

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LA JURISPRUDENCIA EN TORNO AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

JAVIER MARTINEZ-TORRON
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su sistema de protección.*
3. *La titularidad del derecho de libertad religiosa.*
 - 3.1. Titularidad activa.
 - 3.2. Titularidad pasiva.
4. *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*
5. *El contenido del derecho de libertad religiosa.*
 - 5.1. Libertad de elección en cuanto a las convicciones.
 - 5.2. La libertad de manifestar la propia religión o creencias.
 - 5.2.1. El significado del término «manifestación».
 - 5.2.2. Manifestación individual y colectiva de la religión.
 - 5.2.3. La manifestación de la religión en público y en privado.
 - 5.2.4. Los modos admitidos de manifestar la religión o creencias.
 - 5.2.4.1. La celebración del culto y la observancia de los ritos.
 - 5.2.4.2. La enseñanza.
 - 5.2.4.3. La práctica de la religión o creencias.
 - a) Objeciones de conciencia.
 - b) La práctica del aborto.
 - c) La posibilidad de acudir al divorcio
6. *Las limitaciones al derecho de libertad religiosa.*
7. *La libertad religiosa y el principio de igualdad.*
8. *El derecho de los padres a la educación de sus hijos según las propias convicciones.*
 - 8.1. El derecho a la instrucción: concepto y alcance.
 - 8.2. La titularidad del derecho atribuido a los padres por el artículo 2.
 - 8.3. El ámbito material de protección.
 - 8.4. Las obligaciones asumidas por el Estado.
 - 8.4.1. El ámbito de la responsabilidad estatal.
 - 8.4.2. Obligaciones concretas derivadas del artículo 2.
9. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Si resulta evidente la importancia que para la correcta comprensión de un sistema jurídico tiene la jurisprudencia —la voz viva del ordenamiento, como se ha dicho expresivamente—, el conocimiento de la doctrina jurisprudencial reviste una particular necesidad cuando el campo de estudio se circunscribe al tratamiento de los derechos humanos en un concreto ámbito de la realidad jurídica.

En esos casos, las formulaciones legales aparecen revestidas de una inevitable generalidad —exigencia de las propias características de la materia regulada— que, por permitir interpretaciones diversas, reclama con peculiar fuerza una determinación del significado de los derechos ahí recogidos, al hilo de su contraste con la vida social. Y esa tarea es la que, justamente, compete a la jurisprudencia, a la que corresponde desglosar el contenido de los derechos humanos a medida que debe pronunciarse sobre realidades conflictuales en las que está en juego alguno de esos derechos.

Cabría decir, en cierto modo, que no hay verdadera protección de los derechos de la persona sin una jurisprudencia que declare de manera precisa su contenido. Hasta el punto de que, si una norma en la que se reconocen derechos humanos no se apoya en la correlativa estructura judicial, apenas sería otra cosa que una *blue sky law*, según el expresivo término acuñado por la doctrina norteamericana: una simple declaración de buenas intenciones sin consecuencias prácticas.

De ahí que la doctrina, cuando pretende conocer el valor que un determinado ordenamiento otorga a los derechos humanos, deba ineludiblemente realizar una aproximación crítica a las decisiones judiciales en esa materia, calibrando su sensibilidad en relación con la eficaz defensa de los derechos de la persona.

Por lo que se refiere al derecho de libertad religiosa, aunque todavía queda una considerable tarea por hacer, son ya relativamente abundantes los estudios sobre jurisprudencia constitucional nacional. Sin embargo, hasta el momento se ha prestado poca atención a ese peculiar fenómeno de jurisprudencia internacional que surge en el marco del *Convenio Eu-*

*ropeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*¹.

A mi juicio, esa jurisprudencia europea ofrece un interés particular, que deriva de su carácter supraestatal. Al basarse sobre un texto que recoge unos derechos internacionalmente reconocidos, tiene la oportunidad de elaborar el contenido de esos derechos sin dependencia directa de ningún ordenamiento interno: puede, por así decir, precisar el alcance de tales derechos de manera más genuina, con mayor libertad, al encontrarse desligada de los límites que a toda jurisprudencia nacional impone inevitablemente su propio sistema de Derecho positivo.

Obviamente, la ventaja que le concede su carácter supranacional puede transformarse en un riesgo: al aplicar un Convenio cuyo equilibrio se mantiene sobre el consentimiento de los Estados que lo suscriben, la jurisprudencia europea podría tratar de no dañar ese consenso mediante una insuficiente protección de los derechos que los individuos alegan contra el Estado que supuestamente los ha violado. Es decir, para evitar enfrentamientos con los poderes estatales que sirven de sustento al Convenio, podría debilitar el contenido de los derechos humanos en él reconocidos, reduciéndolos a un *minimum* que desvirtuaría su verdadera imagen, desdibujando así los perfiles de ese patrimonio jurídico común a todo ser humano que constituyen los derechos de la persona. Espero poder suministrar, a lo largo de estas páginas, los datos suficientes que permitan apreciar si este riesgo ha sido completamente evitado por lo que concierne al derecho de libertad religiosa. Antes, convendrá exponer sucintamente el sistema de protección que el Convenio establece en su articulado.

2. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU SISTEMA DE PROTECCIÓN.

Al término de la Segunda Guerra Mundial fueron surgiendo, en las democracias del continente, diversos «movimientos europeos» con el objetivo de promover una unidad de Europa basada en la garantía de los

¹ Entre los escasos trabajos específicos sobre la libertad religiosa en ese Convenio, con una parcial referencia a la doctrina jurisprudencial, pueden verse: F. M. VAN DE BURG, «De godsdienstvrijheid in de Conventie van Rome en het processieverbod», en *Nederlandse Juristenblad* (1956), págs. 441-449; P. LANARÈS, «La liberté religieuse et la Convention européenne des Droits de l'Homme», en *Conscience et liberté*, 1 (1971), págs. 48 y sigs.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano 1967; L. F. NAVARRO, «La libertad religiosa en la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre», en *Ius Canonicum*, 23 (1983), págs. 779-823; J. A. FROWEIN, «Freedom of Religion in the Practice of the European Commission and Court of Human Rights», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 46 (1986), págs. 249-260. Vid. también, sobre el derecho de los padres a la educación de los hijos según sus convicciones, S. CASTRO-RIAL GARRONE. «Sobre ciertos aspectos del derecho a la educación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, 3 (1985), págs. 553-571.

derechos humanos y las libertades políticas, previniendo así el renacer de nuevas formas de totalitarismo. En mayo de 1948, en La Haya, tuvo lugar un Congreso del Comité Internacional de Movimientos para la Unidad Europea, cuyo principal resultado fue la fundación —en 1949— del Consejo de Europa². Su finalidad predominante era la promoción de los derechos de la persona³ y, de hecho, su primera realización —sin duda la más importante: su «obra maestra», como se ha afirmado expresivamente⁴— fue la elaboración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, conocido habitualmente con el nombre de Convenio Europeo de Derechos Humanos; entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, tras el depósito del décimo instrumento de ratificación⁵. El Convenio ha sido sucesivamente completado por ocho protocolos, el último de los cuales lleva fecha de 19 de marzo de 1985⁶.

² El Estatuto del Consejo de Europa fue firmado en Londres, el 5 de mayo de 1949, por diez países: Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido y Suecia. Posteriormente se han ido incorporando otros once países: Grecia (1949; abandonó el Consejo en 1969, y fue readmitida en 1974), Turquía (1949), Islandia (1950), Alemania (1951), Austria (1956), Chipre (1961), Suiza (1963), Malta (1965), Portugal (1976), España (1977), Liechtenstein (1978).

³ El artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa afirma: «The aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its Members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress. This aim shall be pursued ... (inter alia) ... in the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms.»

⁴ P. LEUPRECHT, «Derechos humanos y Derecho comunitario europeo», ponencia presentada en las Jornadas sobre Derechos Humanos, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 23 a 25 de abril de 1986 (en prensa).

⁵ Cfr. artículo 66, 2.º, del Convenio.

⁶ Entre la numerosa literatura general sobre el Convenio Europeo, su historia y las instituciones por él creadas, puede verse, con un carácter primordialmente descriptivo: R. BEDDARD, *Human Rights and Europe* (2.ª ed.), London 1980; F. CASTBERG, *The European Convention on Human Rights*, Leyde 1974; M.-A. EISSEN, «La Cour Européenne des Droits de l'Homme», en *Bulletin de l'Association pour la fidélité à la pensée du Président René Cassin*, n. 5, Paris 1983 (trad. española, actualizada: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 1985; citaré siempre por esta edición); F. ERMACORA, *Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte*, Wien 1963; J. E. S. FAWCETT, *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford 1969; H. GOLSONG, *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Karlsruhe 1958; F. G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1975; L. MIKAELSEN, *European protection of human rights*, Alphen aan den Rijn 1980; Z. M. NEDJATI, «Human Rights under the European Convention», en *European Studies in Law*, vol. 8, Amsterdam 1978; H. PETZOLD, *La Convention européenne des Droits de l'Homme* (5.ª ed.), Köln 1984; A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe* (2.ª ed.), Manchester 1977; L. SOHN-T. BURGENTHAL, *International Protection of Human Rights*, New York 1973; K. VASAK, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1964.

Entre la bibliografía española: J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Barcelona 1983; M. T. FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, *Derechos Humanos y Consejo de Europa*, Madrid 1985; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid 1979; J. L. PARDOS PÉREZ, *Derechos del hombre en el Consejo de Europa*, Murcia 1960; A. TRUYOL Y SERRA, *Los Derechos Humanos* (3.ª ed.), Madrid 1982; J. VARELA FEIJOO, *La protección de los derechos humanos*, Barcelona 1972.

El Convenio y sus protocolos, inspirándose en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —1948—, recogen en su texto diversos derechos de la persona, con la pretensión de «expresar un sistema de valores de libertad que cristaliza siglos de evolución política»⁷. Principalmente, pertenecen a la categoría de los usualmente denominados *derechos civiles y políticos*⁸.

Entre ellos aparece la libertad religiosa, al que hacen referencia tres artículos. El artículo 9 reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, indicando además los límites que el poder público está legitimado para imponer a su ejercicio⁹. El artículo 14 contiene el principio de igualdad: prohíbe la discriminación por razón de la religión —entre otras circunstancias— respecto al disfrute de los derechos y libertades incluidos en el Convenio¹⁰. El artículo 2 del Protocolo I, junto al derecho a la educación, afirma el derecho de los padres a que el Estado asegure para sus hijos una educación conforme a sus personales convicciones religiosas o filosóficas¹¹.

⁷ F. J. JACOBS, *op. cit.*, pág. 1.

⁸ Es sabido que, al hablar de derechos de la persona, suele distinguirse entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por otra. Los primeros constituyen el patrimonio jurídico mínimo de la persona, de manera que todo Estado no totalitario debe reconocerlos y respetarlos; los segundos, en cambio, corresponderían a una situación social más avanzada, de modo que un Estado ha de procurar incorporarlos paulatinamente, a medida que su desarrollo económico y social le permite hacerlo. Tal distinción se basa, además, en que la primera categoría requiere principalmente una actitud pasiva por parte del Estado —abstenerse de interferir en el ejercicio de esos derechos—, mientras que la segunda exigiría actuaciones positivas de los poderes públicos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, ha declarado que no es posible establecer una tajante línea divisoria entre ambas clases de derechos (cfr. sent. del caso *Airey*, 9 de octubre de 1979, n. 26). Además, en repetidas sentencias, ha indicado también que al menos algunos derechos civiles y políticos reclaman ciertas obligaciones activas del Estado —deberes de prestación—, sin las que esos derechos perderían en la práctica buena parte de su eficacia (vid. los comentarios que a este respecto hace M.-A. EISSEN, *op. cit.*, páginas 92-94).

⁹ «Article 9. 1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

El Convenio y sus protocolos tienen únicamente dos versiones que hacen fe, en las lenguas inglesa y francesa.

Noruega, al ratificar el Convenio, formuló una reserva sobre el artículo 9, debido a la prohibición de los jesuitas contenida en su Constitución de 1814. La reserva fue retirada al desaparecer esa disposición constitucional en 1956.

¹⁰ «Article 14. The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.»

¹¹ «Article 2. No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect

Con el fin de garantizar una eficaz protección de los derechos humanos, el Convenio crea dos órganos con esa finalidad específica: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹². Comisión y Tribunal, junto con las competencias residuales otorgadas al Comité de Ministros del Consejo de Europa, componen el triple apoyo del sistema tutelar instaurado por el Convenio¹³. La existencia de este sistema de protección —fundamentado en las competencias judiciales del Tribunal y quasi-judiciales de la Comisión— constituye precisamente la novedad del Convenio europeo, y ha hecho posible su eficacia práctica, frente a la escasa operatividad de otros instrumentos semejantes en el plano internacional.

De modo sintético, el mecanismo del sistema puede ser descrito como sigue, por lo que se refiere a las demandas individuales —no estatales—, que son las relevantes a los efectos del presente trabajo. Cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares —una vez agotados los recursos internos— puede presentar una demanda ante la Comisión cuando se consideren víctimas de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio por parte de uno de los Estados contratantes¹⁴.

Tras un primer examen de la demanda, la Comisión debe decidir si la declara o no admisible¹⁵. La negativa supone el final del procedimiento, sin posibilidad de recurso. Ello puede suceder por diversos motivos¹⁶:

— incompetencia de la Comisión: *ratione personae, temporis, loci aut materiae*;

the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.»

¹² Cfr. artículo 19 del Convenio.

¹³ Los artículos 1-18 del Convenio describen los derechos protegidos y los límites de que pueden ser objeto por parte de los Estados contratantes. El resto del articulado —artículos 19 a 66— se dedica a regular la organización, competencias y funcionamiento del sistema de protección. Cada uno de los tres órganos posee, además, sus propias normas de procedimiento.

La Comisión comenzó a funcionar el 18 de mayo de 1954, cuando se produjo por vez primera la elección de sus miembros por el Comité de Ministros; el Tribunal, el 21 de enero de 1959, después de que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hubiera designado a sus componentes.

También el Secretario General del Consejo de Europa posee algunas competencias en esta materia en virtud del artículo 57 del Convenio, según el cual, a requerimiento del Secretario General, todo Estado parte «suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio».

¹⁴ Presupuesto de ello es que la Alta Parte contratante haya reconocido la competencia de la Comisión en esta materia. Solamente tres Estados no la admiten: Chipre, Malta y Turquía.

¹⁵ En ocasiones, cuando el caso ofrece cierta complejidad, la Comisión —antes de decidir sobre la admisibilidad— puede recabar información suplementaria del Gobierno demandado y de la persona demandante.

¹⁶ Sobre los motivos de inadmisibilidad, vid., por todos, F. G. JACOBS, *op. cit.*, páginas 215-251.

- defectos de orden procesal: demandas anónimas, no haber agotado los recursos internos o no presentar la demanda antes de transcurridos seis meses desde la decisión interna definitiva;
- incompatibilidad con las disposiciones del Convenio;
- *nos bis in idem*: identidad sustancial de la demanda con otra anteriormente conocida por la Comisión o por otra instancia internacional, sin que se aporten hechos nuevos;
- abuso del derecho de petición;
- demandas manifiestamente infundadas (*manifestly ill-founded*)¹⁷.

Por el contrario, si la Comisión considera la demanda admisible —por estimar que existe una apariencia de posible violación del Convenio que requiere un examen a fondo de la cuestión¹⁸—, debe proceder al estable-

¹⁷ Este concepto ha sido definido por la propia Comisión en los siguientes términos: «The latter (Commission) declares an application inadmissible as being manifestly ill-founded only when an examination of the file does not disclose a *prima facie* violation» (Dec. Adm. 214/56, YB 2, pág. 254). En el mismo sentido, cfr. Dec. Adm. 4/55 (no publicada); 332/57, YB 2, pág. 336; 524/59, YB 3, pág. 338; 596/59, YB 3, pág. 368.

Las siglas *Dec. Adm.* se refieren a una decisión de la Comisión acerca de la admisibilidad de una demanda; las cifras que siguen indican el número de orden con que figura esa demanda en los archivos de la Comisión (los números a la derecha de la barra señalan el año en que fue presentada).

Las siglas *YB* se refieren a una de las fuentes oficiales de conocimiento de documentos relativos al Convenio, que, entre otras cosas, contiene una selección de decisiones de la Comisión: el *Yearbook of the European Convention on Human Rights*. El primer volumen abarca los años 1955-1957; el segundo, 1958-1959; desde 1960 se ha publicado un volumen anual.

Las decisiones de la Comisión que se publican —no son todas, aunque sí la mayoría— figuran en la *Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights*, publicada desde 1960 a 1974. Desde 1975, esa colección fue reemplazada por otra: *Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, en la que, además, aparecen algunos de los informes de la Comisión a que aludiré en seguida. En adelante, esas colecciones serán designadas en nota con las siglas, respectivamente, *Coll.* y *D. & R.*

Otra fuente útil de documentación es H. MIEHLER-H. PETZOLD, *European Convention on Human Rights. Texts and Documents*, Köln 1982 (2 vol.).

¹⁸ Hasta el 31 de diciembre de 1985 se registraron en la Comisión 11.891 demandas. De ellas, 450 han sido declaradas admisibles: un 3,7 por 100. A pesar de ese reducido porcentaje, la evolución de las cifras de admisibilidad ha sido la siguiente:

1955-1972: 2,1 por 100 admisibles.

1973-1980: 3,5 por 100 admisibles.

1981-1985: 8,8 por 100 admisibles.

Más concretamente, de las 596 demandas registradas en 1985, 70 fueron consideradas admisibles (datos tomados de J. A. CARRILLO SALCEDO, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, ponencia presentada en las Jornadas sobre Derechos Humanos organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 23 a 25 de abril de 1986; en prensa).

Valorando esos porcentajes, BEDDARD afirma que, en sus primeros años, la Comisión caminó, incomprensiblemente, con excesivo cuidado y timidez, aumentando el relieve de su función en la última década (cfr. *op. cit.*, págs. 173-174). JACOBS, en cambio, considera que ese cauteloso proceder inicial de la Comisión fue necesario para ganarse la confianza de los Estados, que no sin reticencias aceptaron ser juzgados por una instancia internacional (cfr. *op. cit.*, págs. 274-276). A esto habría que añadir, a mi juicio, que, a medida que la propia jurisprudencia de la Comisión, con el paso de los años, va suministrando criterios de admi-

cimiento de los hechos del caso, mediante un examen contradictorio de la demanda. Al mismo tiempo, se pondrá a disposición de las partes para tratar de lograr un arreglo amistoso de la cuestión, siempre inspirado en el respeto de los derechos humanos¹⁹. De no conseguirse la conciliación de las partes, la Comisión elabora un informe en el que hará constar los hechos y en el que debe formular un dictamen sobre si los hechos comprobados implican, por parte del Estado, una quiebra de las obligaciones asumidas en el Convenio²⁰. Este informe se transmite al Comité de Ministros y al Estado interesado. Desde ese momento, existe un plazo de tres meses para remitir el asunto al Tribunal; si esto no se lleva a cabo, es el Comité quien decide sobre la presunta violación, habitualmente confirmando el parecer de la Comisión, y determinando, en su caso, las medidas que ha de adoptar la Alta Parte que infringió el Convenio²¹.

