéficas. A pesar de que la ley británica prohíbe el despido por motivos de conciencia, en los tribunales locales habían considerado legítimo el despido. En este caso la Comisión declaró admisible la demanda.¹¹⁹ El caso finalmente se resolvió por la vía de la conciliación, ya que el gobierno británico decidió no seguir adelante con el proceso y otorgar una indemnización al demandante por los perjuicios que el despido pudiera haberle ocasionado.

4. *Modos admitidos de manifestar la propia religión o creencia*

A. *Manifestación individual y colectiva de la religión*

En relación con la manifestación individual de este derecho, que implica, en sentido contrario, el derecho a no ser obligado a manifestar las propias convicciones. Sin embargo, no se ha señalado si un Estado puede exigir que se haga constar la propia religión, a efectos, por ejemplo, del Registro Civil, o de los censos. Se presentó un caso al respecto, pero la demanda fue desechada

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 446 y ss.

¹¹⁹ *Cfr.* Dec. Adm. 11518/85.

porque no se habían agotado los recursos procesales locales, por lo tanto, no se sabe el criterio de la Comisión a este respecto.¹²⁰

En cuanto a la manifestación colectiva, al hablar de los sujetos de este derecho, ya se dijo que se reconocen, también, las confesiones o agrupaciones religiosas. Este criterio se expresó en el caso de un profesor de religión musulmana en contra del Reino Unido, quien exponía que no se le dejaba libre los viernes para asistir a la mezquita. La autoridad inglesa aducía que era suficiente con que se le permitiera el ejercicio individual de su religión. La Comisión, en cambio, sostuvo que el derecho de libertad religiosa debería garantizar tanto el ejercicio individual como el ejercicio colectivo de la religión. Finalmente la demanda fue rechazada por otras razones, pero dio ocasión para que la Comisión definiera este criterio.¹²¹

El ejercicio colectivo de la religión goza de protección por su estrecha relación con otro de los derechos protegidos por el convenio, como el derecho de asociación; garantizado por el artículo 11. La Comisión ha sostenido, sin embargo, que al amparo de estos derechos, una confesión religiosa no puede exigir su inscripción en el registro público de confesiones religiosas.

El asunto se planteó porque la autoridad austriaca negó la inscripción a una asociación formada para dar continuidad a otra que el gobierno había disuelto por contravenir al orden público. La Comisión consideró que no se violaba el convenio, en virtud de que el ordenamiento austriaco garantizaba plenamente la libre actuación de cualquier religión, aun sin estar oficialmente reconocida, estuviera registrada o no.¹²²

B. Manifestación de la religión en público y en privado

A propósito de algunas demandas interpuestas por personas físicas, en virtud de que se les negaba la posibilidad de manifes-

¹²⁰ Dec. Adm. 2,854/66.

¹²¹ Dec. Adm. 8,160/78.

¹²² Dec. Adm. 8,652/79.

tar públicamente la religión, la Comisión ha sostenido el criterio de restringir lícitamente este derecho, por alguna de las razones señaladas en el párrafo 2o. del artículo 9o. Un caso se planteó en Inglaterra; a un profesor se le prohibió que impartiera formación religiosa en horas de clase al organizar clubes evangélicos en locales del colegio, se le prohibió llevar *slogans* de contenido religioso en su ropa y en su portafolio. El motivo que adujo la Comisión es el respeto a los derechos de los demás, toda vez que se trataba de una escuela no confesional, en las cuales la ley inglesa establece el derecho de los padres a exigir que sus hijos no reciban clases de instrucción religiosa o se les proporcione una instrucción religiosa aséptica, sin referencia al credo de ninguna confesión en particular.

C. Obligaciones del sujeto pasivo

En cuanto a la caracterización de las violaciones, por parte del sujeto pasivo, se ha sostenido el criterio de que la libertad religiosa no protege contra cualquier crítica a ese respecto, al contrario, precisa que los ataques alcancen un nivel tal para impedir la manifestación de las creencias.¹²³

La obligación del sujeto pasivo derivada del artículo 9o. no sólo es de abstención, toda vez que se debe proveer jurídicamente, con el fin de hacer efectivo el ejercicio de este derecho. Así lo ha sostenido la Comisión.¹²⁴ De esto ya hablamos al tratar lo relativo a la manifestación de la propia religión mediante del culto y la observancia y por medio de la enseñanza.