Pueden deferir el asunto al Tribunal tanto la Comisión como un Estado, siempre que este último sea el demandante, el demandado o aquél al que pertenezca la supuesta víctima²²; el demandante individual no tiene derecho de petición directa ante el Tribunal²³. Lo más frecuente es que sea la propia Comisión quien lleve el asunto al Tribunal. Sobre cuándo debe hacer esto o, por el contrario, cuándo debe dejar transcurrir el plazo perentorio de tres meses para poner la decisión en manos del Comité de Ministros, no existen reglas fijas: tomar una u otra opción queda completamente a la discrecionalidad de la Comisión, aunque la doctrina —basándose en la experiencia de estos años— ha ido fijando algunas pautas de comportamiento usualmente seguidas²⁴.

sibilidad, se produce una autoselección de las demandas, desde el momento en que muchos de los posibles demandantes no acudirán a la Comisión si tienen la certeza de que su petición será rechazada.

¹⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA advierte del peligro que esta clase de conciliaciones pueden entrañar para el orden público internacional, en cuanto que los derechos humanos no son materia que permita la transacción. Por ello, insiste en que la Comisión debe, en cualquier caso, fijar los hechos y valorarlos con acuerdo a derecho, para poder estar en condiciones de controlar si el eventual acuerdo entre las partes respeta los términos del Convenio (cfr. *op. cit.*, págs. 52-53 y 117-119).

²⁰ Ese informe no es vinculante ni para el Tribunal ni para el Comité de Ministros. Debe recoger los dictámenes independientes de aquellos miembros de la Comisión que deseen formularlos.

Cada uno de tales informes es impreso —en *offset*— en un cuaderno separado; muchos de ellos, además, aparecen en la Colección *Decisions and Reports* y en el *Yearbook*.

En adelante, esos *reports* de la Comisión serán designados con la abreviatura *Rep. Com.*

²¹ Esas decisiones —normalmente muy breves—, además de imprimirse separadamente, suelen venir transcritas en *D. & R.* y en el *YB*.

²² Presupuesto para que un caso pueda ser remitido al Tribunal es que el Estado o Estados afectados hayan prestado su consentimiento a esa jurisdicción. Los Estados pueden reconocer esa jurisdicción como obligatoria mediante una declaración general; de los actuales miembros del Consejo de Europa, todos han realizado una declaración de ese tipo, excepto Malta y Turquía.

²³ Carece, por tanto, propiamente, de personalidad jurídica internacional.

²⁴ ROBERTSON ha sintetizado las principales tendencias de la Comisión en este sentido. Cuando el caso presenta problemas que implican una difícil interpretación del Convenio, el

Una vez trasladado el caso ante el Tribunal, éste pasa a tener competencia exclusiva sobre él, de índole estrictamente judicial. El proceso es de carácter oral, público y contradictorio: a pesar de que la persona individual no tiene derecho directo de acceso al Tribunal ni está en absoluta igualdad de condiciones con el Estado demandado, es propiamente una parte en el proceso, y sus posibilidades de intervención directa en éste se han visto notablemente aumentadas desde el último Reglamento adoptado por el Tribunal²⁵. Las sentencias del Tribunal son definitivas y tienen fuerza obligatoria, aunque no son ejecutivas, sino esencialmente declarativas: los medios para su ejecución quedan a la elección del Estado afectado, y compete al Comité de Ministros vigilar esa ejecución²⁶.

El Convenio Europeo constituye así un instrumento internacional para la protección de los derechos humanos que —en la medida de su incorporación al Derecho interno por los Estados contratantes— puede ser también aplicable por los tribunales nacionales²⁷, y que, en el plano supranacional,

asunto suele remitirse al Tribunal; igual ocurre cuando la Comisión está dividida en cuanto a su opinión sobre si ha sido violado o no algún derecho. Por el contrario, cuando existe opinión unánime, o casi unánime, de que no hubo violación del Convenio, lo normal es dejar la decisión en manos del Comité de Ministros, que normalmente corrobora el dictamen de la Comisión. Pero, si el asunto contiene implicaciones políticas de cierta importancia, parece más apropiado, en cualquier caso, dejar que sea el Comité quien decida, por su carácter de órgano político (cfr. *op. cit.*, págs. 205-206). Aunque, como apunta BEDDARD, no siempre es fácil determinar cuándo un caso ofrece problemas principalmente jurídicos o políticos (cfr. *op. cit.*, págs. 43-44).

Sobre esta cuestión, puede verse S. PETREN, «La saisine de la Cour européenne par la Commission européenne des Droits de l'Homme», en *Mélanges Modinos*, Paris 1968, páginas 233-244.

²⁵ Vid. M.-A. EISSEN, *op. cit.*, págs. 30-43; en las páginas 141-175 se transcribe —traducido— ese Reglamento, adoptado por el pleno del Tribunal el 24 de noviembre de 1982.

²⁶ Las sentencias del Tribunal no pueden, por ejemplo, derogar una ley, casar una sentencia judicial, anular un acto administrativo, etc., que haya estimado contrarios al Convenio; aunque sí pueden fijar una indemnización para las personas lesionadas.

Las sentencias del Tribunal son publicadas —con refrendo oficial— por la Carl Heymanns Verlag en dos series: la serie A, que contiene únicamente el texto de las sentencias y decisiones; y la serie B, que reproduce además las principales piezas del procedimiento. En este trabajo las citas se harán siempre conforme a la serie A.

En cuanto a repertorios de jurisprudencia, el más completo es el *Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights*, 6 vols., Köln 1984; contiene abundantes fragmentos de decisiones del Tribunal y de la Comisión hasta 1982, sistematizados con relación a los artículos del Convenio y sus protocolos; algunos de esos textos no han sido publicados en otros lugares. También con jurisprudencia de Tribunal y Comisión, mucho más breve, puede verse S. ERCMAN, *European Convention on Human Rights. Guide to Case Law*, Wien 1981.

En lengua española existe una colección de sentencias del Tribunal —textos completos comentados, con interesantes datos estadísticos—, publicada por el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (ed. Cortes Generales): *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia, 1959-1983*, Madrid 1985.

Un resumen de las sentencias del Tribunal, con valiosa información bibliográfica, puede encontrarse en V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1984.

²⁷ Sobre la aplicabilidad del Convenio en el Derecho interno, vid. A. Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A comparative study*, Oxford 1983; *Actes du 2^e Colloque international sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme*,

despliega su eficacia mediante un sistema de protección jurisdiccional escalonado en dos fases sucesivas, cuyo protagonismo corresponde, respectivamente, a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos o, subsidiariamente, al Comité de Ministros del Consejo de Europa.

En el conjunto del sistema, las funciones propiamente judiciales competen sin duda al Tribunal. La función de la Comisión, en cambio, tiene una naturaleza jurídica no muy definida. Ciertamente, actúa como un filtro que permite el acceso al Tribunal solamente de aquellos casos que notoriamente presentan alguna apariencia de violación del Convenio, evitando que una utilización abusiva o inconsciente del derecho de recurso individual pudiera llegar a dañar seriamente la eficacia de la labor del Tribunal, por una acumulación de trabajo. No tiene atribuidas, por tanto, facultades decisorias respecto al fondo de los asuntos planteados cuando éstos merecen cierta consideración. Sin embargo, a lo largo de estos años, la Comisión, al desechar una demanda por manifiestamente infundada, no solamente lo ha hecho porque el demandante no alegara suficientes elementos de hecho en apoyo de su reclamación, sino que muy frecuentemente ha realizado verdaderos juicios sobre la fundamentación jurídica de la demanda, incluso llegando, en ocasiones, a llevar a cabo apreciaciones de complejos problemas jurídicos, que habrían sido más propias del Tribunal²⁸. Junto a ello, conviene notar que, si la demanda ha sido declarada admisible y no se logra un acuerdo amigable entre las partes, la Comisión elabora un informe dictaminando si ha habido o no violación del Convenio: dictamen que, de no pasar el caso al Tribunal, es casi siempre aceptado por el Comité de Ministros al decidir definitivamente la cuestión. Ambos datos hacen posible calificar la función de la Comisión como quasi-judicial, y permiten hablar de una doctrina jurisprudencial de la Comisión, junto a la jurisprudencia —de mayor rango— del Tribunal.

En cualquier caso, las garantías que proporciona el mecanismo de protección del Convenio tienen un carácter subsidiario. No se pretende suplantarlo al Derecho interno, que sigue siendo el principal instrumento para la tutela de los derechos y libertades fundamentales; su función es añadirse y superponerse a éste, completarlo y remediar sus lagunas o defectos. Así se desprende de la necesidad de agotar los recursos internos disponibles antes

Bruxelles 1968; *Actes du 5^e Colloque international sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1982.

Por lo que se refiere al Derecho español, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, páginas 141-155.

²⁸ La Comisión no tiene poder para decidir si una demanda es infundada: eso corresponde al Tribunal o, subsidiariamente, al Comité de Ministros. Sólo puede —y debe— declararla inadmisibile cuando es *manifiestamente* infundada; esto último ocurre —afirma la propia Comisión— cuando en las alegaciones no aparece el menor indicio de violación del Convenio (vid. *supra*, nota 17). Como puntualiza ROBERTSON, «the problem is to draw the line between what is ill founded —which can appear only from an examination of the merits— and what is so manifestly ill founded that it does not even deserve consideration on the merits» (*op. cit.*, pág. 168).

de acudir a la Comisión²⁹, y del hecho de que el Tribunal, para poder otorgar a la víctima una satisfacción equitativa, debe asegurarse de que el Derecho interno del Estado demandado sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de la lesión infringida³⁰. Y así lo ha declarado el mismo Tribunal en varias ocasiones³¹.

Conectado con ese carácter subsidiario, el Tribunal ha reconocido a los Estados un cierto *margen de apreciación* en diversas materias, particularmente en lo relativo a la interpretación de los límites con que —según autoriza el Convenio— el Derecho interno puede circunscribir el ejercicio de los derechos de la persona. Esa doctrina jurisprudencial viene a ser como una autolimitación judicial —*judicial self-restraint*— fundamentada en el contacto directo que las autoridades nacionales tienen con la realidad social de su país³².

Naturalmente, una utilización indiscriminada de esa doctrina por una jurisprudencia poco firme podría haber conducido a eludir los aspectos problemáticos que entrañan los derechos incluidos en el Convenio, diezmando la eficacia correctora que éste debe tener con relación a los ordenamientos estatales. Frente a esa posibilidad, el Tribunal ha afirmado la función de control que le corresponde respecto a las medidas restrictivas que un Estado adopta con referencia al ejercicio de los derechos humanos³³. Y, simultáneamente, ha ido creando un sentido «europeo» de ciertos conceptos contenidos en el Convenio —válido para todos los países—, sin interpretarlos desde la perspectiva del Derecho interno del país en cuestión. Esa orientación jurisprudencial —ya presente en la mente de los redactores del Convenio³⁴—, unida a la interpretación dinámica y evolutiva de algunos de-

²⁹ Cfr. artículo 26 del Convenio.

³⁰ Cfr. artículo 50 del Convenio. Además, el artículo 60 establece que «ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

³¹ Cfr. sentencias *Caso lingüístico belga* (23 de julio de 1968), fundamento de derecho I, B, n. 10; *Handyside* (7 de diciembre de 1976), n. 48; *Eckle* (15 de julio de 1982), n. 66.

³² Aunque implícita en anteriores sentencias, la doctrina del margen de apreciación fue expuesta detalladamente por primera vez en el caso *Handyside* (7 de diciembre de 1976), n. 48: un asunto relativo a la libertad de expresión, limitada por las autoridades británicas sobre la base de la protección de la moral (cfr. art. 10, 2, del Convenio). Decisiones posteriores irían matizando el alcance de esa doctrina (para una cita exhaustiva de las mismas, vid. M.-A. EISSEN, *op. cit.*, págs. 82-83).

³³ La propia sentencia del caso *Handyside*, en su n. 49, expresaba la necesidad de ese control o supervisión europea, mantenida frecuentemente en sentencias sucesivas.

³⁴ En el Preámbulo del Convenio se dice que «los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, (...) reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, sobre un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, sobre una concepción común y un común respeto de los derechos del hombre que ellos invocan...» (el subrayado es mío).

rechos, ha permitido afirmar que el Tribunal cumple «la función de una especie de conciencia de Europa»³⁵.

Por lo que atañe al derecho de libertad religiosa, no parece que se haya elaborado un concepto europeo, ni del contenido del derecho en sí, ni de las limitaciones a las que puede estar sujeto en su ejercicio. Hasta el momento, el Tribunal apenas se ha pronunciado sobre esta cuestión³⁶; y la jurisprudencia de la Comisión, relativamente escasa si se la compara con la producida sobre otros derechos³⁷, ha declarado inadmisibile la gran mayoría de las demandas presentadas, sin ocuparse de confeccionar una noción uniforme de tal derecho³⁸.

Esa tarea es precisamente la que se afronta en estas páginas, tratando de desvelar el concepto de libertad religiosa contenido en el Convenio, mediante una construcción sistemática derivada de la inconexa jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal en esta materia; caracterización que, por los motivos antes apuntados, habrá de realizarse por una vía preferentemente negativa³⁹.

El carácter evolutivo que ha de tener la jurisprudencia europea⁴⁰ determina que preste poca atención a los trabajos preparatorios del Convenio: más que las circunstancias históricas del momento de su firma —cuya utilidad es meramente indicativa de los objetivos generales perseguidos por el Convenio—, interesa tener en cuenta el significado de los derechos reconocidos en el actual estadio del desarrollo socio-político de los países

³⁵ R. BEDDARD, *op. cit.*, pág. 36.

³⁶ En tres ocasiones ha conocido el Tribunal una reclamación basada en el derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones personales, y únicamente una de ellas se refería a convicciones religiosas (caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, 7 de diciembre de 1976). Sobre el artículo 9, el Tribunal no se ha pronunciado todavía. Actualmente se halla pendiente de decisión el caso *Johnston y otros v. Irlanda*, que incluye, sobre todo, cuestiones relativas a los artículos 8 y 12 —derecho a la vida privada y familiar, derecho al matrimonio—, aunque uno de los demandantes alega también el artículo 9 (el dictamen de la Comisión —de 5 de marzo de 1985, publicado como documento separado por el Consejo de Europa— estima que no hay violación del derecho de libertad religiosa).

³⁷ En opinión de MARGIOTTA BROGLIO, esa escasez proviene de que el derecho de libertad religiosa es frecuentemente reconocido en los distintos países, a nivel constitucional, de modo más amplio que en el Convenio (cfr. *op. cit.*, pág. 142).

³⁸ De hecho, el *Bilan de la Convention européenne des Droits de l'Homme, les trente premières années: 1954-1984*, Strasbourg 1985 (publicado oficialmente por el Consejo de Europa) ni siquiera contiene en su sistemática un apartado dedicado a la libertad religiosa, como sí hace, en cambio, con otros derechos.

³⁹ Hasta ahora, nunca se ha admitido la existencia de una violación del derecho de libertad religiosa tal como se regula en el Convenio: ni por el Tribunal, ni por el Comité de Ministros siguiendo el parecer de la Comisión.

⁴⁰ «El Tribunal estima que el propósito querido por las Partes Contratantes, con carácter general, mediante el Convenio Europeo de Derechos Humanos, era el de una eficaz protección de los derechos fundamentales del hombre, y ello, sin duda, en razón no sólo de las circunstancias históricas en las que fue concluido el Convenio, sino también del desarrollo social y técnico de nuestra época, que tantas posibilidades ofrece a los Estados de regular el ejercicio de estos derechos» (sent. del *Caso lingüístico belga*, fundamento de derecho I, B, n. 5).

européos⁴¹. Sí conviene, en cambio, tomar en consideración la jurisprudencia producida sobre los derechos a la libertad de pensamiento y de conciencia, regulados junto con la libertad de religión; e incluso utilizar también el método analógico para estudiar la doctrina jurisprudencial sobre otros derechos incluidos en el Convenio, singularmente por lo que concierne a los límites de su ejercicio, a menudo similares a los que se establecen para la libertad religiosa.

3. LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Antes de analizar el contenido del derecho a la libertad de religión, interesa abordar la cuestión de su titularidad, en su doble vertiente. Por una parte, 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. Por otra parte, quién aparece como titular *pasivo*: es decir, quién queda obligado a garantizar el ejercicio de ese derecho, quedando sujeto a responsabilidad en caso de infracción.

3.1. *Titularidad activa*

Son tres las cuestiones principales que se plantean a este respecto:

a) Por lo que se refiere a las *personas físicas*, el tenor del artículo 9 del Convenio no deja lugar a dudas sobre su carácter de sujetos activos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». Así lo ha admitido siempre la Comisión en todas las demandas relativas a este artículo y, de modo explícito, al enjuiciar la titularidad de las personas jurídicas⁴².

b) También parece aceptarse que el ejercicio del derecho pueda llevarse a cabo por una persona física en representación de otra persona física —su verdadero titular— que aún no ha alcanzado la mayoría de edad. Concretamente, a mi juicio, ése es el caso contemplado en el artículo 2 del Protocolo I, que reconoce a los padres el derecho a exigir del Estado que, al organizar el sistema educativo, asegure para sus hijos una ense-

⁴¹ Refiriéndose a los trabajos preparatorios, sostiene JACOBS: «Preparatory work is notoriously unreliable as a general guide to treaty interpretation, and is hence treated only as a supplementary means of interpretation in Article 32 of the Vienna Convention. But because of the special features of the European Convention, it should be invoked, if at all, as a guide to the general intentions of the Parties, as indicated above, rather than to delimit strictly the scope of the Articles» (*op. cit.*, pág. 18).

Para un análisis de estos trabajos, en lo relativo al derecho de libertad religiosa, vid. los citados estudios de F. MARGIOTTA BROGLIO y L. F. NAVARRO. La documentación correspondiente puede encontrarse en el *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 5 vols., La Haye 1975-1979.

⁴² Cfr. Dec. Adm. 3.798/68, YB 12, págs. 306-325, y 4.733/71, YB 14, págs. 664-693.

ñanza acorde con sus convicciones. Aunque no se trata sino de un peculiar aspecto de la libertad religiosa⁴³, el Convenio lo recoge como un derecho independiente, por los singulares problemas a que da origen a causa de su conexión con otro derecho diverso: el derecho a la instrucción⁴⁴. Por ese motivo, el estudio de su tratamiento jurídico ocupa un lugar autónomo en la sistemática de este trabajo⁴⁵.

c) Una evolución clara y favorable ha tenido el reconocimiento de la titularidad del derecho de libertad religiosa a las *personas jurídicas*. Al principio, la Comisión, sin explicar el fundamento de su decisión, estimó que las iglesias o confesiones religiosas, al no ser personas físicas, sino jurídicas, no podían poseer ni ejercitar el derecho a la libertad de religión⁴⁶: de tal manera que sólo podía considerarse una demanda cuando fuera introducida por una o varias personas individuales, que actuarían, en cierto modo, representando a la iglesia⁴⁷; se pensaba que los derechos de la confesión eran respetados a través del derecho garantizado a sus miembros por el artículo 9⁴⁸.

En 1979, sin embargo, con ocasión de una demanda presentada por la *Church of Scientology* contra Suecia, la Comisión revocó expresamente su anterior doctrina, señalando que era artificial distinguir entre la libertad religiosa de la iglesia y de sus miembros: cuando una confesión interpone una demanda ante los órganos del Consejo de Europa, en realidad actúa en nombre de sus miembros y, por tanto, la confesión tiene capacidad propia para reclamar contra una presunta violación de su libertad religiosa, en cuanto se la concibe como representante de quienes forman parte de ella⁴⁹.

Si la conclusión a que llega la Comisión es sin duda la más acorde con la realidad social del hecho religioso, el fundamento que se aduce

⁴³ Cfr., en este mismo sentido, F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, págs. 81-83.

⁴⁴ También es evidente su conexión con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, consignado en el artículo 8 del Convenio. Prueba de ello es que, habitualmente, las demandas basadas en el artículo 2 del Protocolo I alegan también ese artículo 8.

⁴⁵ Cfr. *infra*, epígrafe núm. 8.

⁴⁶ «The Commission considers, however, that a corporation being a legal and not a natural person, is incapable of having or exercising the rights mentioned in Article 9, paragraph (1), of the Convention and Article 2 of the First Protocol» (Dec. Adm. 3.798/68, YB 12, pág. 314).

⁴⁷ Cfr. Dec. Adm. 4.733/71, YB 14, págs. 674-676.

⁴⁸ «Through the rights granted to its members under Art. 9, the church itself is protected in its right to manifest its religion» (Dec. Adm. 7.374/76, D. & R. 5, pág. 158).

⁴⁹ «The Commission, however, would take this opportunity to revise its view as expressed in *Application No. 3.798/68*. It is now of the opinion that the above distinction between the Church and its members under Article 9 (1) is essentially artificial. When a church body lodges an application under the Convention, it does so in reality, on behalf of its members. It should therefore be accepted that a church body is capable of possessing and exercising the rights contained in Article 9 (1) in its own capacity as a representative of its members» (Dec. Adm. 7.805/77, D. & R. 16, pág. 70). Esa doctrina fue reiterada en Dec. Adm. 8.118/77, D. & R. 25, pág. 117).

requiere algunas matizaciones, en cuanto que la titularidad del derecho de libertad religiosa por una confesión parece hacerse depender de que actúe en representación de sus adeptos. Ciertamente, la protección de la dimensión colectiva de ese derecho —su ejercicio por personas jurídicas— encuentra sus raíces más profundas en el derecho individual de las personas físicas, que puede ser ejercitado de forma asociada. En ese sentido, el ineludible punto de referencia es siempre la persona física, que es el sujeto originario de los derechos, frente al carácter instrumental que necesariamente reviste la noción de persona jurídica. Sin embargo, una vez creada, la persona jurídica se independiza de los individuos singulares que la componen para adquirir vida propia en el mundo de las relaciones jurídicas. En consecuencia, aunque las confesiones nacen en última instancia como resultado del ejercicio del derecho de libertad religiosa de las personas físicas, su protección no se encuentra vinculada de manera inmediata con estas últimas, como si fuera necesario un continuo soporte mayoritario de sus miembros para que pudieran acogerse a los medios tutelares ofrecidos por los poderes públicos. Esto último conduciría a la exigencia de una estructura interna de carácter democrático en cada confesión como requisito para que pudiera serles reconocido el derecho de libertad religiosa, lo que parece contradecir la opinión de la propia Comisión, al afirmar que las iglesias pueden autoorganizarse e imponer uniformidad a sus miembros en cuestiones doctrinales, quedando al mismo tiempo asegurada la libertad religiosa de los individuos por su derecho a abandonar esa iglesia en caso de oponerse a sus enseñanzas⁵⁰.

Por otra parte, si la dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa surge del ejercicio individual de ese derecho, su titularidad habrá de reservarse a aquellas personas jurídicas que puedan ser calificadas como confesiones religiosas, o que, al menos, posean fines religiosos. De ahí que la Comisión no permita alegar una violación del artículo 9 a entidades de finalidad económica: así lo estableció, al considerar inadmisibile la demanda interpuesta por una sociedad anónima suiza —una imprenta—, que rehusaba pagar el impuesto eclesiástico, obligatorio en el cantón de Zurich, con destino a varias confesiones determinadas⁵¹.

3.2. *Titularidad pasiva*

Siendo indudable el deber general de no injerencia por parte de terceros que va anejo al derecho de libertad religiosa, es también evidente que su garantía corresponde primordialmente a los poderes públicos, con

⁵⁰ Cfr. Dec. Adm. 7.374/76, D. & R. 5, pág. 158. En este caso, la Comisión declaró infundada la demanda de un ministro de la iglesia nacional danesa, que rehusaba someterse a las indicaciones recibidas de su iglesia sobre el modo de bautizar.

⁵¹ «Une société anonyme, étant donné qu'il s'agit d'une personne morale à but lucratif, ne peut ni jouir ni se prévaloir des droits mentionnés à l'article 9, paragraphe 1, de la Convention» (Dec. Adm. 7.865/77, D. & R. 16, pág. 86).

la consiguiente responsabilidad en caso de incumplimiento. Todo ello sin perjuicio de que esa responsabilidad pueda también afectar a instancias no públicas, indirectamente, en la medida en que nos encontremos ante relaciones jurídico-privadas en las que el interés público desempeña un importante papel: por ejemplo, notoriamente, las relaciones laborales.

La jurisprudencia europea admite en términos amplios una delimitación del sujeto pasivo del derecho de libertad religiosa por lo que se refiere a la responsabilidad estatal. No sólo es posible demandar al Estado por una actuación directa del Gobierno, sino también por actos producidos por cualquiera de los órganos que de él dependen⁵². Incluso, ni siquiera es necesaria la existencia de una actividad directa de los órganos públicos: basta que el Derecho interno permita una quiebra de los derechos de la persona —aunque se haya llevado a cabo concretamente por una instancia privada—, como una consecuencia del compromiso adquirido por el Estado en el artículo 1 al reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades contenidos en el Convenio⁵³.

Naturalmente, la garantía que el Estado se obliga a proporcionar mediante su ordenamiento interno incluye el deber de protección jurisdiccional de individuos y confesiones. Sin embargo, según declara la Comisión, no existe un derecho a la tutela judicial contra todo ataque a la propia religión, sino únicamente cuando esos ataques alcanzan tal nivel que llegan a impedir la manifestación de las creencias: en ningún caso —se puntualiza— puede esgrimirse, como derivado de la libertad religiosa, un pretendido derecho a estar libre de toda crítica⁵⁴.

⁵² «The responsibility of a State under the Convention may arise for acts of all its organs, agents and servants» (Dec. Adm. 7.511/76, D. & R. 12, pág. 58). En los mismos términos, esa doctrina fue reiterada en Dec. Adm. 7.743/76, D. & R. 12, pág. 149. Declaradas admisibles, ambas demandas fueron acumuladas en una sola a efectos de su enjuiciamiento por el tribunal, dando origen al caso *Campbell y Cosans*, decidido el 25 de febrero de 1982; se ventilaba una cuestión relativa al artículo 2 del Protocolo I.

Una excepción obvia a este principio es la contenida en la ya citada decisión 7.374/76: en un sistema de iglesia estatal, como la de Dinamarca, la iglesia no está obligada a respetar la libertad religiosa de sus ministros ni de sus fieles —como debe hacerlo el Estado en relación con quienes se encuentran bajo su jurisdicción—, a pesar de que, en cierto modo, los ministros actúen también al servicio del Estado (cfr. D. & R. 5, pág. 158).

⁵³ Así fue reconocido por el Tribunal, a nivel general, en el caso *Young, James y Webster* (13 de agosto de 1981), en el que se alegaba que el despido de un trabajador por no estar afiliado a un determinado sindicato británico era contrario a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación. El núm. 49 de esa sentencia afirmaba: «Según el artículo 1 del Convenio, todo Estado contratante reconoce “a toda persona de (su) jurisdicción los derechos y libertades definidos (en) el (...) Convenio”; por tanto, cuando la violación de uno de ellos deriva de un incumplimiento por el legislador nacional de esta obligación, la responsabilidad corresponde al Estado. Si bien la causa inmediata de los acontecimientos origen de este asunto reside en el acuerdo de 1975 entre la British Rail y los sindicatos de ferroviarios, fue, sin embargo, el Derecho interno en vigor en aquella época el que hizo lícito el trato que denuncian los interesados. La responsabilidad del Estado demandado por toda infracción del Convenio resultante de ello se encuentra, pues, comprometida sobre esta base.»

⁵⁴ «The Commission is not of the opinion that a particular creed or confession can derive from the concept of freedom of religion a right to be free from criticism. Never-

Por otro lado, la responsabilidad del Estado no se circunscribe exclusivamente al ámbito negativo: asegurar que no se producen coacciones o interferencias en esta materia. Ese es, ciertamente, el aspecto más radical de las obligaciones que le incumben según el Convenio. Pero, como ha indicado la Comisión, el respeto de la libertad religiosa puede llevar implícito un deber de actuación positiva⁵⁵. Tal reconocimiento general de las obligaciones positivas que pueden pesar sobre el Estado, sin embargo, no se ha visto hasta el momento concretado en la admisión jurisprudencial de ninguna de ellas en particular. Aparte de las que se verán posteriormente, al analizar el contenido del artículo 9, interesa señalar ahora dos situaciones en que expresamente se ha negado la existencia de deber alguno por parte de los poderes públicos.

Con relación a una demanda en la que se impugnaba el sistema de distribución del impuesto eclesiástico, porque —se alegaba— las cantidades pagadas por los reclamantes no alcanzaban la iglesia para la que habían sido destinadas, la Comisión precisó que, aun en el supuesto de que eso fuera cierto, los demandantes no estaban habilitados para exigir del Estado la modificación del sistema distributivo, ya que éste había sido fijado de acuerdo con las distintas iglesias, que eran sus beneficiarias. Si esas personas —concluía la Comisión— consideran que deben abandonar esa confesión —la Iglesia luterana— por su disconformidad con el modo

theless the Commission does not exclude the possibility of criticism or "agitation" against a church or religious group reaching such a level that it might endanger freedom of religion and where a tolerance of such behaviour by the authorities could engage State responsibility. However, the Commission does not consider that such an issue arises on the facts of the present case. In reaching this conclusion it notes that the remarks reported in the newspaper article were made in the course of an academic lecture by a professor of theology and not in a context which could render the remarks inflammatory. Moreover, it has not been shown that either the Church of Scientology or its members have been prevented in any way as a consequence of these published remarks from "manifesting their beliefs" in the ways enumerated by this provision» (Dec. Adm. 8.282/78, D. & R. 21, pág. 111).

Esta demanda fue presentada por la *Church of Scientology*, por haberse negado las autoridades suecas a iniciar un proceso penal contra un profesor de teología que, durante una lección académica, había descrito esa doctrina como «el más falso movimiento existente», como «el cólera de la vida espiritual».

Similar conclusión cabe extraer de una demanda interpuesta contra Suiza, porque las autoridades de ese país no tomaron acción alguna contra un sacristán que atacaba verbalmente a los demandantes cuando acudían al templo para los servicios religiosos. La Comisión estimó que no había violación de la libertad religiosa, puesto que esas personas eran libres de escoger otra iglesia, si pensaban que, por el comportamiento del sacristán, no debían continuar asistiendo a ese lugar (Dec. Adm. 7.562/76, no publicada; cfr. *Digest of Strasbourg Case-Law...*, cit., vol. 3, pág. 383; en adelante será citado como *Digest*).

⁵⁵ «The Commission further observes that the object of Article 9 is essentially that of protecting the individual against unjustified interference by the State, but that there may also be positive obligations inherent in an effective "respect" for the individual's freedom of religion» (Dec. Adm. 8.160/78, D. & R. 22, pág. 33). La misma decisión hace expresa referencia, *mutatis mutandis*, al caso *Marckx*, decidido por el Tribunal el 13 de junio de 1979, en el que se contiene —núm. 31 de la sentencia— una afirmación idéntica relativa al derecho al respeto de la vida privada y familiar. En el mismo sentido —también sobre el artículo 8 del Convenio—, vid. la sentencia del caso *Airey* (9 de octubre de 1979), núm. 32.

de distribuir el impuesto religioso, tal situación es debida a su propia decisión, y no a una interferencia de las autoridades estatales⁵⁶.

En segundo lugar, la Comisión ha rechazado en varias ocasiones que exista un derecho a dejar constancia, en un establecimiento público, de la propia religión. La primera de ellas se refiere a un caso en que las autoridades de un centro educativo no habían accedido a indicar la religión de unos alumnos en su expediente escolar; la Comisión declaró inadmisibles la demanda —presentada por el padre de los estudiantes—, señalando que no se mostraba en qué medida esa negativa podía afectar al derecho a asegurar la educación de sus hijos según sus propias convicciones religiosas⁵⁷. En otras dos decisiones, la Comisión rechazó que, como resultado del artículo 9, una persona condenada a prisión tuviera derecho a modificar la inscripción de su confesión religiosa —pretendidamente errónea— en el registro de la cárcel, mientras no se mostrara una palpable repercusión negativa en su libertad de religión, ya que esa inscripción posee un carácter puramente formal⁵⁸.

4. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

Como diferentes entre sí, y a la vez reunidas en el mismo artículo 9 del Convenio, aparecen las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Esa distinción se formula por vez primera en 1948, en el artículo 18

⁵⁶ Cfr. Dec. Adm. 9.183/80, no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, pág. 367. De modo análogo, años antes, la Comisión había considerado inadmisibles la demanda de un partido ecologista —alegando, entre otros, el derecho a la libertad de pensamiento—, en desacuerdo con la distribución de subsidios entre las diversas formaciones políticas por la campaña electoral; se afirmó que el artículo 9 no protege al contribuyente respecto del uso de los fondos públicos para subvencionar partidos que no apoya (Dec. Adm. 6.850/74, D. & R. 5, páginas 90-99).

⁵⁷ Dec. Adm. 3.502/68, no publicada: cfr. *Digest*, vol. 5, pág. 821. Cierta analogía con este caso ofrece la demanda 7.446/76, en la que un matrimonio reclama contra el Gobierno suizo, porque las autoridades registrales rehusaron inscribir el nacimiento de su hija con el nombre de Shalom-Phälesneth Imanuel-Bath-Ya, por exceder los límites impuestos por las normas del Registro; se alegaba, entre otros, el artículo 9. Fue declarada inadmisibles por la Comisión (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, pág. 374).

⁵⁸ Cfr. Dec. Adm. 2.835/66 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, pág. 370) y 7.291/75, D. & R. 11, págs. 55-56.

A mi juicio, en estos casos, la inadmisibilidad de las demandas está menos justificada que en el supuesto señalado en la nota anterior. En este último, el centro educativo se niega a hacer constar la religión de los estudiantes por considerarla un dato superfluo. Por lo que concierne a los encarcelados, sin embargo, la inscripción existía, y se alegaba que no correspondía a la realidad: a pesar de su índole formal, no parece fácil negar el derecho a ser inscrito con la propia religión, puesto que se trata de una calificación pública que, además, puede generar una cierta expectativa de consecuencias prácticas, por ejemplo, en lo relativo a asistencia religiosa.

Téngase en cuenta, de cualquier modo, que no raramente las demandas presentadas por encarcelados son abusivas, y utilizadas principalmente como un medio de causar problemas a las autoridades del establecimiento penitenciario. Eso resulta particularmente claro en la demanda 7.291/75, en la que el actor decía ser presidente de una confesión —la religión «Wicca»— que, obviamente, resultó imposible de identificar.

de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y desde entonces ha pasado a ser una constante en los textos internacionales, que suelen además regular en un solo artículo esos tres tipos de libertades, reconociendo así implícitamente que poseen un fundamento común⁵⁹.

Si esa triple división parece definitivamente consolidada desde un punto de vista formal, la situación es bien diversa por lo que se refiere a la determinación material de cada una de esas categorías. Del conjunto de documentos internacionales no es posible extraer nociones uniformes que permitan fijar con relativa precisión su ámbito y objeto propios, de manera que cada libertad quede especificada respecto a las demás. Al contrario, el análisis comparativo de los artículos correspondientes revela una considerable confusión y variedad —terminológica y conceptual— en esta materia, hasta el punto de que en ocasiones ni siquiera resulta claro si se trata de tres derechos o de tres aspectos de un solo derecho⁶⁰.

La protección que el Convenio europeo establece para la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, se contiene en el artículo 9 y en el artículo 2 del Protocolo I, completados por el principio de igualdad que declara el artículo 14. La redacción de esas normas no suministra suficientes datos para proceder a una delimitación conceptual que permita distinguir esos tres tipos con la necesaria nitidez; por tanto, no es fácil separar el ámbito de la libertad religiosa del que corresponde a las otras dos libertades que con ella comparten su fundamento⁶¹. Lo que sí es patente es que el Convenio trata de marcar una línea divisoria entre las convicciones de carácter religioso y aquellas otras convicciones que proceden de una raíz diversa, calificable como ideológica y no religiosa. Ese es, a mi juicio, el sentido de que el artículo 9 hable de «religión y creencias», y de que el artículo 2 del Protocolo I aluda a las «convicciones religiosas y filosóficas» de los padres⁶². En cualquier caso, el objeto principal de protección parecen ser las *creencias o convicciones*, sean o no de carácter religioso, sin que la libertad de conciencia se muestre con un ámbito autó-

⁵⁹ Una excepción notable es la del Convenio Americano sobre los Derechos Humanos (San José de Costa Rica 1969), que dedica el artículo 12 a la libertad de conciencia y de religión, y el artículo 13 a la libertad de pensamiento y expresión.

⁶⁰ Vid., sobre esta cuestión, J. HERVADA, «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, 11 (1984), págs. 20-46. También el panorama de la doctrina jurídica muestra una gran disparidad de criterios sobre el tema.

⁶¹ Ese fundamento común —el ejercicio de la racionalidad humana en sus aspectos más radicales— es precisamente lo que dificulta la distinción.