¹²³ Dec. Adm. 8,282/78.

¹²⁴ Dec. Adm. 8,160/78.

5. *Sujetos de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*

A. *Sujeto activo*

¿Quién es reconocido como titular activo del derecho, en orden a su ejercicio y a su capacidad para reclamar la correspondiente protección de los órganos previstos por el Convenio?

Se reconoce en primer lugar esta titularidad a las personas físicas. Este punto no reviste la menor duda, ya que la redacción del artículo es clara: “Toda persona...”.

La representación se permite en caso de menores de edad; confróntese con el artículo 2o., del primer Protocolo, que ya comentamos.

Finalmente, son titulares de este derecho las personas morales, incluidas las confesiones religiosas. La doctrina de la jurisprudencia presenta una evolución clara y favorable al reconocimiento de la titularidad de este derecho en favor de las confesiones religiosas.

Al principio no se reconocía; se pensaba que los derechos de las confesiones religiosas eran respetados mediante el derecho, garantizado a sus miembros por el artículo 9o. Posteriormente, la Comisión revocó esta doctrina al señalar que era artificial distinguir entre libertad religiosa de la iglesia y de sus miembros. Infirió, con las confusiones como fundamento, al interponer una demanda actúan en nombre de sus miembros.¹²⁵

También se les ha reconocido legitimación activa a las entidades intraconfesionales; cuando, de acuerdo con la ley nacional, tienen una personalidad jurídica diferenciable de la Iglesia o confesión a la que pertenecen.¹²⁶

¹²⁵ Dec. Adm. 7,805/77.

¹²⁶ Sentencia del 9 de diciembre de 1994, Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Holy Monasteries vs Greece* (Series A, núm.. 301-A) EHRR, *op. cit.*, Volume 20, July 1995, Part 1, p. 1-55. El caso se refiere a ocho monasterios griegos que impugnan un decreto del gobierno griego por el cual —en

Ahora bien, se ha negado la legitimación activa en materia de libertad de conciencia a las personas jurídicas,¹²⁷ como lo muestra el caso de un empleado de un centro de rehabilitación de toxicómanos, éste se negó a declarar ante las autoridades judiciales sobre un paciente del centro. La demanda la presentaron el centro y el empleado.

La decisión de la Comisión aduce que, por la naturaleza misma de la libertad de conciencia, no puede reconocerse legitimación activa a las personas jurídicas. Este criterio sorprende un poco, toda vez que, como ya hemos visto, no existe por parte de los órganos del Consejo Europeo, un criterio claro que permita distinguir entre la tres libertades.

B. *Sujeto pasivo*

¿Quién aparece como titular pasivo? ¿quién queda obligado a garantizar el ejercicio de ese derecho, quedando sujeto a responsabilidad en caso de infracción?

En primer lugar el Estado es el obligado.

- También son sujetos pasivos los órganos dependientes del gobierno.¹²⁸
- Una excepción a este respecto lo constituyen las confesiones religiosas, que en algunos países tienen el carácter de órganos del Estado. Es el caso de un ministro de la iglesia nacional danesa, el cual demandó a dicha Iglesia porque

tre otros agravios— resulta afectado su patrimonio. La Corte determinó, en la sentencia, que los monasterios deben ser considerados como organizaciones no gubernamentales y por lo tanto distintas de la iglesia ortodoxa griega, la cual es considerada parte del Estado, por el sistema de relaciones Iglesia-Estado que priva en ese país de carácter confesional: “*The applicant monasteries are therefore to be regarded as non-governmental organisations...*”, asentó la Corte, p. 41.

¹²⁷ Dec. Adm. 11921/86.

¹²⁸ Dec. Adm. 7,511/76 .

no le permitían bautizar en la forma que él deseaba.¹²⁹ La Comisión sostuvo el criterio de que la Iglesia no está obligada a respetar la libertad religiosa de sus ministros ni de sus fieles, a pesar de que en cierto modo, los ministros actúen también al servicio del Estado. Esta libertad queda salvaguardada por el derecho reconocido a los fieles o ministros de cambiar de religión.