⁶² En el artículo 9, para designar el concepto que he traducido por «creencias», las versiones inglesa y francesa utilizan términos distintos, de un significado no del todo equivalente: *belief* y *convictions*, respectivamente. En el artículo 2 del Protocolo I, sin embargo, el vocablo es idéntico: *convictions*.

FAWCETT hace notar que, en los trabajos preparatorios, la expresión «convicciones filosóficas» se introdujo para designar aquellas ideologías opuestas a «convicciones religiosas», ya fuera por indiferencia o por hostilidad hacia los contenidos de carácter religioso (cfr. *op. cit.*, pág. 354).

nomo de operatividad: más bien aparece como un aspecto derivado del derecho a la libertad de religión o de pensamiento.

A idéntica conclusión permite llegar el análisis de la jurisprudencia del Tribunal y de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que a menudo hace alusión a la inexistencia —o a la posible existencia— de violación de algunos de los derechos contenidos en los artículos citados, sin mayores especificaciones, y sin que se haya ocupado, por tanto, de diferenciar la noción de esas tres libertades. Tampoco ha tratado de precisar lo que ha de entenderse por el término «religión», aceptando en principio como hecho religioso lo que se presenta como tal, o lo que así es considerado socialmente.

En cambio, sí se ha intentado restringir el concepto de libertad de pensamiento, indicando que no toda ideología goza de la protección otorgada por el artículo 9 y el artículo 2 del Protocolo I, sino solamente aquellas que merecen el nombre de «convicciones» o «creencias», aunque no se apoyen en consideración alguna de índole religiosa. Así, en lo concerniente al artículo 2 del Protocolo I, el Tribunal ha declarado que «la palabra “convicciones” (...) no es sinónima de “opinión” e “ideas”, tal como las emplea el artículo 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión», sino que únicamente «se aplica a la opinión que alcanza determinado nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia»⁶³. De manera semejante, la Comisión ha afirmado —con relación al art. 9— que la expresión «creencias» supone «una visión coherente de los problemas fundamentales»⁶⁴.

Esa genérica determinación del concepto de «creencia» no deja de revestir una cierta e inquietante ambigüedad, que sólo en dos ocasiones ha recibido mayor precisión. Por una parte, se ha señalado que las convicciones pacifistas deben ser estimadas como una *conviction* o *belief* merecedoras de la protección dispensada por el Convenio⁶⁵. Y, por otra parte,

⁶³ Sentencia *Campbell y Cosans* (25 de febrero de 1982), núm. 36. En ese mismo párrafo se alude a que tal interpretación es la que corresponde también al término *convictions* —*belief*, en la versión inglesa— empleado por el artículo 9. Esta doctrina es reiterada en Dec. Adm. 8.566/79, D. & R. 31, pág. 53.

⁶⁴ Dec. Adm. 8.741/79, D. & R. 24, pág. 138. La demanda estaba dirigida contra el Gobierno de la República Federal de Alemania, por una persona a la que no se le permitía ser enterrada según sus deseos: no quería ser sepultado en un cementerio con símbolos cristianos, y pretendía que su cadáver fuera incinerado y las cenizas dispersadas por el jardín de su casa. Esta persona falleció durante el procedimiento ante la Comisión, y los trámites fueron continuados por su hijo. La demanda fue considerada inadmisibile.

⁶⁵ En su informe sobre el caso *Arrowsmith* (12 de octubre de 1978), la Comisión aceptaba la definición de pacifismo como «the commitment, in both theory and practice, to the philosophy of securing one's political or other objectives without resort to the threat or use of force against another human being under any circumstances, even in response to the threat or use of force»; y aceptaba que «pacifism is a philosophy and, in particular, as defined above, falls within the ambit of the right to freedom of thought and conscience. The attitude of pacifism may therefore be seen as a belief (“conviction”) protected by Article 9, 1» (Rep. Com. 7.050/75, D. & R. 19, pág. 19).

En ese mismo informe, indirectamente, se afirma también que no pueden considerarse

desde un punto de vista negativo, se ha hecho notar que las preferencias lingüísticas sobre el idioma en que debe llevarse a cabo la educación de los hijos no pueden ser consideradas propiamente como «convicciones filosóficas», a los efectos del artículo 2 del Protocolo I ⁶⁶.

En definitiva, la jurisprudencia europea 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. Así lo corroboran unas palabras de la Comisión: «el término “práctica”, tal como es empleado en el artículo 9, 1.º, no cubre cada acto que es motivado o influenciado por una religión o creencia»; al contrario, «cuando las acciones de los individuos no expresan realmente la creencia en cuestión, no pueden ser consideradas como protegidas como tales por el artículo 9, 1.º, aun cuando estén motivadas o influenciadas por ella» ⁶⁷.

Dentro de ese esquema conceptual, a su vez, es la libertad religiosa la clave que, a mi juicio, 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. En otras palabras, la jurisprudencia afirma que no se protege toda exteriorización del pensamiento personal, sino sólo aquello que constituye una manifestación de un sistema de ideas dotado de particular coherencia y profundidad: y, en mi opinión, el único modo en que cabe entender esa afirmación —por lo que afecta a las convicciones no religiosas— es considerar que 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, contemplado en sí mismo y en relación con su entorno material y social ⁶⁸.

creencias —ni incluidas, por tanto, dentro de la protección otorgada a la libertad de pensamiento— las opiniones políticas sobre cuestiones concretas. En efecto, el caso se refería a una ciudadana británica, condenada a prisión por distribuir propaganda entre las tropas inglesas situadas en Irlanda del Norte, incitando a los soldados a abandonar sus deberes militares; la Comisión estimó que no había violación del artículo 9, porque el contenido de los panfletos no reflejaba estrictamente las convicciones pacifistas alegadas, sino que únicamente permitía concluir que sus autores se oponían a la política británica en ese territorio (cfr. *ibíd.*, pág. 20.)

⁶⁶ En 1968 afirmaba el Tribunal: «Interpretar los términos “religiosas” o “filosóficas” de modo que comprendan las preferencias lingüísticas equivaldría a desvirtuar su sentido ordinario y habitual, y a hacer decir al Convenio lo que no dice» (*Caso lingüístico belga*, 23 de julio de 1968, fundamento de derecho I, B, núm. 6).

⁶⁷ Caso *Arrowsmith*, Rep. Com. 7.050/75, D. & R. 19, págs. 19-20.

⁶⁸ Otro tipo de manifestaciones del pensamiento serían también protegidas —de otro modo— por aplicación del artículo 10 del Convenio, acerca de la libertad de expresión.

Por otra parte, aunque, como antes se dijo, la jurisprudencia europea no define lo que ha de entenderse por religión, la Comisión ha afirmado, sin embargo, que la identificación de la religión que se declara practicar, y la descripción de sus exigencias concretas, actúan como presupuesto para que pueda analizarse si se ha producido una violación del derecho de libertad religiosa⁶⁹. Junto a ello, en diversas ocasiones la Comisión ha llevado a cabo una indagación y valoración respecto del contenido de las creencias religiosas declaradas por el demandante, con objeto de comprobar si sus reclamaciones se ajustaban a tales creencias⁷⁰; 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 última⁷¹.

Ese paralelismo entre creencias religiosas y no religiosas ya había sido trazado, en 1965, por el Tribunal Supremo norteamericano, en un caso relativo a un objetor de conciencia al servicio militar por motivos no religiosos (*United States v. Seeger*, 380 U.S. 163; vid. un comentario a esta sentencia en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1 (1985), páginas 408-410).

⁶⁹ Así se desprende de Dec. Adm. 7.291/75 (citada *supra*, nota 58) y 4.475/70 (*Coll.* 37, páginas 119-123). En esta última, entre otras reclamaciones, el demandante —recluido en una prisión alemana— afirmaba ser un *worshipper of light*, y acusaba a las autoridades carcelarias de haberle denegado su derecho a practicar sus creencias religiosas; la Comisión rechazó su admisibilidad, al no detallarse, ni el modo en que deseaba practicar su religión, ni la manera en que supuestamente se restringía su libertad en esa materia.

⁷⁰ En Dec. Adm. 1.753/63 (YB 8, págs. 174-191), un condenado a veinte años de reclusión en una prisión austríaca —por delito de asesinato— se declaraba converso del judaísmo al budismo, y formulaba diversas reclamaciones basadas en el artículo 9: entre ellas, que no se le permitía suscribirse a una revista religiosa. La Comisión desestimó la petición porque la revista —*Weltmission*— era editada por una organización católica.

La Dec. Adm. 5.442/72 (D. & R. 1, págs. 41-43) también se refiere a un encarcelado de religión budista, en el Reino Unido, al que las autoridades niegan la posibilidad de enviar artículos para publicar en una revista budista, por motivos de control y disciplina carcelaria (se aduce el desorden que se produciría —por el sistema de censura postal— si a todos los presos se les autorizara esa actividad). El demandante alega que la comunicación con otros budistas es una parte importante de su práctica religiosa. La Comisión declaró inadmisibles la demanda por considerar que, admitiendo esa afirmación, no se prueba que parte necesaria de esa práctica sea publicar colaboraciones en una revista religiosa: y estima que las autoridades de la prisión respetan suficientemente su derecho por haber buscado un ministro budista que le atendiera y, cuando esto no fue posible, permitirle escribir una carta semanal a un correligionario.

⁷¹ En Dec. Adm. 5.112/71 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, págs. 380-381), un recluso musulmán se quejaba de que no podía practicar su religión en la cárcel. La Comisión no admitió la demanda al notar que sus compañeros de celda eran musulmanes y que el Imán había negado que en esa situación hubiera dificultades para practicar la religión islámica.

Circunstancias similares son las de Dec. Adm. 5.947/72 (D. & R. 5, págs. 8-9), también relativa a un encarcelado, esta vez judío ortodoxo, en una prisión con escaso número de practicantes de esa fe. El demandante argumenta que no se celebran servicios religiosos judíos y que no se respetan sus dietas alimenticias, lo que le obliga a alimentarse a base de pan, con perjuicio para su salud. La Comisión declaró inadmisibles la demanda, señalando los esfuerzos de las autoridades británicas por suministrarle una dieta *Kosher* y facilitarle contactos con miembros de su confesión: de hecho —se subrayaba—, el *Jewish Visitation Committee* le aconsejó aceptar la dieta ofrecida, y el Gran Rabino había aprobado el interés de las autoridades penitenciarias.

Si parece indudable la utilidad de ese control de coherencia, en orden a impedir el fraude a la ley por el empleo abusivo del derecho de petición reconocido por el Convenio, no pueden al mismo tiempo dejar de advertirse sus peligros, en el sentido de que los organismos 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. Téngase en cuenta que los derechos recogidos en el Convenio son primordialmente individuales, con independencia de la adhesión de la persona a una confesión: lo que impulsa a obrar con suma cautela en la puesta en práctica de dicho control, para evitar injustificables intromisiones en el ámbito personal de autonomía que el Convenio garantiza.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Señalado el marco conceptual de las libertades reconocidas en el artículo 9, interesa ahora precisar cuál sea el contenido de tales libertades; o, en otras palabras, qué parcela de la conducta personal se halla bajo la protección del Convenio. El texto del artículo 9 lo indica en los siguientes términos: «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».

Son dos, por tanto, las coordenadas que delimitan el ámbito de ejercicio de este derecho: la libertad de *elección* de la propia religión o convicciones, y la libertad en cuanto a su *manifestación*.

5.1. *Libertad de elección en cuanto a las convicciones*

Este primer aspecto posee un carácter particularmente radical, por referirse a una vertiente del comportamiento humano que, de suyo, afecta primordialmente al ámbito del individuo, con escasa trascendencia social⁷². De ahí que no ofrezca especiales problemas, por cuanto, obviamente, no es fácil admitir la legitimidad de interferencias externas en las decisiones de la persona a este respecto. Únicamente, a mi juicio, conviene aludir a dos cuestiones relacionadas con ello.

Por una parte, de modo implícito, parece contenerse en el artículo 9 una prohibición de influencia, directa o indirecta, por parte de los poderes públicos en esta materia. Por lo que se refiere al campo de la enseñanza,

⁷² Esto no significa, sin embargo, que el particular, en caso de cambiar de religión o de convicciones, pueda exigir del Estado una actuación sobre la organización de la confesión cuya doctrina profesaba anteriormente. Así se desprende de Dec. Adm. 2.525/65 (Coll. 22), en la que se mantiene que no supone una violación del artículo 9 la ausencia, en Islandia, de autoridades civiles con competencia para anular el acta de bautismo.

el Tribunal lo ha reconocido expresamente desde 1976, al establecer —en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*— que el artículo 2 del Protocolo I impide al Estado perseguir cualquier objetivo de inductinamiento al organizar el sistema educativo⁷³. De modo análogo, esa misma regla puede aplicarse a otras actividades estatales encaminadas a influir en las creencias de los ciudadanos: por ejemplo, la exigencia de ciertas declaraciones de pensamiento como requisito para el acceso a oficios o cargos públicos⁷⁴, o la utilización abusiva de los medios de comunicación social⁷⁵.

En segundo lugar, interesa advertir que el derecho a cambiar de religión o de convicciones no puede entenderse como comprensivo de un derecho a permanecer dentro de una confesión religiosa manteniendo una actitud doctrinalmente heterodoxa. Recuérdese que la Comisión ha subrayado el derecho que asiste a las confesiones para organizarse autónomamente y para imponer uniformidad en estos temas, sin que estén obligadas a conceder libertad religiosa a sus ministros ni a sus miembros⁷⁶; de lo cual deriva, como lógica consecuencia, el derecho a sancionar y expulsar a sus miembros —según las normas del propio ordenamiento confesional—, y la facultad de privarles de cargos dentro de su estructura jurídico-organizativa. Correlativamente, la jurisdicción civil se muestra incompetente para enjuiciar —en caso de conflicto que afecte a un grupo numeroso de personas, o incluso de cisma— quién mantiene la postura realmente ortodoxa, o si las medidas adoptadas contra una persona son correctas desde el punto de vista del ordenamiento confesional: en tales supuestos, la jurisdicción confesional es la única legitimada para decidir la controversia⁷⁷.

⁷³ «La seconde phrase de l'article 2 implique en revanche que l'Etat, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser» (sentencia de 7 de diciembre de 1976, núm. 53).

⁷⁴ Esta exigencia, además, podría afectar a la aplicación del principio de igualdad —artículo 14 del Convenio—, al que me referiré más adelante (vid. *infra*, epígrafe 7).

⁷⁵ En este caso, también estaría en juego la libertad de expresión, que —como puntualiza el artículo 10— no sólo comprende la libertad de comunicar informaciones o ideas, sino también la libertad de recibirlas sin injerencia de las autoridades públicas.

⁷⁶ «Though the rights granted to its members under Art. 9, the church itself is protected in its right to manifest its religion, to organise and carry out worship, teaching, practice and observance, and it is free to act out and enforce uniformity in these matters. (...) In other words, the church is not obliged to provide religious freedom to its servants and members» (Dec. Adm. 7.374/76, D. & R. 5, pág. 158; vid. *supra*, nota 50 y el texto correspondiente).

⁷⁷ En la misma decisión 7.374/76, la Comisión rechaza que el demandante posea un derecho a que su causa sea conocida por un tribunal civil, en aplicación del artículo 6, 1, del Convenio (derecho a un juicio equitativo y público), estimando que «disputes on such issues (of faith or religious practice) do not involve the determination of civil rights and obligations of a criminal charge (D. & R. 5, pág. 159).

En cualquier caso, considero que ha de mantenerse este principio aun cuando se encuentren implicados derechos propiamente civiles: por ejemplo, cuando una comunidad decide separarse del resto de la confesión, y sea necesario decidir quién es el propietario de los bienes materiales hasta entonces empleados por esa comunidad.

5.2. *La libertad de manifestar la propia religión o creencias*

Más problemas plantea la determinación del concepto de *manifestación* de la propia religión o convicciones, puesto que, al hacer directa referencia a la dimensión externa o social de la libertad religiosa, absorbe la gran mayoría de posibilidades conflictuales en esta materia. Por ello, se impone la necesidad de realizar un análisis escalonado del artículo 9, para poder precisar el contenido que la jurisprudencia europea ha atribuido a los términos, ciertamente genéricos, empleados por el Convenio. Lo cual supone, en primer lugar, captar el sentido que se asigna a ese vocablo para perfilar a continuación sus vertientes individual y colectiva, pública y privada, y, finalmente, los modos que puede adoptar esa manifestación.

5.2.1. *El significado del término «manifestación»*

Es indudable que, en el contexto del artículo 9, es la *manifestación* la noción central que sirve para circunscribir el conjunto de actividades protegibles en virtud de la libertad religiosa y de pensamiento. Con relación a este punto, la Comisión ha afirmado que la libertad de religión no es absoluta, y ello por dos motivos. Por un lado, el párrafo 2.º del artículo 9 enumera una serie de conceptos que actúan como legitimadores de los límites que un Estado puede imponer al ejercicio de ese derecho; los comentaré más adelante⁷⁸. Pero además —proseguía la Comisión—, también las modalidades en que puede manifestarse la propia religión pueden verse sometidas a la influencia de las circunstancias personales de quien pretende ejercitar ese derecho: y, a este respecto, se indicaba que la libre actuación en este campo, en principio garantizada por el artículo 9, podía restringirse por la situación de reclusión en un establecimiento penitenciario, o por el hecho de encontrarse sujeto a ciertas obligaciones contractualmente asumidas⁷⁹. De lo cual puede concluirse que, en orden a su protección por el Convenio, la propia noción de manifestación no posee un significado constante y universal, sino necesariamente relativo, en dependencia del concreto *status* jurídico de la persona a que se refiere.

Tal construcción jurisprudencial no parece muy rigurosa, en la medida en que —a mi juicio— deja un excesivo margen de apreciación discrecional y, sobre todo, en cuanto que admite una diversa gradación respecto al disfrute de un derecho fundamental que, paradójicamente, pertenece al individuo por el mero hecho de ser persona. Y, por otra parte, esa vía —además de artificiosa— resulta innecesaria, ya que los límites consignados en el párrafo 2.º del artículo 9 permiten obtener, con mayor rigor

⁷⁸ Vid. *infra*, epígrafe 6.

⁷⁹ Cfr. Dec. Adm. 8.160/78 (D. & R. 22, pág. 35). El propio texto de la resolución se refiere a las ya mencionadas decisiones 5.442/74 y 7.374/76 (vid. *supra*, notas 50, 70 y 76).

técnico, los mismos objetivos perseguidos con la pretendida modalización del derecho de libertad religiosa según las circunstancias personales.

Al mismo tiempo, la Comisión entiende ese concepto de una manera estricta e impregnada de formalismo. Efectivamente, en el informe emitido sobre el caso *Arrowsmith*, en 1978, se distingue entre actos que constituyen *manifestación* de una religión o creencia, y actos que simplemente están *motivados* por ella. Estos últimos no gozan de la protección del Convenio: al contrario, «cuando las acciones de los individuos no expresan realmente las creencias en cuestión, no pueden considerarse como tales protegidos por el artículo 9, 1.º, aunque estén motivadas o influenciadas por ellas»⁸⁰.