- En algunos casos, se reconoce como sujetos pasivos a algunas instancias privadas, donde el interés público desempeña un importante papel, como es el amplísimo campo de las relaciones laborales.

Indirectamente, los particulares también son sujetos pasivos, toda vez que el Estado debe proveer los recursos legales necesarios para defenderse contra las agresiones de particulares en materia de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

6. *Los límites de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia*

Para abordar este tema, es preciso recordar las limitaciones al derecho de libertad religiosa. Sólo son válidas respecto a su manifestación en el fuero externo, pero no respecto al ámbito protegido por el fuero interno, a saber, la libertad de elección, la prohibición de *indoctrinamiento*, o cualquier medio abusivo e ilícito que tienda a forzar el acto de elección.

Es importante, por otro lado, asentar el criterio de la enumeración del párrafo 2o. del artículo 9o. es taxativa. Asimismo, la interpretación de los conceptos-límite debe ser restrictiva, ya que por la amplitud cabría otorgar a cada término la anulación e incluso la libertad que se trata de proteger. Así lo ha establecido el Tribunal, en el caso *Klass* y otros contra Alemania, sobre la invasión de la vida privada y familiar supone la intervención de

¹²⁹ Martínez Torrón, *op. cit.*

teléfonos como instrumento para la investigación de actividades terroristas.¹³⁰

El propio artículo 9o. marca determinadas condiciones para que los límites puedan considerarse legítimos:

1. Que sean medidas previstas por la ley. Aunque, se le reconoce a la autoridad administrativa o judicial facultades para determinar estas medidas, siempre y cuando esté previsto en la ley el suficiente margen de discrecionalidad en el campo concreto donde se esté planteando el conflicto.
2. Que sean necesarias en una sociedad democrática.

¿Qué debemos entender por sociedad democrática?, lo aclara el Tribunal al hablar de “pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura”, elementos que determinan que “toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia ha de ser proporcionada al fin legítimo que se persigue” y que “deben traducirse en un régimen institucional que esté sometido al principio de la preeminencia del derecho, que comporte esencialmente un control eficaz del ejecutivo ejercido —sin perjuicio del control parlamentario— por un poder judicial independiente, que asegure el respeto de la persona humana...”.¹³¹ O bien, lo que es propiamente un Estado de derecho en el que debe garantizarse el principio de legalidad, la separación de poderes y el respeto a la dignidad de las personas.

El término *necesarias*, designa una necesidad social imperiosa: “los parámetros que permiten detectar esa necesidad no pueden ser aplicados en términos absolutos, sino que reclaman la evaluación de diversos factores... la naturaleza del derecho implicado, el grado de interferencia —por ejemplo, si es apropiado al legítimo fin que intenta—, la naturaleza del interés público

¹³⁰ Cfr. sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 1978.

¹³¹ Cfr. Martínez Torrón, Javier, *op. cit.*, p. 461.

y el nivel de protección que requiere las circunstancias de ese caso”.¹³²

La Comisión se ha ocupado, también, de aclarar lo que se debe entender por limitaciones “necesarias en una sociedad democrática” en el caso *Tennenbaum vs. Sweden*.¹³³ Se trata de un caso que priva a un matrimonio sueco del derecho de custodia sobre sus tres hijas menores, por la necesidad de proteger la salud física y mental de las menores. Entre otros agravios, los quejosos alegan la violación del derecho de los padres a impartir a sus hijos una educación de acuerdo con sus propias convicciones religiosas o filosóficas (artículo 2o. del primer Protocolo). Esto, en vista de que las autoridades dieron a una institución protestante la custodia de las niñas, en lugar de otorgársela a una escuela judía, como era el deseo de los padres. Independientemente de que la demanda fue rechazada. La Comisión consideró que había razones para justificar los actos de las autoridades; el caso dio pie para que la Comisión se pronunciara sobre las “medidas necesarias en una sociedad democrática”, sosteniendo que la noción de *necesidad* implica la interferencia fundada en una presión social necesaria y, en particular, es proporcionada para legitimar la restricción de alguno de los derechos protegidos por el artículo 9o. del Convenio. Más aún, la Comisión debe tomar en cuenta que el margen de apreciación para valorar si son medidas “necesarias en una sociedad democrática”. Se ha dejado a los Estados miembros. Ello no significa sin embargo, que las facultades de la Comisión se limiten sólo a revisar el cuidado y la buena fe, sino que debe determinar si las razones aducidas por los Estados

¹³² *Ibidem*, p. 462.