En ese informe se dictaminaba la demanda presentada por Pat Arrowsmith, una ciudadana británica —de sólidas convicciones pacifistas— condenada a prisión por haber distribuido folletos entre los soldados ingleses acuartelados en Irlanda del Norte —los hechos suceden entre 1973 y 1974—, incitándoles a la desertión. La Comisión estimó que no se había producido violación del artículo 9: aunque se aceptaba que Arrowsmith era una pacifista firmemente convencida y que el pacifismo era plenamente calificable como *belief*, se declaraba que el texto de los panfletos no respondía necesariamente a unas creencias pacifistas, sino que —aisladamente contemplado— únicamente reflejaba una neta oposición a la política británica en Irlanda del Norte, por lo que su distribución no constituía, en rigor, una manifestación de las convicciones alegadas. En lugar de acudir a los conceptos-límite del artículo 9, 2.º —que hubieran proporcionado, en este caso, una fácil justificación de las sanciones impuestas por las autoridades inglesas—, la Comisión emprende el aventurado camino de restringir la noción misma de las libertades reconocidas en el párrafo 1.º de ese artículo.

Tal planteamiento adolece de un evidente formalismo —cuyo manejo es siempre peligroso en materia de derechos humanos—, al reducir la protección otorgada por el Convenio exclusivamente a las conductas que suponen una *directa* manifestación de las creencias, religiosas o no, sin tomar en cuenta la objetiva y real motivación que el comportamiento del individuo puede tener en esas creencias.

La citada distinción entre manifestación y motivación —tan tajantemente establecida— no está exenta de riesgos. Es cierto que, en lo relativo al culto, la observancia de los ritos e incluso a la enseñanza, la cuestión no es de gran trascendencia. Pero, al contrario, cobra enorme importancia por lo que concierne a la *práctica* de la propia religión o convicciones, por la amplitud de significado que encierra ese término. En ese estado de cosas, si a ello se unen los desdibujados perfiles que definen en la jurisprudencia de la Comisión las libertades de pensamiento, religión y conciencia,

⁸⁰ Rep. Com. 7.050/75 (D. & R. 19, pág. 20).

no parece fácil lograr una eficaz protección de esta última, cuando nos encontramos ante uno de los numerosos supuestos en que una actuación motivada en conciencia se opone a obligaciones impuestas por el Derecho positivo.

De ahí que estén bien fundamentadas las críticas observaciones formuladas por Opsahl en su *separate opinion, in part dissenting*, sobre el dictamen de la Comisión en el caso Arrowsmith. Declarándose conforme con la distinción entre manifestación y motivación, considera, sin embargo, que no siempre es fácil trazar la línea divisoria entre ambos conceptos. En consecuencia, afirma que no se pueden «excluir de manera general del artículo 9 todos los actos que son declarados ilegales por el Derecho interno si no manifiestan *necesariamente* una creencia, pero están claramente motivados por ella». (...) Al contrario, «el artículo 9 debe ser aplicable, en principio, a una gran cantidad de actos que, a primera vista, no manifiestan necesariamente la creencia subyacente o motivadora, pero que *realmente* (*genuinely*) sí la manifiestan. Eso es importante —añade— cuando tales acciones no pueden considerarse protegidas por otras disposiciones del Convenio. Ese es el caso que concierne, por ejemplo, a la objeción religiosa o de conciencia contra ciertos deberes civiles o profesionales». Por ello, califica el planteamiento de la Comisión como «demasiado estrecho», porque, en la demanda examinada, no existe duda alguna respecto a la conexión entre las creencias de la demandante y la conducta por la que fue castigada. Y concluye argumentando que «la protección del artículo 9 puede ser denegada a una persona y concedida a otra por los mismos actos, ya sea por la distribución de los mismos folletos o por otras pretendidas manifestaciones de una creencia: por ejemplo, en diferentes supuestos en que se alega objeción de conciencia. Y ésa es, precisamente, la actitud adoptada por los Derechos internos sobre el último tema, cuando exigen un examen de la naturaleza y seriedad de los motivos del objetor»⁸¹.

Si el mencionado concepto de manifestación —de carácter restrictivo y formalista— parece susceptible de merecidas críticas, resulta adecuado, en cambio, un último matiz que añade la jurisprudencia de la Comisión acerca de ese término: no constituyen manifestaciones protegibles por el Convenio aquellas actividades que, aun relacionadas con una creencia religiosa, son de *naturaleza comercial*.

Esa puntualización fue expresada con referencia a una demanda introducida contra Suecia por la *Church of Scientology* y uno de sus ministros⁸². En 1973, esa confesión publicó, en la revista que distribuía entre

⁸¹ *Ibid.*, págs. 26-27. Parecidas consideraciones se contienen en la *dissenting opinion* de Klecker, quien afirma que para gozar de las garantías ofrecidas por el artículo 9, basta que exista «a strong element of harmony between the motivation and the act under scrutiny» (*Ibid.*, págs. 30-31).

⁸² Dec. Adm. 7.805/77 (D. & R. 16, págs. 68-81), ya citada a otro propósito: vid. *supra*, nota 49).

sus miembros, el anuncio de un aparato denominado *E-meter* (*Hebbard Electrometer*), que ella misma definía como «un artefacto religioso empleado para medir el estado de las características eléctricas del “campo estático” que rodea el cuerpo, y destinado a indicar si la persona que se confiesa ha sido descargada del peso espiritual de sus pecados». Respondiendo a diversas quejas, el *Konsumentombudsmannen* (*ombudsman* de los consumidores) obtuvo una orden judicial, basada en la Ley de prácticas desleales de mercado, que prohibía la utilización de ciertas palabras —argumentos de persuasión— en el anuncio del *E-meter*⁸³.

En su decisión, la Comisión subrayaba que el artículo 9 no protege en manera alguna «las declaraciones de pretendida fe religiosa que aparecen como “argumentos” de venta en anuncios de naturaleza puramente comercial promovidos por un grupo religioso. A este propósito, la Comisión desearía establecer una distinción entre anuncios de carácter meramente “informativo” o “descriptivo”, y anuncios comerciales en los que se ofrecen objetos para vender». Cuando un anuncio pertenece a esta última categoría —aunque se refiera a objetos religiosos importantes para satisfacer una particular necesidad—, se estima que la declaración de contenido religioso representa más bien la expresión de un deseo de difundir mercancías con fin de lucro, y no propiamente la manifestación de una creencia: y, como la orden judicial se dirigía contra cierta frase calificable como simple argumento de venta, se rechazó que en este caso hubiera interferencia con el ejercicio del derecho de libertad religiosa⁸⁴.

5.2.2. *Manifestación individual y colectiva de la religión*

La manifestación individual de la religión y de las creencias constituye, sin duda, el aspecto primario que, en este punto, protege el artículo 9 del Convenio; lo que implica, *sensu contrario*, el derecho a no ser obliga-

⁸³ El texto del anuncio era el siguiente: «Scientology technology of today demands that you have your own E-meter. The E-meter (Hebbard Electrometer) is an electronic instrument for measuring the mental state of an individual and changes of the state. There exists no way to clear without an E-meter. Price: 850 CR. For international members 20 per 100 discount: 780 CR.» La prohibición contenida en la orden judicial sólo afectaba a las referencias a que el *E-meter* constituía una ayuda inestimable para medir el estado mental de la persona y sus alteraciones (cfr. D. & R. 16, págs. 69 y 71).

⁸⁴ Cfr. *ibid.*, pág. 72. Aquí también estaba en cuestión otro derecho: la libertad de expresión mencionada en el artículo 10 del Convenio. La Comisión admitió que se producía una interferencia en su ejercicio, justificada por el párrafo 2.º de ese artículo, que enumera los límites al derecho (cfr. *ibid.*, págs. 72-74).

Es evidente, por otro lado, que este supuesto se distingue de aquellos casos en que lo ofrecido a la venta son libros o folletos con información sobre una confesión religiosa o sobre su doctrina. En éstos, no se trataría de simples objetos útiles para la práctica de una religión, sino de publicaciones destinadas a su difusión: lo que está explícitamente garantizado por el artículo 9, al aludir a la manifestación de la religión o convicciones por medio de la enseñanza.

do a manifestar las convicciones personales⁸⁵. Pero ya se indicó también cómo, desde 1979, la Comisión reconoce que el derecho de libertad religiosa puede ser directamente ejercido por titulares colectivos —confesiones—, revocando expresamente su propia jurisprudencia anterior, de signo contrario⁸⁶.

Además, la Comisión ha señalado que, por lo que concierne a las personas físicas, su derecho de libertad religiosa comprende el derecho a manifestar su religión, tanto solas como en comunidad con otros. Es decir, ambas dimensiones de la expresión de la personal fe religiosa —individual y colectiva— integran conjuntamente el contenido de ese derecho.

La cuestión surgía con relación a la demanda de un ciudadano británico de religión musulmana, que trabajaba como profesor en un centro educativo público, y que pretendía ser eximido de sus obligaciones docentes durante un cierto tiempo, los viernes por la tarde, para acudir a las oraciones en una mezquita cercana. Entre las alegaciones formuladas por el Gobierno inglés, se sugería que el artículo 9 era suficientemente respetado si se garantizaba la posibilidad de manifestar individualmente la propia religión, amparándose en la redacción disyuntiva de la expresión «*either alone or in community with others*»⁸⁷. Frente a ello, la Comisión entendía que «el derecho a manifestar la propia religión “colectivamente” ha sido siempre contemplado como una parte esencial de la libertad religiosa» y, en consecuencia, precisaba que «las dos alternativas —“individual o colectivamente”— mencionadas en el artículo 9, 1.º, no pueden ser consideradas como mutuamente excluyentes, ni como permitiendo una elección a las autoridades, sino solamente como un reconocimiento de que la religión puede practicarse en cualquiera de las dos formas». Por tanto, una persona está legitimada para reclamar su derecho a manifestar colectivamente su religión, aunque se le haya reconocido la facultad de hacerlo individualmente⁸⁸.

Fácilmente puede advertirse, por otra parte, que el aspecto colectivo de la manifestación de las creencias se halla estrechamente ligado a otro de los derechos recogidos en el Convenio: la libertad de asociación. De

⁸⁵ La Comisión, sin embargo, no ha llegado a definir si un Estado puede exigir que se haga constar la propia religión a efectos, por ejemplo, del registro de nacimientos o matrimonios, o de la elaboración del censo. El caso se planteó en una demanda dirigida contra Austria, en la que se relata cómo un padre había rehusado declarar su religión al inscribir el nacimiento de su hijo, motivo por el que le fue denegada la extensión del correspondiente certificado, ya que la legislación preveía la necesidad de hacer constar ese dato; el problema de fondo no se resolvió, ya que la demanda fue considerada inadmisibile por no haber cumplido el requisito procesal de agotar los recursos internos disponibles (cfr. Dec. Adm. 2.854/66, *Coll.* 26, pág. 46).

⁸⁶ Cfr. Dec. Adm. 7.805/77 (D. & R. 16, pág. 70): vid. *supra*, epígrafe 3.1.

⁸⁷ La versión francesa también está redactada de manera disyuntiva: «*individuellement ou collectivement*».

⁸⁸ Cfr. Dec. Adm. 8.160/78 (D. & R. 22, págs. 33-34). La demanda, por otros motivos, sería declarada inadmisibile, estimando que no existía interferencia en el derecho de libertad religiosa.

hecho, como ha declarado el Tribunal, «la protección de las opiniones personales ofrecida por los artículos 9 y 10 bajo la forma de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como de la libertad de expresión, se encuentra, además, entre los objetivos de la libertad de asociación garantizada por el artículo 11»⁸⁹.

Ello, sin embargo, no implica necesariamente —en la mente de la Comisión— que un grupo religioso esté facultado para constituirse jurídicamente como asociación en contra de las disposiciones generales de la legislación nacional. Esa idea inspira la resolución de una demanda presentada por un seguidor de la secta *Moon*, que había fundado en 1973, en Viena, una asociación llamada «Sociedad para la Unión del Mundo Cristiano»; disuelta al año siguiente por las autoridades austríacas —por realizar actividades que excedían los fines estatutarios—, esa misma persona trató de constituir una nueva asociación —«Sociedad para la promoción de la Iglesia de la Unión»— con unos estatutos casi idénticos a la precedente: por ese motivo fue prohibida, al estimarse que se intentaban continuar las actividades ilegales de una asociación previamente disuelta por la autoridad. El demandante alegaba que había sido privado de la posibilidad de organizar el grupo religioso por él representado, en contra de lo establecido en los artículos 9 y 11 del Convenio.

La Comisión, tras encontrar justificadas en derecho las innegables limitaciones a la libertad de asociación, no juzgó que existiera intromisión alguna en el ejercicio de la libertad religiosa, al comprobar que el ordenamiento austríaco garantizaba plenamente la libre actuación de cualquier religión —aun sin estar oficialmente reconocida— con independencia de que estuviera o no registrada. Es decir, se consideraba que la manifestación colectiva del derecho de libertad religiosa no comporta el derecho, por parte de una comunidad religiosa, a adquirir personalidad jurídica bajo la forma de asociación, siempre que no se produzcan interferencias efectivas en las actividades religiosas de esa confesión⁹⁰.

5.2.3. *La manifestación de la religión en público y en privado*

En conexión con las dimensiones individual y colectiva del hecho religioso, el artículo 9 del Convenio garantiza explícitamente el derecho a manifestar la propia religión o creencias de manera pública y privada. Por lo que alcanza a la libertad religiosa, esa cláusula afecta particular, pero no exclusivamente, a las confesiones, que encuentran ahí un inequívoco respaldo legal para la celebración pública de su culto, y para la difusión, también pública, de su doctrina. Aunque, naturalmente, en esta materia

⁸⁹ Sentencia *Young, James y Webster* (13 de agosto de 1981), núm. 57.

⁹⁰ Cfr. Dec. Adm. 8.652/79 (D. & R. 26, págs. 89-96).

será especialmente necesario tener en cuenta los límites consignados en el párrafo 2.º del artículo 9. En cualquier caso, ninguna demanda en ese sentido ha sido presentada hasta el momento ante los órganos de Estrasburgo⁹¹.

Pero sí han llegado hasta la Comisión, en cambio, varias peticiones formuladas por personas físicas relativas a la manifestación pública de su religión. Algunas ya fueron mencionadas en páginas anteriores, al apuntar que no se reconocía el derecho a dejar constancia pública de la confesión a que se pertenece⁹². Existe todavía otro caso en que la Comisión negó que se tuviera derecho, en esas concretas circunstancias, a difundir públicamente las personales convicciones religiosas, justificando esa negativa en el límite que supone el respeto de los derechos y deberes de los demás; el caso, por otra parte, fue analizado desde la óptica del artículo 10 —libertad de expresión—, y no del artículo 9⁹³.

Los hechos se referían a un profesor de una escuela secundaria pública —no confesional— en Gran Bretaña. Encargado de la docencia de lengua inglesa y matemáticas, había recibido reiterados avisos, por parte del director del centro, para que no continuara impartiendo formación religiosa en horas de clase, organizando «clubs evangélicos» en los locales del colegio, ni llevando —en sus ropas y en su cartera— adhesivos con *slogans* de contenido religioso o contrarios al aborto. Al no estar dispuesto a modificar su comportamiento, fue despedido por las competentes autoridades del condado.

En su exposición de motivos, la Comisión admite que se había producido una incuestionable interferencia en la libertad de expresión, pero añade que tal interferencia es legítima por la aplicación de uno de los conceptos-límite señalados en el párrafo 2.º del artículo 10: concretamente, «la protección de la reputación y de los derechos de los demás»⁹⁴. En este caso —se afirma— está implicado el derecho de los padres a que se respeten sus convicciones religiosas y filosóficas en la educación de sus hijos, que cobra particular importancia en el supuesto de escuelas no confesionales, en las que —según la Ley inglesa de educación de 1944— los padres pueden exigir que sus hijos no reciban ninguna clase de instrucción religiosa, o que se les proporcione una instrucción religiosa «aséptica», sin referencia al credo de ninguna confesión singular. Considerando que

⁹¹ Sí existe, sin embargo, un caso decidido por la Corte de casación holandesa sobre esta cuestión, en 1962. El demandante había alegado en su favor —además de otras normas del Derecho interno holandés— el artículo 9 del Convenio europeo. Se trataba de un sacerdote católico que había sido sancionado por celebrar una procesión en la vía pública, en aplicación del artículo 184, 2.º, de la Constitución de Holanda —de 1948— y de una Ley de 1853. La sentencia justificaba la restricción del derecho de libertad religiosa operada por esas normas, apoyándose en la noción de orden público (cfr. YB 4, págs. 640-651).

⁹² Vid. *supra*, notas 57 y 58 y su texto correspondiente.

⁹³ Dec. Adm. 8.010/77 (D. & R. 16, págs. 101-104).

⁹⁴ Se habrá advertido que ese límite es análogo a uno de los contenidos en el artículo 9, 2.º.

la conducta del demandante podría ser contraria a ese derecho, la Comisión concluye declarando la demanda inadmisibile⁹⁵.

5.2.4. *Los modos admitidos de manifestar la religión o creencias*

Transcribiendo las palabras empleadas por el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9 del Convenio señala que la protección otorgada a la manifestación de la religión o convicciones se extiende a cuatro modalidades: el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos. El tenor del texto no permite concluir indefectiblemente si esa enumeración posee un carácter taxativo o meramente ejemplificativo⁹⁶, y la jurisprudencia, por su parte, no se ha pronunciado expresamente sobre ello.

De cualquier modo, la cuestión reviste escasa trascendencia, por la gran amplitud semántica de esos conceptos, capaces de incluir virtualmente cualquiera de las variadas formas de expresión de las creencias personales. Eso es particularmente exacto por lo que se refiere al término «práctica», en el que resulta posible englobar la mayoría de los supuestos que —desde una perspectiva sistemática a mi juicio técnicamente más correcta— habrían de ser calificados como conductas tuteladas por la libertad de conciencia, más que considerarse como manifestaciones de la libertad religiosa o de pensamiento. No se olvide, sin embargo, que ni el artículo 9 ni la doctrina de la Comisión parecen seguir ese planteamiento, sino que polarizan su atención en el concepto de *manifestación* de las creencias, es decir, en el objeto típico de las dos últimas libertades. De ahí que la jurisprudencia de la Comisión tienda a aceptar restrictivamente la efectiva protección jurídica de los comportamientos motivados en conciencia —recuérdese la aludida distinción entre motivación y manifestación⁹⁷—, garantizándola sólo cuando entiende que las acciones sometidas a examen constituyen propiamente una manifestación de las convicciones en que se fundamentan.

Por otro lado, la redacción del artículo no concreta el alcance específico de esas cuatro formas mediante las cuales han de manifestarse las convicciones para devenir protegibles por el Convenio. La incertidumbre sobre su preciso significado, a su vez, se ve aumentada por las ya mencionadas deficiencias en la delimitación conceptual de las libertades de pen-

⁹⁵ Sin entrar en el mérito de los fundamentos teóricos de la decisión, no deja de sorprender que —en los documentos publicados— no conste ninguna queja de los padres sobre la actuación de ese profesor, sino únicamente la oposición del director de la escuela.

⁹⁶ F. MARGIOTTA BROGLIO se declara abiertamente en favor de su carácter ejemplificativo (cfr. *op. cit.*, págs. 41-43).

⁹⁷ Vid. *supra*, epígrafe 5.2.1.

samiento, conciencia y religión, que no ha sido objeto de una satisfactoria elaboración jurisprudencial⁹⁸.

Desde mi punto de vista, una primera aproximación, con objeto de clarificar mínimamente los términos del problema, llevaría a concluir que, obviamente, 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, por tanto, deberes de 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.

En cualquier caso, también aquí se pone de relieve la carencia de una construcción sistemática del artículo 9 por parte de la jurisprudencia europea, lo que torna difícil la tarea que se aborda en las páginas que siguen: precisar el campo material de conductas protegibles por ese artículo, según se refieran a cada uno de los cuatro cauces admitidos para la manifestación de las creencias o de la religión. Los obstáculos para esa indagación se multiplican, además, por el hecho de que hasta el momento ningún caso relativo a la libertad religiosa ha sido resuelto positivamente, y sólo unos pocos se han declarado admisibles, sin que ninguno haya llegado a ser enjuiciado por el Tribunal; lo cual obliga a que la búsqueda discurra por una vía primordialmente negativa, de manera que únicamente pueden obtenerse datos de significado positivo mediante apreciaciones *sensu contrario* y a través de afirmaciones incidentales de la Comisión.

5.2.4.1. *La celebración del culto y la observancia de los ritos*

De suyo, la celebración del culto y la observancia de los ritos no plantea particulares problemas en cuanto a su caracterización como parte del derecho de libertad religiosa, del que constituye uno de sus elementos más típicos. Qué sean concretamente, en cada caso, los ritos o el culto es algo que debe dejarse a la determinación de la confesión correspondiente —o de la persona, si se trata, cosa rara, del ejercicio individual del derecho en esta materia—, sin que el Estado pueda emitir juicios sobre esta cues-

⁹⁸ Vid. *supra*, epígrafe 4.

tión: aunque sí puede —como ha reconocido la Comisión— acudir a la pertinente autoridad religiosa para comprobar el rigor de las reclamaciones formuladas por una persona individual ⁹⁹.

Por otro lado, parece fuera de duda que, en este aspecto, 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 tales casos, un planteamiento correcto de la cuestión conduce a admitir que se ha producido una innegable limitación a ese derecho —en su vertiente individual o colectiva, pública o privada—, cuya legitimación puede provenir únicamente de la aplicación del artículo 9, 2.º ¹⁰⁰: en definitiva, el punto clave consistirá en dilucidar si esas medidas restrictivas son o no *necesarias* ¹⁰¹. Incluso, entendido en toda su plenitud, este aspecto de la libertad religiosa puede comportar una actuación positiva de las autoridades públicas, dirigida a garantizar que las confesiones no son privadas de los medios imprescindibles para esa tarea: por ejemplo, la obligada concesión de licencias de obras para la construcción de templos, la exención de obligaciones militares —y de sus alternativas— a ministros de culto, etc. Una sola excepción cabe señalar a ese planteamiento: cuando es el propio grupo confesional quien impide a uno de sus miembros o ministros la realización de ciertas prácticas rituales, no estamos propiamente ante una restricción de la libertad religiosa individual que deba justificarse como necesaria; se trata, simplemente, del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, que contrasta con el ejercicio individual por parte de una determinada persona; recuérdese que —según indica la Comisión— las confesiones pueden imponer un comportamiento uniforme en estas materias, y no están obligadas a reconocer la libertad religiosa de sus componentes, cuya libertad religiosa —en el plano civil— queda asegurada por el derecho a abandonar esa confesión ¹⁰².

Las anteriores afirmaciones no significan que exista un derecho a la *eficacia jurídico-civil* de los ritos, tema que posee especial trascendencia en ciertas cuestiones como el matrimonio. Ciertamente, me inclino a pensar que, en tales supuestos, la actitud más respetuosa con el derecho de libertad religiosa es aceptar su relevancia jurídica en el ámbito civil, arbitrando los precisos dispositivos legales para tutelar la seguridad jurídica: y esto, de modo particular, cuando se trata de matrimonios religiosos con un respaldo confesional de importancia sociológica. Pero es patente que, según la jurisprudencia europea, el Estado no se encuentra obligado a ello por el Convenio. Así se estableció con ocasión de una de-

⁹⁹ Vid. *supra*, nota 71.

¹⁰⁰ Ese era el enfoque adoptado por el Tribunal holandés de casación en la sentencia antes citada (vid. *supra*, nota 91).

¹⁰¹ Para esta cuestión, vid. *infra*, epígrafe 6.

¹⁰² Cfr. Dec. Adm. 7.374/76 (D. & R. 5, pág. 158), comentada *supra*, notas 76 y 77, y su texto correspondiente.

manda contra la República Federal de Alemania. El actor impugnaba la negativa de las autoridades alemanas a reconocer la validez de su matrimonio, por no haberlo celebrado conforme a la legislación nacional: él entendía haber contraído matrimonio por el hecho de haber leído en voz alta un pasaje del Antiguo Testamento —*Exodo*, cap. 22, 16— antes de iniciar las relaciones conyugales con su pretendida esposa. En su respuesta, la Comisión puntualiza que «el matrimonio no es considerado simplemente como una forma de expresión del pensamiento, conciencia o religión, sino que se rige por las específicas disposiciones del artículo 12» del Convenio, en el que se declara el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia «según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho». Y, «en el presente caso —añade—, no se ha denegado al demandante su derecho a casarse. Únicamente se le exigía contraer matrimonio de acuerdo con la forma prescrita por la ley alemana». Por tanto —concluye—, no hay apariencia de violación del artículo 9, 1.^o ¹⁰³.

Una cuestión diversa es la de aquellas personas que, como consecuencia indirecta de obligaciones contractuales o procesales, o de medidas coercitivas adoptadas por los poderes públicos, sufren de hecho una restricción en la libertad de observar su culto religioso.

Por lo que se refiere a las *obligaciones asumidas mediante contrato*, los ordenamientos internos en materia laboral suelen contener disposiciones encaminadas a exigir el respeto de las convicciones religiosas de los trabajadores, pero, en su aplicación concreta por la autoridad administrativa o judicial, puede plantearse si se produce una efectiva discriminación por motivos de práctica religiosa. Consecuentemente, el punto de enfoque es aquí proporcionado por el principio de igualdad —art. 14 del Convenio en relación con el art. 9—, a cuyo análisis posterior me remito ¹⁰⁴, adelantando que la Comisión no estima que haya restricción de 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 ¹⁰⁵.

En cuanto a *obligaciones procesales*, hasta el momento la jurisprudencia de Estrasburgo ha conocido un solo caso, relativo a un tipógrafo, judío ortodoxo, que había sido condenado a prisión por fraude, juramento en

¹⁰³ Dec. Adm. 6.167/73 (D. & R. 1, págs. 64-65). Tampoco podría argumentarse, en este caso, que se produce una discriminación respecto de otras creencias religiosas, porque en Alemania se sigue un sistema de matrimonio civil obligatorio.

Aun siendo dudoso que pueda hablarse estrictamente de un rito religioso, alguna analogía con esta demanda ofrece la contenida en Dec. Adm. 8.741/79 (D. & R. 24, págs. 137-143), antes citada, en la que se exigía —contra la legislación alemana— ser enterrado mediante la incineración del propio cuerpo y subsiguiente dispersión de las cenizas por el jardín de la vivienda. También fue declarada inadmisibles (cfr. *supra*, nota 64).

¹⁰⁴ Cfr. *infra*, epígrafe 7.

¹⁰⁵ Cfr. Dec. Adm. 8.160/78 (D. & R. 22, págs. 27-50, especialmente 35-38).

falso y falsificación de documentos. Alegaba que, durante el procedimiento, el tribunal no respetó las festividades hebraicas, en las que no se hallaba en condiciones de asegurar su defensa, y obstaculizó sus prácticas religiosas, no concediéndole el tiempo necesario para las oraciones prescritas por su fe. La Comisión decidió negativamente, pero sin entrar en el fondo del asunto: el inculpado no había agotado los recursos internos disponibles ¹⁰⁶.

Por lo que atañe a *situaciones impuestas coactivamente* por los poderes públicos, el primer caso data de 1956, dos años después de que la Comisión empezara su funcionamiento ¹⁰⁷. Un refugiado de origen polaco y religión hebrea vivía con su hermana en una pequeña ciudad de Alemania. Por el mal estado de su vivienda, la autoridad municipal decretó su traslado a otro lugar, que fue llevado a cabo forzosamente. Aparte de algunas acusaciones de antisemitismo, el demandante aducía que se había violado su derecho de libertad religiosa: por su precario estado de salud, unido a la larga distancia que separaba su nueva residencia de la sinagoga más próxima y a la carencia de medios públicos de transporte, se veía imposibilitado para cumplir con sus deberes culturales. La Comisión, en una decisión a mi juicio precipitada, denegó la admisibilidad, afirmando que el Convenio no garantiza el derecho a un alojamiento conveniente. Considero que —además de la real necesidad del traslado— habría debido comprobarse que no era posible suministrar al demandante una vivienda más cercana a una sinagoga ¹⁰⁸.

Un tipo especial dentro de esta especie lo constituye la situación de personas internadas en establecimientos penitenciarios. En esos supuestos, la Comisión ha adoptado una actitud un tanto ambigua, tal vez motivada por el carácter abusivo de algunas reclamaciones, con dudoso fundamento de hecho y aparente intencionalidad de obstruir los habituales procedimientos para el cumplimiento de penas. Una idea sí parece sobresalir nítidamente entre esa jurisprudencia, y es la necesidad de «ciertas restricciones» al derecho de libertad religiosa, inherente a las singulares circunstancias del encarcelamiento ¹⁰⁹. Pero a nivel general no se especifican, en

¹⁰⁶ Dec. Adm. 627/59 (*Coll.* 8, págs. 20 y sigs.). Comentando este caso, MARGIOTTA BROGLIO considera que las leyes procesales no tienen por qué acomodarse a las prácticas religiosas de los imputados: esa daría lugar a retrasos *injustificados* en la administración de justicia (cfr. *op. cit.*, págs. 185-186). En mi opinión, habría que probar que se produce esa dilación, y que repercute de modo claramente negativo en la eficacia de la administración de justicia: de lo contrario, el retardo estaría *justificado*, supuesto que no se alegue el derecho de libertad religiosa como pretexto para entorpecer la actuación de los tribunales.

¹⁰⁷ Dec. Adm. 215/56 (no publicada; citada por F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, páginas 173 y sigs.).

¹⁰⁸ Recuérdese que el respeto del artículo 9 puede, en ciertas circunstancias, imponer al poder público deberes de actuación positiva (cfr. *supra*, nota 55 y su texto correspondiente).

¹⁰⁹ La idea fue explícitamente declarada en el caso *Huber*, contra Austria, que sería considerado admisible por otros conceptos y, más tarde, decidido por el Comité de Ministros. Según hacía notar entonces la Comisión, refiriéndose a los artículos 9 y 10, «it is an inherent

relación con la observancia del culto y de los ritos, cuáles pueden ser esas restricciones y hasta qué límite pueden alcanzar, aunque alguna mayor precisión puede obtenerse de resoluciones concretas, en las que esas medidas restrictivas tienden a ser justificadas por la aplicación del párrafo 2.º del artículo 9, acudiendo particularmente a las nociones de orden y seguridad públicos. Por ejemplo, con ocasión de una demanda introducida por un recluso de una prisión austríaca —que se declaraba de origen judío, pero convertido al budismo—, se acusaba a las autoridades carcelarias de la retención de una especie de rosario —*prayer-chain*— y de que impedían la realización de ejercicios contemplativos de yoga; respecto a estos últimos, la Comisión compartía el punto de vista del Gobierno austríaco: permitirlos en tanto que no interfiriesen con las normas disciplinarias del establecimiento; y la privación de la *prayer-chain*, a su vez, era considerada razonable como medida preventiva en interés de la seguridad del prisionero y del mantenimiento de la disciplina ¹¹⁰.

De algunas decisiones jurisprudenciales, interpretadas *sensu contrario*, parece inferirse una genérica obligación, por parte de las autoridades de la prisión, de facilitar a los penados la práctica de su culto religioso, en el supuesto de que así lo soliciten. En todas ellas se desestima la demanda por carecer del suficiente fundamento de hecho: el actor no muestra de qué manera ha sido limitada su libertad de culto, o bien no consta que en ningún momento hubiera reclamado a las autoridades la posibilidad de practicar sus ritos religiosos ¹¹¹. Al aceptar ese planteamiento, y rechazar

feature of lawful imprisonment that certain restrictions should be imposed on a prisoner's freedom to exercise these rights» (Dec. Adm. 4.517/70, YB 14, pág. 568). En lo concerniente al artículo 9 no se admitió la demanda, ya que no se explicaban detalles acerca del modo en que supuestamente se había violado el derecho de libertad religiosa.

¹¹⁰ Dec. Adm. 1.753/63 (YB 8, pág. 184).

¹¹¹ En el caso *Guzzardi*, decidido por el Tribunal el 6 de noviembre de 1980, un presunto mafioso, acusado de estar implicado en el secuestro de un industrial italiano, y sospechoso de posteriores actividades ilegales, había sido sometido a un régimen de «vigilancia especial», mediante la fijación obligatoria de su residencia en la isla de Asinara, próxima a Cerdeña (toda la isla era prácticamente un penal). Entre otras alegaciones, Guzzardi afirmaba que no se le había permitido practicar el culto de su religión. El Tribunal no examinó esa queja, al comprobar que el demandante «no requirió, ni la celebración del culto en la capilla de Cala Reale, ni la facultad de ir a la iglesia de Cala d'Oлива» (cfr. núms. 36-37 y 110 de la sentencia).

En Dec. Adm. 4.445/70, el demandante se declara un *worshipper of light* (adorador de la luz), y afirmaba que se había violado su libertad religiosa. La Comisión rechazó su petición, considerando que «no explicaba en qué manera deseaba practicar su creencia religiosa ni de qué modo las autoridades de la prisión le denegaron el derecho a hacerlo así» (cfr. *Coll.* 37, pág. 122).

Similar reclamación de un musulmán es desestimada en Dec. Adm. 5.112/71, al constar que «sus compañeros de celda eran musulmanes y que el Imán había dicho que no debía haber dificultad para practicar su religión en esas circunstancias» (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, págs. 380-381).

El recurso de un budista, que pretendía enviar colaboraciones a una revista de su religión, tampoco fue admitido: declaraba que la comunicación con sus correligionarios era obligada por su fe religiosa, pero de la documentación presentada se desprendía que las autoridades

la petición por una cuestión meramente fáctica, podría concluirse que los órganos directivos de la cárcel están obligados a posibilitar el cumplimiento de los deberes culturales. Y, sin embargo, en las ocasiones en que el fundamento de hecho ha sido probado, la jurisprudencia ha admitido esa obligación en términos restrictivos: lo cual puede tener cierta lógica cuando en una penitenciaría reside una sola persona —o muy pocas— que exige la celebración de un determinado culto religioso poco habitual en ese territorio¹¹², pero no resulta tan coherente cuando lo que se pide es el traslado a otra prisión del territorio nacional donde existen efectivamente esas posibilidades de culto¹¹³.

5.2.4.2. *La enseñanza*

Ya indiqué cómo, en mi opinión, la manifestación de la religión o creencias mediante la enseñanza constituye un aspecto común a la libertad religiosa y de pensamiento, que reúne a su vez principalmente tres derechos, cada uno dirigido a proteger un tipo específico de conductas. Uno de ellos —el derecho a ser instruido en las propias convicciones, religiosas o no— posee la peculiaridad de que puede ser ejercido por unas personas en nombre de otras: es lo que ocurre con los padres respecto a los hijos menores, cuando se les reconoce la facultad de exigir para ellos una enseñanza conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas. Tal singularidad, y su inevitable conexión con otro derecho diverso —el derecho a la educación—, es la razón de que el Convenio asigne un lugar autónomo a esa dimensión conceptual de la libertad humana: concretamente, el artículo 2 del Protocolo I. Y esa autonomía sistemática dentro del sistema legal europeo motiva, por su parte, que su análisis se lleve a cabo de manera independiente en el contexto de este trabajo¹¹⁴.

carcelarias habían hecho diversos esfuerzos por facilitarle esa comunicación por otras vías (cfr. Dec. Adm. 5.442/72, D. & R. 1, págs. 41-42).

En Dec. Adm. 7.291/75, la Comisión, al examinar otra queja referida al artículo 9, expresa que el demandante —se declaraba presidente de la religión *Wicca*— «no ha suministrado la más ligera evidencia para mostrar, por ejemplo, que solicitó a las autoridades de la prisión que le proporcionaran las facilidades que deseaba» (cfr. D. & R. 11, pág. 56).

¹¹² Ese era el caso contemplado en Dec. Adm. 5.947/72, en que el demandante —judío ortodoxo— argumentaba que no le habían facilitado la práctica del culto hebraico. Se desestimó la demanda, al notar que se le habían procurado contactos con un visitante judío laico, y que había sido atendido por el capellán de la prisión: esfuerzos que expresamente habían sido aprobados por el Gran Rabino (cfr. D. & R. 5, pág. 8).

¹¹³ Así se hacía en Dec. Adm. 2.413/65, con relación a un súbdito británico condenado a tres años y medio de estancia en la prisión alemana de Straubing. Entre otras muchas alegaciones, el recurrente afirmaba ser objeto de restricción en su derecho de libertad religiosa: en el área de Straubing no había ni templo ni ministro anglicano, y se le había negado el traslado a Celle, donde sí había un ministro de esa confesión. La Comisión parecía estimar suficiente, para satisfacer las exigencias del artículo 9, que se tuviera acceso a la asistencia de un pastor protestante, y facilidades para ese mismo culto (cfr. *Coll.* 23, páginas 3 y 8).

¹¹⁴ Vid. *infra*, epígrafe 8.

Si bien es cierto que la mayor parte de la jurisprudencia de Estrasburgo, en materia de enseñanza de la religión o convicciones, aborda precisamente problemas relacionados con la temática recién señalada —el derecho de los padres a la educación de los hijos—, existen todavía algunos otros casos dictaminados por la Comisión que merecen algún comentario.