¹³³ App. núm. 16031/90, de mayo de 1993, EHRR, *op. cit.*, vol. 18, January-December 1994, Part 7, Commission Supplement, núm. 3 and 4, pp. 41-44.

son relevantes y suficientes.¹³⁴ Asimismo, en el caso *Manoussakis and Others vs Greece*.¹³⁵

Es una decisión de admisibilidad donde la Comisión volvió a utilizar el criterio de las “medidas necesarias en una sociedad democrática”, para declarar injustificada la restricción al derecho de manifestar la propia religión que el gobierno griego había impuesto a los demandantes.

El caso se refiere a un testigo de Jehová que alquiló un inmueble para realizar distintas actividades relacionadas con esa confesión religiosa.

La autoridad inició un procedimiento penal contra el demandante, acusándolo de:

Establecer un local para encuentros religiosos y ceremonias de miembros de otra denominación, en particular de los Testigos de Jehová, que es una denominación sin autorización de la autoridad eclesiástica reconocida ni del Ministerio de Educación y Asuntos Religiosos, como se requiere por la ley griega para la construcción e inauguración de cualquier establecimiento de cualquier credo religioso.

En Grecia, la autoridad eclesiástica reconocida es precisamente la iglesia ortodoxa griega, por tratarse de un Estado confesional.

¹³⁴ In thus remains to be determined whether the interference was ‘necessary in a democratic society’ in the interests of the children.

According to the established case law of the Commission and the European Court of Human Rights, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued. In determining whether an interference is ‘necessary in a democratic society’, the Commission furthermore has to take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States... That does not mean, however, that the Commission’s review is limited to carefully and in good faith [...] It must determine whether the reasons adduced to justify the interference at issue are relevant and sufficient’, *ibidem*, p. 42.

¹³⁵ App. 18748/91 del 25 de mayo de 1995, EHRR, *op. cit.*, Commission Supplement, núm. 2, vol. 21, January-June 1996, Part 7, pp. 3-7.

La Comisión, cuando reconoció que efectivamente se trataba de una interferencia al derecho de manifestar la propia religión, analizó si se justificaba, por alguno de los conceptos límite, que establece el propio artículo 9o., del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Comisión consideró que el procedimiento requerido por la ley griega para obtener la autorización de una denominación religiosa era muy cuestionable.

En primer lugar, por la necesidad de involucrar a la Iglesia ortodoxa griega, la cual es la religión dominante en ese país. En segundo lugar, la penalización del uso del local para las actividades religiosas, sin contar con la autorización de las autoridades competentes, puede parecer desproporcionada.

Incluso, haciendo referencia al margen de apreciación de los Estados para justificar si son medidas necesarias para la protección del orden público o los derechos y libertades de los demás, la Comisión no puede aceptarlo, en vista de las circunstancias del caso.

El factor principal que determinó la decisión de la Comisión fue la desproporción entre la conducta del demandante. Al considerarlo culpable, la sentencia dictada en su contra por esa conducta fue de tres meses en prisión, conmutable por una sanción pecuniaria. Consideró, además, la sentencia como incompatible con el espíritu de tolerancia que debe caracterizar a una sociedad contemporánea democrática.¹³⁶

En definitiva “debe conseguirse el equilibrio entre el ejercicio individual de los derechos garantizados y la necesidad de las

¹³⁶ The main factor influencing the Commission’s opinion is the lack of proportion between the conduct of which the applicants were accused and the sentence passed against them for that conduct[...] The sentence is, moreover, incompatible with the spirit of tolerance and broad-mindedness which should obtain in a contemporary democratic society[...] The measure in question was not therefore “necessary in a democratic society” within the meaning of Article 9 (2) of the Convention, *ibidem*, p. 7.

disposiciones restrictivas impuestas por el Estado para la defensa del interés público”.¹³⁷

Los esfuerzos de la jurisprudencia para lograr el equilibrio han encontrado una formulación teórica en la llamada doctrina del margen de apreciación, cuyo efecto ha sido relativizar el concepto de necesidad, remitiendo su determinación concreta a la prudencia de la Corte del Estado miembro en el enjuiciamiento de cada caso sometido a su jurisdicción.¹³⁸

Esa doctrina fue enunciada por primera vez en el caso Handyside, con relación al artículo 10 del Convenio (libertad de expresión). Se trataba de un caso invocado del concepto de *moral pública*, para justificar la restricción a la libertad de expresión. En esa ocasión el Tribunal sentenciaba que las autoridades locales eran las mejor situadas para apreciar la violación de la moral pública en cada país, y por lo tanto se reservaba a los Estados un margen propio de apreciación, aunque también sentenciaba que no era absoluto, ya que “el margen de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea, que afecta tanto a la finalidad de la medida litigiosa como a su necesidad”.¹³⁹

Posteriormente se ha matizado el margen de apreciación en función de dos factores:

a. Según los diversos conceptos-límite que constituyen el fin perseguido por la medida restrictiva. Unos admiten mayor objetivación que otros, y a mayor objetividad corresponde menor discrecionalidad del Estado.¹⁴⁰

¹³⁷ Martínez Torrón, Javier, *op. cit.*, p. 462.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 463.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ La Comisión ha considerado, por ejemplo, que las medidas protectoras del ambiente y del uso del suelo son motivo suficiente para justificar una cierta restricción a la protección otorgada por el artículo 9o. de la Convención. Este criterio lo sostiene en la decisión de no admisibilidad del caso *Iskon and others vs. United Kindom* (App núm. 20490/92, de marzo de 1994). Se refiere a una agrupación religiosa *Krishna* que adquiere una propiedad en una zona rural de Inglaterra para la realización de sus actividades. Las autoridades establecen un límite máximo de mil personas diarias que puedan visitar el inmueble. Y

b. Según la naturaleza de las propias actividades objeto de la limitación. A medida que éstas afectan en mayor grado a la esfera individual —y en menor grado a la social— el margen de discrecionalidad estatal disminuye, con el aumento del poder de control, atribuido a la Corte europea, y la exigencia de unas razones más poderosas que justifiquen la intromisión en el ámbito de autonomía de la persona.

Esta construcción jurisprudencial de los conceptos-límite, aunque ha sido elaborada en relación con otros derechos del convenio, resulta aplicable a las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Aunque, es verdad que hace falta una clarificación jurisprudencial del significado de cada uno de los cinco conceptos enumerados.

El Tribunal se ha ocupado, en ocasiones, de señalar algunos matices que contribuyen parcialmente a fijar el alcance de estos conceptos, en especial en los supuestos de moral y orden públicos.

Respecto al concepto de moral pública, se señala la índole cambiante y particularista que impide hablar en rigor de una noción europea de moral pública. Por lo tanto, se concede en esta materia, un margen mayor de discrecionalidad a los Estados miembros.¹⁴¹

Sobre el concepto de orden público, la Comisión lo ha interpretado en el sentido referente, además del sentido tradicional, al orden que debe haber en el interior de un grupo particular, por ejemplo, al interior de las fuerzas armadas, ya que un desorden en esta institución puede influir negativamente en la sociedad entera.

Aunque no se ha definido el significado de los conceptos-límite por parte de la Comisión y del Tribunal, sí se han evocado

determina que sólo podrán exceder ese número previo permiso de las autoridades competentes. La Comisión consideró justificada la medida con base en los conceptos de orden y salud pública: “The Commission in addition finds an element of protection of public order or health in the aim of the interference, in that planning legislation is generally accepted as necessary in modern society to prevent uncontrolled development”. *Cfr.* EEHRR, vol. 18, *op. cit.*, pp. 133-146.