Dos de ellos se refieren al ejercicio del derecho a instruirse en la propia religión, dentro del peculiar marco que supone el internamiento penitenciario. En el primero, el demandante —condenado a veinte años por asesinato— se declaraba budista¹¹⁵, y reclamaba por no poder obtener de la biblioteca de la prisión los libros que consideraba necesarios para el desarrollo de su filosofía de la vida; al declarar inadmisibles sus demandas, la Comisión —sorprendentemente sin mayores explicaciones— negó que el artículo 9 obligara al Estado a poner a disposición de los presos esa clase de bibliografía¹¹⁶. En el segundo, otro detenido —recientemente convertido al budismo, según afirmaba¹¹⁷— impugnaba la retención que las autoridades carcelarias habían realizado de un libro de su propiedad: *Tai Chi Chu'an and I Ching* (una coreografía del cuerpo y de la mente); la Comisión también rechazó esta demanda, subrayando que —según las declaraciones del Gobierno británico— el libro no había sido retirado por los motivos religiosos aducidos por el demandante, sino porque contenía una sección ilustrada de artes marciales y defensa personal, cuya utilización podía ser peligrosa: la interferencia con la libertad religiosa resultaba plenamente justificada —por aplicación del art. 9, 2.º— como una medida de elemental prudencia para la protección de los derechos y deberes de los demás¹¹⁸.

Sintetizando ambas resoluciones, la mente de la Comisión no parece ser muy amplia en cuanto a la configuración de este derecho en el ámbito de las instituciones penitenciarias. El artículo 9 sólo obligaría a las autoridades a respetar la posesión de libros para el cultivo de las propias concepciones religiosas, salvo que existan razones que legitimen su sustracción: razones de apreciación nada difícil en ese contexto. Y explícitamente se afirma que los directivos de una cárcel no están sujetos al deber de suministrar esos textos cuando el prisionero los solicita.

¹¹⁵ Dec. Adm. 1.753/63 (YB 8, págs. 174-191). Su calificación como verdadero budista ciertamente podía ofrecer algunas dudas, ya que, entre otras pretensiones, reclamaba poder suscribirse a *Weltmission*, una revista publicada por una organización católica. Para apreciar mejor el contexto de esta demanda, vid. notas 70 y 110, y sus correspondientes textos.

¹¹⁶ «Article 9 does not oblige a Contracting Party to put at the disposal of prisoners books which they consider necessary for the exercise of their religion or for the development of their philosophy of life» (YB 8, pág. 184).

¹¹⁷ Sintomáticamente, el demandante —ciudadano británico— declaró ser de religión rusa ortodoxa al ingresar en prisión; posteriormente hizo notar su conversión a la religión sikh y, más tarde, al tao-budismo.

¹¹⁸ Dec. Adm. 6.886/75 (D. & R. 5, págs. 100-101). También hubiera sido fácil argumentar aquí sobre la base de la protección de la seguridad y el orden públicos.

Otras decisiones muestran diversas actitudes de la Comisión ante las limitaciones al proselitismo y a la difusión de ideas religiosas, ya sea con relación a una persona física o a un grupo organizado. Al primer aspecto afecta la demanda, ya mencionada anteriormente, referente al despido de un profesor de un colegio británico —público y no confesional—, fundamentado por las autoridades administrativas en que la propaganda de sus ideas religiosas podían ser ofensivas para las convicciones en que los padres deseaban que sus hijos fueran instruidos, interfiriendo así en el derecho que les reconoce el primer protocolo del Convenio. La Comisión, admitiendo que se producía una restricción a la libertad del docente, la justificó en virtud de la protección de los derechos y libertades de los demás, a pesar de que no constaba que los padres hubieran hecho valer efectivamente su derecho ante ninguna instancia, judicial o administrativa ¹¹⁹.

Tres decisiones más contemplan supuestos en que, de una u otra manera, se restringe la difusión de una doctrina por grupos confesionales. Relativamente justificable aparece el dictamen sobre la demanda presentada por un seguidor de la secta *Moon* contra Austria, a la que ya se aludió en otro momento ¹²⁰. El motivo de la reclamación estribaba en que las autoridades austríacas no permitían a dicha secta constituirse como asociación según las reglas del Derecho interno, con perjuicio para su actividad proselitista. La Comisión juzgó que no se interponía ningún obstáculo a las libertades incluídas en el artículo 9, 1.º, porque en ese país, inscritas o no, todas las confesiones gozaban de plena operatividad, sin que la forma de asociación —y la consiguiente adquisición de personalidad jurídica— fuera necesaria para el desarrollo de sus actividades.

Difícilmente admisible, por el contrario, se muestra el razonamiento de la Comisión al rechazar una demanda dirigida por la *Church of Scientology* de California contra el Reino Unido ¹²¹. A mi juicio, esta resolución es un paradigma de cómo un análisis rigurosamente formalista puede conducir a negar la evidencia misma de los hechos. El relato de la propia Comisión detalla que, en 1966, esa iglesia decide establecer un colegio en Inglaterra como su principal centro educativo para la propagación de su doctrina. Dos años más tarde, el Ministro británico de Salud Pública remitió un informe al Parlamento, en el que describía la *scientology* como un culto pseudofilosófico cuya práctica era potencialmente dañina para sus practicantes ¹²². En conclusión, el Ministro proponía al Gobierno la adop-

¹¹⁹ Dec. Adm. 8.010/77 (D. & R. 16, págs. 101-104). Este caso fue comentado con mayor detalle *supra*, en el epígrafe 5.2.3.

¹²⁰ Dec. Adm. 8.652/79 (D. & R. 26, págs. 89-96). Vid. *supra*, epígrafe 5.2.2.

¹²¹ Dec. Adm. 3.798/68 (YB 12, págs. 306-325). En ese texto no se cita el nombre de la iglesia (las demandas ante la Comisión son publicadas sin identificar al solicitante, salvo que éste expresamente autorice lo contrario), que sí es mencionada por JACOBS: cfr. *op. cit.*, página 148.

¹²² Explicaba el ministro británico, literalmente, que esa creencia «alienates members

ción de una serie de medidas dirigidas expresamente a reprimir su crecimiento, ya que no era posible, según la legislación vigente, prohibir la práctica de esa creencia. Esas medidas —efectivamente acordadas— pueden sintetizarse como sigue: no continuar reconociendo al citado colegio —ni a otros centros del mismo grupo— como un establecimiento educativo a los efectos de permitir la entrada de extranjeros en el territorio nacional; denegar o retirar el *status* de estudiante a los extranjeros que pretendían acudir a esa institución, y rechazar la concesión de prórrogas de sus permisos de residencia en el Reino Unido por motivo de estudios; actuaciones similares respecto a los permisos de trabajo y certificados de empleo de las personas que trabajaban en ese centro¹²³. En apoyo de su reclamación, la *Church of Scientology* alegaba principalmente los artículos 9 y 14 del Convenio.

Por lo que ahora interesa, la Comisión, al exponer los fundamentos de derecho, negaba sorprendentemente que existiera obstáculo alguno al ejercicio de las libertades del artículo 9, 1.º: por una parte, señalaba que las disposiciones establecidas por el Gobierno no impedían directamente a los miembros de esa iglesia frecuentar los centros formativos de su confesión, ni manifestar de otro modo sus creencias, sino que se trataba simplemente de restricciones relativas a la posibilidad de entrada y permanencia en Gran Bretaña; y, por otra parte, añadía que el Convenio no garantizaba en absoluto el derecho a entrar o residir en un país distinto del propio¹²⁴. Junto a ello —y sin hacer referencia a los arts. 9 y 10—, declaraba que el artículo 2 del Protocolo I no obligaba al Estado a reconocer una institución concreta como establecimiento educativo. Y finalmente —con una interpretación poco satisfactoria del principio de igualdad—, no aceptaba la alegada violación del artículo 14, considerando que no se había producido ninguna limitación a los derechos enumerados por el artículo 9, 1.º, y que el artículo 2 del primer Protocolo legitima al Estado

of families from each other and attributes squalid and disgraceful motives to all who oppose it; its authoritarian principles and practices are a potential menace to the personality and well-being of those so deluded as to become its followers; above all, its methods can be a serious danger to the health of those who submit to them» (YB 12, pág. 308).

¹²³ En la demanda se hacía constar que el *Home Office* había incrementado esas medidas restrictivas iniciales. Concretamente, se indicaba que había sido impedida la entrada en Gran Bretaña a más de 800 delegados de otros países, que debían participar en un congreso internacional de esa iglesia, en agosto de 1968.

¹²⁴ La Comisión ya había establecido que el Convenio no recoge, como tal, el derecho a no ser expulsado de un país extranjero, y reiteraría posteriormente esa doctrina en diversas ocasiones (cfr. Dec. Adm. 214/56, YB 2, pág. 224; 850/60, YB 4, pág. 237; 1.611/62, YB 8, página 168; 2.143/64, YB 7, pág. 328; 3.040/67, YB 10, págs. 522-524; 3.325/67, *Coll.* 25, página 121; 7.465/76, D. & R. 7, pág. 154; 7.729/76, D. & R. 7, pág. 172). Pero se admite una excepción a esta regla general: el asunto puede merecer consideración cuando hay serios motivos para temer que la persona deportada vaya a ser sometida, en el Estado receptor, a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, que garantiza el derecho a no sufrir tortura ni penas o tratos inhumanos o degradantes (cfr. Dec. Adm. 1.802/62, YB 6, pág. 480; 5.012/71, *Coll.* 40, pág. 42; 7.465/76, D. & R. 7, pág. 154).

para decidir, sobre la base de unos *standards* mínimos, si a un centro debe o no concedérsele el carácter de educativo.

En otras palabras, el resultado del análisis llevado a cabo por la Comisión es, paradójicamente, estimar que no se había producido restricción alguna de la libertad religiosa —en el aspecto de la manifestación de la religión mediante la enseñanza—, cuando ésa era precisamente la finalidad con que explícitamente habían surgido las medidas adoptadas por el Gobierno británico contra la *Church of Scientology*. Con lo dicho anteriormente no pretendo afirmar —entiéndaseme bien— que tales medidas eran contrarias al sistema de legalidad diseñado por el Convenio europeo. Pero sí interesa subrayar que un planteamiento rigurosamente jurídico del caso habría comportado su enjuiciamiento a la luz de las limitaciones a la libertad religiosa que autoriza el párrafo 2.º del artículo 9¹²⁵, calibrando al mismo tiempo si existía una justificación objetiva y razonable para el trato proporcionado a esa iglesia —obviamente desfavorable respecto a otras confesiones—, de manera que no pudiera hablarse de una infracción del artículo 14.

Una última demanda sobre esta temática es la introducida en 1977 por Swami Omkarananda contra Suiza¹²⁶. El actor, ciudadano indio, fundado en 1966, en Winterthur —cantón de Zurich—, una institución religiosa y filosófica llamada *Divine Light Zentrum*. La conducta de los miembros de ese centro es fuente constante de tensiones con el vecindario. Tras un incidente con la policía, las autoridades suizas deciden, en 1974, no renovar el permiso de residencia de Omkarananda. Durante el curso ordinario de las apelaciones interpuestas por éste —en octubre de 1975—, tiene lugar una explosión junto a la vivienda del Director de la Policía de Zurich, y se encuentran varias cargas —que no hicieron efecto— cerca de la vivienda del abogado que representaba a los oponentes del *Divine Light Zentrum*. A consecuencia de ello, se inicia un procedimiento criminal contra el actor, que concluye en 1979 con una condena a 14 años de prisión. En la demanda ante la Comisión, presentada en 1977 —antes, por tanto, de la condena—, se afirma que la expulsión de Omkarananda del territorio suizo tiene por objeto la extinción del *Divine Light Zentrum*, en violación, entre otros, del artículo 9 del Convenio.

En su respuesta —declarando inadmisibles la petición—, la Comisión reitera que el derecho a permanecer en un país no se garantiza como tal en el Convenio, ni está incluido en el contenido de las libertades que recoge el artículo 9. Pero, a diferencia de la decisión anteriormente mencionada, se matiza acertadamente que la deportación constituiría una intromisión en la libertad religiosa o de pensamiento, si se prueba que la medida ha sido concebida para reprimir el ejercicio de esos derechos y para impedir

¹²⁵ Y del párrafo 2.º del artículo 10, que también estaría implicado aquí.

¹²⁶ Dec. Adm. 8.118/77 (D. & R. 25, págs. 105-141).

la difusión de una religión o creencia¹²⁷. Y, observando las características del caso, la Comisión hace notar, por una parte, que la orden de expulsión nunca llegó a llevarse a efecto —fue sustituida por la condena—, y por otra, que el demandante habría sido expulsado por evidentes motivos de orden público, y no por su religión: en consecuencia, considera que no hay indicios de que se hayan limitado los derechos del artículo 9, 1.º.

5.2.4.3. *La práctica de la religión o creencias*

De los términos empleados por el artículo 9, 1.º, para describir los modos protegidos de manifestar la religión o las creencias, es éste el que ofrece mayores problemas en orden a su determinación y a la regulación de sus precisas consecuencias jurídicas. Hasta el punto de que, 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.

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 de ser encasillada dentro de unos rígidos moldes conceptuales. De todo ella se derivan dos consecuencias inmediatas. Por un lado, 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 haya de resolverse en el caso concreto, por vía judicial o administrativa. Por otro lado, la enorme variedad de situaciones posibles de contraste entre obligaciones jurídicas y obligaciones de conciencia hace inviable su resolución mediante esquemas generales de corte racionalista: 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

¹²⁷ «This provision (art. 9) does not in itself grant a right for an alien to stay in a given country. Deportation does not therefore as such constitute an interference with the rights guaranteed by Article 9 (...), unless it can be established that the measure was designed to repress the exercise of such rights and stifle the spreading of the religion or philosophy of the followers» (*Ibid.*, pág. 118).

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.

Hechas estas observaciones, expondré a continuación los supuestos de esta clase sobre los que se ha pronunciado la jurisprudencia europea, advirtiendo que su planteamiento difiere sustancialmente del expuesto en líneas anteriores. Como hice notar en su momento, la Comisión estima que el artículo 9 no protege todos los comportamientos *motivados* en conciencia, sino solamente aquellos que *manifiestan* propiamente la religión de una persona o sus creencias, entendiendo el significado de estas últimas —cuando no son religiosas— por analogía con el concepto de religión, y desdibujando así la noción de libertad de conciencia, que pasa a quedar virtualmente fagocitada por las libertades religiosa y de pensamiento¹²⁸. Consecuencia de ello será una tendencia a admitir restrictivamente las conductas que resultan protegibles por el Convenio.

a) *Objeciones de conciencia*

La mayor parte de los casos correspondientes a este apartado que han sido enjuiciados por la Comisión pertenecen a la categoría denominada *objeción de conciencia*. Como he escrito en otro lugar¹²⁹, pienso que ese concepto ha de entenderse como la negativa, por motivos de conciencia, a realizar un acto o conducta que, en principio, resultaría jurídicamente exigible. La objeción de conciencia, por tanto, se caracteriza esencialmente por consistir en un comportamiento omisivo —una abstención— ante una obligación personal, fundamentado en imperativos morales que tienen para el sujeto un rango superior a cualquier otra instancia normativa.

Algunos de esos supuestos se han planteado en el marco de *situaciones de encarcelamiento*, en los que, como sucedía en otras ocasiones ya mencionadas, las reclamaciones basadas en la alegada libertad de conciencia han sido fácilmente rechazadas por la jurisprudencia. Una de tales reclamaciones se contenía en la demanda —anteriormente citada¹³⁰— de un recluso austríaco que se declaraba budista, en la que acusaba a las autoridades de la prisión de no permitirle dejar crecer su barba. La Comisión, aceptando el punto de vista del Gobierno, justificaba esa limitación por el

¹²⁸ Cfr. *supra*, epígrafes 4 y 5.2.1. Igual opción tomaba la Corte holandesa de casación, al interpretar el artículo 9 del Convenio europeo en un caso de objeción de conciencia, más tarde llevado ante la Comisión (cfr. Dec. Adm. 1.497/62, YB 5, págs. 286-301). Afirmaba el Tribunal holandés que «esos términos (*practice, pratiques*) no hacen referencia a “la aplicación de las normas religiosas a la vida cotidiana”, como sugiere el apelante, sino que, a la vista del contexto, y del uso del plural en el texto francés, indican los actos que de alguna forma son expresión de una religión o creencia» (YB 3, pág. 670).

¹²⁹ Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, cit., pág. 404.

¹³⁰ Dec. Adm. 1.753/63 (YB 8, págs. 174-191). Cfr. *supra*, notas 110, 115 y 116, y su texto correspondiente.

concepto de orden público referido en el artículo 9, 2.º: la obligación de afeitarse su barba vendría impuesta por necesidades de identificación, ya que el detenido no poseía barba antes de su condena.

Parecidos argumentos se esgrimían en otra demanda, suscrita por un ciudadano indio, de religión sikh, que cumplía una condena de dos años en una penitenciaría británica por haber destrozado nueve ventanales del edificio rectoral de su universidad durante una ceremonia académica¹³¹. Explicando que un sikh no reconoce autoridad alguna entre él y su dios, pretendía que su libertad religiosa había sido conculcada por el hecho de verse obligado a realizar trabajos en la prisión, limpiar su propia celda y vestir el uniforme carcelario: realizar esas conductas supondría una manifestación de servidumbre intolerable para sus convicciones. La Comisión rechazará las tres peticiones por razones diferentes. Por una parte, se niega que pueda alegar ahora el contraste entre su religión y el hecho de vestir las ropas comunes de prisionero, cuando anteriormente sólo había rehusado esa vestimenta —ante las autoridades de la prisión y ante el Gobierno— por considerarse preso político; y, aun suponiendo que ésa fuera la situación del demandante, la condición de preso político no implica el derecho a utilizar las ropas personales durante su reclusión¹³². En segundo lugar, se estima que el demandante no ha probado que el rechazo del trabajo en prisión constituya una manifestación de la religión o creencias mediante la práctica, en el sentido que cabe atribuir al artículo 9¹³³. Y, por último, admitiendo que el deber de barrer su celda es contrario a las convicciones religiosas de los sikhs, y que se produce una interferencia en el ejercicio de su libertad religiosa, la Comisión justifica tal interferencia en el artículo 9, 2.º, como una medida necesaria para la protección de la salud del demandante y de los demás prisioneros¹³⁴.

Fuera ya del ámbito penitenciario, la Comisión ha conocido cuatro demandas dirigidas contra Holanda, por personas que rechazaban, por motivos de conciencia, someterse a *sistemas de aseguración obligatoria*.

En una de ellas¹³⁵, un pastor de la *Dutch Reformed Church* se negaba a pagar su contribución al sistema de pensiones para la vejez, por juzgar

¹³¹ Dec. Adm. 8.231/78 (D. & R. 28, págs. 5-76). Esa persona había sufrido anteriormente otras cuatro condenas por delitos similares.