¹⁴¹ *Cfr.* sentencia Handyside, *op. cit.*

como motivos que legitiman la restricción, por parte del Estado, de las libertades religiosas, de conciencia y de pensamiento en algunos casos concretos. Así, se han invocado los conceptos de salud y seguridad pública, orden público, y los derechos y libertades de los demás. No se ha recurrido, hasta ahora, al concepto de moral pública. A pesar de ello, sigue haciendo falta una clarificación doctrinal de estos por parte de los órganos del Consejo de Europa, que mantienen una conducta oscura al respecto. También, es notorio que ninguna demanda apoyada en estos conceptos haya pasado al conocimiento del Tribunal.

Solamente en el caso Kokkinakis,¹⁴² podemos encontrar alguna luz clarificadora sobre la interpretación de la frase “necesarias en una sociedad democrática”. Ya se señaló que es precisa la existencia de una proporción entre el fin perseguido y las medidas restrictivas, empleadas para ciertas conductas (al referirnos a la prohibición del proselitismo religioso en Grecia).

Desde el punto de vista del análisis jurídico-formal de los distintos supuestos, la Comisión sostiene el criterio de la aplicación del artículo 9o.; entendida como subsidiaria de otros artículos del Convenio. “Probablemente se deba a la enorme e imprevisible variedad de situaciones a que puede dar lugar la libertad de pensamiento, conciencia y religión”.¹⁴³ La excepción a este criterio se aplicó en el caso Kokkinakis;¹⁴⁴ el Tribunal consideró, por el contrario, que el artículo 9o. fungía como *lex specialis* respecto al artículo 10, sobre la libertad de expresión. De manera que si ya se había constatado la violación del artículo 9o., no tenía sentido examinar la violación del artículo 10.

¹⁴² Caso Kokkinakis, *op. cit.*

¹⁴³ *Cfr.* Martínez Torrón, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁴ *Op. cit.*

*7. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión,
y el principio de igualdad*

El artículo 14 del Convenio establece que los derechos y libertades consagrados en el Convenio sean igualmente reconocidos en todas las personas. Es decir, la protección otorgada por cada artículo del Convenio debe darse sin discriminación alguna, especialmente por razones de raza, sexo, religión, etcétera.

La jurisprudencia europea ha interpretado de una forma un tanto formalista este principio, en virtud de que considerarlo sólo en relación con alguno de los derechos y libertades reconocidos por el convenio, y no frente a cualquier disposición legal. No se trata, por tanto, de la igualdad ante la ley, sino de la igualdad en el reconocimiento de los derechos y libertades protegidos por el Convenio.

Esto explica: más que hablar de un derecho se hable de un principio. Las claves para comprender su operatividad en el marco del Convenio Europeo son dos:

a. Su carácter complementario. Es decir, no puede invocarse la violación del artículo 14 aisladamente, sino en conexión con alguno de los demás artículos del Convenio. También se admite la violación indirecta de alguno de los artículos del Convenio, aunque directamente no se viole.

Este criterio ha sido aplicado en diversos casos, los cuales han rechazado las demandas por estas razones:

Es el caso de la iglesia de la ciencia, ¹⁴⁵ a la que se le negó la entrada al Reino Unido. La Comisión apoyó la decisión en virtud de que el Convenio Europeo no ampara el derecho a entrar o a permanecer en un país distinto al propio. Pudo invocar alguno de los conceptos-límite establecidos en el artículo 9o., fracción 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero prefirió invocar el principio de Igualdad.

¹⁴⁵ Dec. Adm. 3,798/68.

Otro caso fue el de un sacerdote católico al que —a pesar de reunir las condiciones requeridas por la ley— se le negó ocupar un cargo judicial, por la disposición de la ley belga: “las funciones judiciales son incompatibles con el estado eclesiástico”.

La Comisión argumentó que el Convenio no da derecho a conservar un oficio público; luego, *a fortiori*, tampoco el derecho a ser candidato a un puesto en la función pública.

Otra vez se invoca este criterio, erróneo, para justificar válidamente la negativa en la persecución de un fin legítimo, por la falta de disponibilidad que el oficio eclesiástico requiere para el ejercicio de cargos y funciones públicas.

b. Su equivalencia con el principio de “no discriminación”. Esto implica que el Convenio no protege contra cualquier distinción objetiva y razonable, sino únicamente la discriminación por las razones invocadas, entre ellas la propia religión. Se rechaza que la igualdad deba interpretarse en términos de absoluta uniformidad.

Esto último es importante respecto a la aplicación de las restricciones legítimas previstas en el convenio. Es decir, constituye una violación al principio de igualdad una restricción aplicada de manera discriminatoria.¹⁴⁶

Para indagar si se ha producido alguna quiebra al principio de igualdad se determinó un triple test:

- Revisar si el tratamiento posee de hecho una justificación objetiva y razonable. Esto se determina en relación con la finalidad, así como con los efectos.
- Si la medida considerada discriminatoria persigue un fin legítimo.

Este criterio fue invocado en el caso Grandrath. Un testigo de Jehová, alegaba su condición de ministro de la secta. Denun-

¹⁴⁶ *Cfr.* sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Grandrath, 12 de diciembre de 1966.

ciaba un trato discriminatorio respecto de los ministros de otras confesiones religiosas, en virtud de que estaban exentos tanto del servicio militar como de la prestación sustitutoria (la ley alemana exoneraba de todo servicio a los ministros de la confesión evangélica y a los de la Iglesia católica, así como a los ministros de otras confesiones, cuya ocupación principal fuera el oficio religioso y cuya función dentro de su iglesia fuera equivalente a la de los ministros antes citados).

El gobierno alemán argumentaba en contra, aduciendo que dicha exención se había otorgado para facilitar el ejercicio del culto a los miembros de las distintas confesiones religiosas. Para que se les reconociese el carácter de ministros, la ley alemana exigía una dedicación total a los servicios religiosos, cosa que no se daba en el caso en comento; se trataba de un pintor dedicado de tiempo completo a su profesión, y en el tiempo libre realizaba sus prácticas ministeriales. Se Considera que los Testigos de Jehová adquieren el rango de ministros por su bautismo, el asunto era problemático para el gobierno alemán, porque concederles la exención implicaba concedérselas a la mayor parte de sus miembros, esto origina un trato desigual respecto de otras confesiones.

Grandrath alegaba que el único criterio aceptable precisar si el trabajo ministerial era estimado por la persona como su vocación y su tarea principal, con independencia del número de horas que le dedique.

La Comisión subrayaba que la distinción, establecida por la ley, perseguía un fin jurídicamente válido: facilitar la atención religiosa de las diversas confesiones, al tiempo que velaba por los intereses de la defensa nacional, para evitar el excesivo número de exenciones.

Asimismo, señalaba que la autoridad debe basarse en parámetros objetivos para determinar si el oficio sagrado requería una

dedicación continua, y no las razones subjetivas sobre su ministerio, por parte del demandante.¹⁴⁷

Si existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Es inevitable que, a veces, estas reglas sean insuficientes, dada la complejidad de la casuística; por ello, el margen racional de apreciación desempeña un papel importante.

Dos consecuencias derivan de las consideraciones anteriores, respecto al principio de igualdad:

a) Su carácter subsidiario. Es decir, una vez que se considera violado algún artículo del Convenio ya no se examinan las posibles violaciones al artículo 14.

b) Su alcance limitado, según vimos.

Finalmente, el Convenio Europeo no impone a los Estados la obligación de enfocar el tratamiento jurídico de las confesiones religiosas desde una perspectiva de igualdad, lo cual no es incompatible con un sistema de iglesias de Estado, mientras se garantice la libertad a las otras iglesias.

¹⁴⁷ Finalmente, el caso se resolvió por el gobierno alemán en favor de los testigos de Jehová, a quienes se les concedió la exención tanto del servicio militar como de la prestación sustitutoria. La realidad es que el verdadero motivo que impide a los testigos de Jehová prestar el servicio militar y cumplir con la prestación sustitutoria es la insumisión a instancias nacionales ya que no les es lícito “servir a dos señores”.