¹³² Este punto había sido ya indicado en Dec. Adm. 8.317/78 (D. & R. 20, pág. 44).

¹³³ En relación con este aspecto, la Comisión puntualiza que tampoco esa imposición contradice lo dispuesto en el artículo 4, 2.º, del Convenio («nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio»), ya que el párrafo 3.º de ese mismo artículo especifica que no se considera trabajo forzado el «exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional».

¹³⁴ Cierta semejanza con estos casos guarda la demanda 5.947/72, antes citada (vid. *supra*, notas 71 y 112), relativa al rechazo de ciertas comidas por un judío ortodoxo. Aunque, en esta última, la denegación de lo solicitado se basaba en que las autoridades religiosas habían aprobado los esfuerzos de los directivos de la prisión por suministrar al demandante una dieta adecuada.

¹³⁵ Dec. Adm. 1.497/62 (YB 5, págs. 286-301).

que la Biblia ordenaba tajantemente que todos los cristianos han de atender por sí mismos a las necesidades de los ancianos, y particularmente de los ministros sagrados. La Ley holandesa preveía explícitamente la exención para los objetores de conciencia, pero les imponía el pago de un impuesto sustitutorio por la misma cuantía. De manera que —argumentaba el demandante— el objetor se encontraba frente al dilema de contribuir al sistema y percibir los correspondientes beneficios en su día, obrando contra los dictados de su religión, o bien satisfacer el impuesto alternativo sin recibir compensación alguna, lo que equivalía a una confiscación de la propiedad privada, infringiendo las disposiciones del artículo 1 del primer Protocolo¹³⁶. La Comisión, sin definirse acerca de si el ordenamiento holandés estaba obligado a reconocer la exención por motivos de conciencia, hacía notar que la existencia del impuesto sustitutivo impedía que pudiera hablarse de una violación del artículo 9; y junto a ello, puntualizaba acertadamente que tampoco se producía infracción del artículo 1 del Protocolo I, ya que ese gravamen era legitimado por el interés público, en cuanto que pretendía evitar la evasión fiscal y tratar a todos los ciudadanos de acuerdo con el principio de igualdad¹³⁷.

Un año más tarde, la Comisión recibe otra solicitud con una *fattispecie* análoga¹³⁸. Pero, a diferencia de la precedente, el actor —miembro también de una iglesia reformada— no había sido calificado como objetor con derecho a exención, ya que no se oponía a todas las formas de aseguración; condición que era exigida como imprescindible por el *Old Age Pension Act*, debiendo ser probada mediante la oportuna declaración. Sobre esa base, afirmaba que había sido objeto de un trato discriminatorio, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 14. Por lo que se refiere a la impugnación del esquema establecido por la legislación holandesa, la Comisión decide por medio de una expresa remisión al parecer que había emitido con ocasión de la demanda mencionada en el párrafo anterior. Y, en lo concerniente al principio de igualdad, con una falta de rigor jurídico que no cabía esperar en un órgano de esas características, y sin añadir fundamento alguno para su respuesta, se limita a decir que «la distinción trazada en la ley holandesa entre las personas que se oponen a todas las formas de aseguración y aquellas que objetan solamente contra ciertas

¹³⁶ Establece ese artículo: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados a poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general, o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.»

¹³⁷ La demanda posee un notable parecido con el caso *United States v. Lee*, decidido por el Tribunal Supremo estadounidense en 1983 (455 U.S. 252). Para un comentario a esta sentencia, vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia...*, cit., págs. 446-448.

¹³⁸ Dec. Adm. 2.065/63 (YB 8, págs. 266-273).

clases de seguro, no constituye una discriminación contraria al artículo 14». Ciertamente, en aquel momento —la decisión es del año 1965— todavía no estaba perfilada la doctrina sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de Estrasburgo: eso ocurriría en 1968¹³⁹; pero bien puede calificarse de superficial esa apreciación en un órgano como la Comisión, cuya competencia consiste en dictaminar si una demanda es admisible por merecer una más atenta consideración.

Una clase diversa de aseguración obligatoria —de automóviles en esta ocasión— fue objeto de demanda por parte de un granjero y comerciante holandés¹⁴⁰. En conformidad con una Ley de 1963, todo usuario de un vehículo de motor debía suscribir un seguro por responsabilidad respecto a terceros. La propia norma contemplaba la posibilidad de exonerar de ese seguro a quienes fueran objetores de conciencia contra toda especie de aseguración, exigiéndoles en su lugar el pago de una suma equivalente en el impuesto sobre la renta. El demandante, que se declaraba contrario —por motivos religiosos— a cualquier forma de aseguración¹⁴¹, se negó a someterse a la legislación, alegando que las cantidades recaudadas por el impuesto sustitutorio servían, de hecho, para cubrir los mismos riesgos que el sistema de aseguración obligatoria estaba destinado a proteger. Por conducir su automóvil sin estar asegurado, fue condenado por los tribunales al pago de una multa y a la privación del permiso de conducir por un período de seis meses; además, el vehículo le fue confiscado, con orden de entregarle el producto de su venta. La Comisión, en un preciso y breve análisis, admite implícitamente la existencia de una limitación a la libertad religiosa, justificándola por la aplicación del artículo 9, 2.º: puesto que la finalidad del seguro era salvaguardar los derechos de terceras personas que pudieran ser víctimas de un accidente de tráfico, la obligatoriedad del sistema quedaba legitimada por la protección de los derechos y libertades de los demás.

El cuarto caso¹⁴² es protagonizado por un ganadero —miembro de la iglesia reformada holandesa— que se niega a incorporarse al *Health Service*, como prescribía una Ley de 1952 para la prevención de la tuberculosis bovina, alegando que esa clase de obligaciones legales va contra sus convicciones religiosas, con quiebra de la protección dispensada por el artículo 9 del Convenio. En su dictamen, la Comisión evita pronunciarse sobre si el rechazo de la adhesión obligatoria al *Health Service* entraría efectivamente dentro del ámbito tutelado por el artículo 9, 1.º, y se limita

¹³⁹ En el *caso lingüístico belga* (sentencia de 23 de julio de 1968), como se verá más adelante, en el epígrafe 7.

¹⁴⁰ Dec. Adm. 2.988/66 (YB 8, págs. 472-479).

¹⁴¹ Según relata textualmente la Comisión, «according to his religious convictions, prosperity and adversity are meted out to human beings by God and it is not permissible to attempt in advance to prevent or reduce the effect of possible disasters».

¹⁴² Dec. Adm. 1.068/61 (YB 5, págs. 278-287).

a decidir según el párrafo 2.º de ese artículo: la adscripción forzosa a ese servicio del Estado es una medida razonable en orden a la protección de la salud pública. Y añade, con un matiz interesante para la comprensión de ese párrafo, que «se deja un considerable margen de discreción a los parlamentos nacionales para apreciar los intereses vitales de la comunidad».

En relación con una materia completamente distinta, una de las manifestaciones más tradicionales de la objeción de conciencia es la formulada contra el *servicio militar obligatorio*. La opinión de la Comisión a este respecto fue expresada inequívocamente con ocasión de una demanda introducida por un ciudadano austríaco, condenado a prisión por haber rehusado el cumplimiento de sus deberes militares: afirmaba que, como católico, le resultaba imposible la realización del servicio armado¹⁴³. En la hermenéutica que la Comisión efectúa del artículo 9, toma como punto de referencia el artículo 4 del Convenio, que garantiza el derecho a no ser obligado a trabajos forzados: el párrafo 3.º, *b*), de este último artículo excluye de ese concepto «todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio». Y concluye que «se deja a la elección de las Altas Partes contratantes reconocer o no a los objetores de conciencia». En consecuencia, considera que el Convenio no impide al Estado —si no admite la objeción de conciencia— sancionar a quienes rechazan el servicio militar legalmente impuesto¹⁴⁴.

Esa tajante interpretación, excluyente de cualquier clase de protección para los objetores de conciencia, contrasta notablemente con la actitud de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que en diversas épocas ha puesto de relieve su deseo de que la objeción de conciencia contra el servicio militar sea reconocida propiamente como un derecho en el marco del Convenio europeo, derivado —como lógica consecuencia— de las libertades fundamentales consignadas en el artículo 9¹⁴⁵. Hasta ahora, sin embargo, tales propuestas han sido paralizadas por el Comité de Ministros, aduciendo que no era todavía el momento adecuado para plantear la cuestión a los Estados signatarios, de los cuales —se indicaba, por otra parte— muchos ya regulan ese derecho, y otros están buscando una solución apropiada para adaptar esas directrices a su ordenamiento interno.

Por lo que concierne a los casos de objeción de conciencia contra el *servicio civil sustitutorio*, la Comisión ha aplicado un esquema conceptual

¹⁴³ Dec. Adm. 5.591/72 (*Coll.* 43, pág. 161).

¹⁴⁴ La misma doctrina es reiterada por Dec. Adm. 7.548/76 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, pág. 374).

¹⁴⁵ Cfr. la resolución 337 (1967), de 26 de enero de 1967, y la recomendación 816 (1977), de 7 de octubre de 1977. Una sintética propuesta al respecto se contenía también en la recomendación 683 (1972), de 23 de octubre de 1972. Esos textos, además de en las publicaciones oficiales del Consejo de Europa, pueden encontrarse en la citada recopilación de H. MIEHSLER-H. PETZOLD.

idéntico. El primero de ellos es el caso *Grandrath*, que sería declarado admisible, y decidido posteriormente por el Comité de Ministros, confirmando el dictamen de la Comisión, denegatorio del derecho invocado por el demandante¹⁴⁶. Albert Grandrath, ciudadano alemán y ministro de la secta de los testigos de Jehová, había sido eximido del servicio militar, y llamado a prestar el servicio civil alternativo previsto por la legislación vigente. Al no serle concedida —como había solicitado— la exención de este último, y rehusar su cumplimiento, fue sentenciado a seis meses de prisión. Grandrath basaba su petición en un doble fundamento. Por una parte, sus convicciones religiosas le impedían también aceptar la realización de un servicio civil impuesto por el Estado. Por otra, afirmaba que sufría discriminación respecto a los ministros sagrados de otras confesiones, para los cuales sí se preveía expresamente la exoneración de cualquier servicio: este segundo aspecto hace más bien referencia al principio de igualdad contenido en el artículo 14, y por ello será comentado más adelante¹⁴⁷.

En su informe, la Comisión suscribe la interpretación ya mencionada del artículo 9 en relación con el artículo 4, 3.º, *b*): este último funciona como una peculiar especificación del primero, por lo que entiende que no existe en el Convenio un derecho —por motivos de conciencia— a ser dispensado ni del servicio militar ni del servicio civil que pueda establecerse en su lugar. Y, a este respecto, uno de los miembros de la Comisión —Eustathiades— expresa una opinión individual discrepando de ese razonamiento.

Señala con agudeza Eustathiades que el párrafo 3.º del artículo 4 no enumera una serie de posibles restricciones que el Estado puede imponer legítimamente al derecho a no realizar trabajos forzados: en rigor, lo que hace es definir la noción de trabajo forzado u obligatorio mediante ciertas formulaciones de carácter negativo, entre las que se incluye la de su apartado *b*), relativo al servicio militar o civil. De ahí que, cuando esa clase de trabajos —no conceptuales como forzados, según el art. 4— supone una real limitación al ejercicio de las libertades del artículo 9, 1.º, la Comisión no puede eludir el examen de las circunstancias en que tal limitación se ha producido: concretamente, si es justificable a tenor del artículo 9, 2.º. Esa facultad —y deber— de control atribuida a la Co-

¹⁴⁶ La decisión sobre su admisibilidad es de 23 de abril de 1965: cfr. Dec. Adm. 2.299/64 (YB 8, págs. 324-337). El informe de la Comisión (YB 10, págs. 626-695) fue adoptado el 12 de diciembre de 1966, y transmitido más tarde al Comité de Ministros, quien decidió el caso con fecha 29 de junio de 1967 (resolución (67) DH 1, YB 10, págs. 694-699).

¹⁴⁷ Cfr. *infra*, epígrafe 7. Otro caso que afecta al principio de igualdad fue iniciado por un grupo de objetores de conciencia daneses —que cumplían el servicio civil—, alegando que sufrían un trato discriminatorio por percibir un sueldo inferior al de quienes prestaban servicio militar; la Comisión declaró su inadmisibilidad, afirmando que el artículo 14 sólo protege contra la discriminación respecto al disfrute de derechos incluidos en el convenio, entre los que no se halla el derecho a recibir un sueldo, ni por parte de quienes realizan el servicio civil, ni por parte de quienes cumplen el servicio militar (cfr. Dec. Adm. 7.565/76, D. & R. 9, págs. 117-120).

misión le permite enjuiciar las medidas restrictivas adoptadas por el Estado en virtud del margen de discrecionalidad que le confiere el párrafo 2.º del artículo 9; y, en el presente caso, el punto central es dilucidar si dichas medidas son «necesarias en una sociedad democrática». En cualquier caso —concluye—, como el poder discrecional del Estado parece ser aquí incrementado por el sentido del artículo 4, 3.º, b), duda que haya tenido lugar una violación del Convenio.

Aun coincidiendo con el resultado final de la decisión tomada por la Comisión, pienso que el proceso lógico seguido por Eustathiades es mucho más riguroso que la simple remisión al artículo 4. Sin embargo, este último método es el continuará empleando la Comisión en los años sucesivos, como puede comprobarse por la ya citada demanda contra Austria¹⁴⁸, y por otra posterior surgida en Alemania¹⁴⁹. En esta ocasión, también se trataba de un testigo de Jehová que rehusaba prestar el servicio civil sustitutivo, porque implicaba un elemento de compulsión contrario a sus creencias. En 1965 —tal vez con motivo del caso Grandrath— el legislador alemán había introducido una enmienda en la *Zivildienstgesetz*, para favorecer a los miembros de esa secta religiosa. En ella se contemplaba la posibilidad de que los objetores de conciencia contra el servicio civil obligatorio pudieran ser dispensados del mismo si trabajaban, por un contrato libremente negociado de duración equivalente, en una clínica, hospital o asilo. El demandante, a pesar de sus insistentes esfuerzos, no logró encontrar ese trabajo, y al persistir en su actitud negativa respecto a la obligación legal, fue condenado a tres meses de prisión. La Comisión rechazó el recurso, con la habitual referencia al artículo 4 del Convenio¹⁵⁰.

Un peculiar caso de objeción de conciencia es el planteado por un ciudadano indio, de religión sikh, que se negaba a utilizar el *casco de protección* impuesto por la legislación británica para los conductores de motocicletas, ya que, para ello, habría debido quitarse el turbante que sus normas religiosas le forzaban a vestir¹⁵¹. Entre 1973 y 1976 fue sancionado veinte veces por su omisión en el cumplimiento de ese deber legal. Con una brevísima exposición de motivos —apenas ocho líneas—, la Comisión declaró inadmisibile la demanda, denotando una extrema falta de sensibilidad ante una cuestión concreta que —si bien era tal vez de escasa importancia cuantitativa— afectaba al ejercicio de un derecho fundamental reconocido por el Convenio.

Argumentaba la Comisión que, aun no estando clara la existencia de una intromisión en la libertad religiosa del recurrente, el empleo obligatorio de un casco protector era en cualquier caso una medida necesaria

¹⁴⁸ Cfr. *supra*, nota 143 y su texto correspondiente.

¹⁴⁹ Dec. Adm. 7.705/76 (D. & R. 9, págs. 196-205).

¹⁵⁰ En el mismo texto de la decisión se hace una explícita referencia a la doctrina establecida por la Comisión en las demandas 2.299/64 y 5.591/72.

¹⁵¹ Dec. Adm. 7.992/77 (D. & R. 14, págs. 234-237).

para la seguridad de los motociclistas y, por tanto, justificada por la protección de la salud (no añade el calificativo de «pública» usado por el texto del Convenio) a que alude el párrafo 2.º del artículo 9. Lo que no parece advertir la Comisión es que, si bien la salud pública puede legitimar la utilización obligatoria de casco como norma general, difícilmente podría justificar la negativa a eximir de esa norma a una persona individual: en este supuesto, es la salud «privada», y no la pública, la que está en juego. En otras palabras, la no exención de ese deber, cuando se alegan razones de conciencia, sólo erróneamente puede considerarse, a mi juicio, como una medida «necesaria en una sociedad democrática».

Todavía otra apreciación inexacta de la Comisión en este caso. A finales de 1976, las regulaciones de tráfico en Inglaterra fueron modificadas, dispensando expresamente a los sikhs de llevar el casco de protección. Con referencia a ello, la Comisión se limita de nuevo a manifestar que la nueva disposición no es contraria a las afirmaciones realizadas sobre la válida fundamentación de la anterior normativa en consideraciones de salud pública: de manera que parece dejar a la discrecionalidad del Estado conceder o no la exención. Algo que resulta al menos arriesgado: en mi opinión, en materia de objeción de conciencia, o denegar la exención es necesario y debe entonces hacerse así, o no es necesario y debe concederse, sin que sea posible atribuir un margen de elección discrecional al Estado¹⁵².

Por lo que se refiere a la objeción de conciencia contra *obligaciones laborales*, la Comisión conoció, en sus primeros años de funcionamiento, el caso de un trabajador alemán¹⁵³, adventista del séptimo día, que en 1937 había sido despedido de una fábrica de calzado por negarse a trabajar en sábado y, más tarde —pasado al comercio libre—, sometido a diversas discriminaciones por el régimen nazi, a causa de sus convicciones ideológicas y religiosas. Posteriormente, su petición de resarcimiento de daños fue rechazada por las autoridades alemanas. La demanda fue declarada inadmisibles por razones de orden procesal: incompetencia de la Comisión *ratione temporis* —los hechos eran anteriores a la entrada en vigor del Convenio en Alemania— y no haber agotado los recursos internos.

En otra ocasión, no obstante, la Comisión puntualizó algún detalle de interés, aunque el asunto planteado no afectaba directamente al artículo 9¹⁵⁴. La demandante —también de nacionalidad alemana— tenía mermada su capacidad laboral, y reclamaba contra la privación de una pen-

¹⁵² Cuestión diversa, evidentemente, es que sea la propia norma general la que haya de otorgar la exención, o bien que ésta pueda concederse a nivel particular, por vía judicial o administrativa: el modo de proceder sí queda al arbitrio del poder público, pero no el hecho de su concesión.

¹⁵³ Dec. Adm. 850/60 (no publicada; citada por F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, páginas 183-184).

¹⁵⁴ Dec. Adm. 8.753/79 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, pág. 375).

sión de invalidez que se había llevado a cabo al no aceptar el puesto de trabajo que se le ofrecía: sólo era posible encontrar trabajos adecuados a sus aptitudes en lugares distantes de su residencia habitual; por ello, invocaba el derecho al respeto de la vida familiar, y a elegir libremente su domicilio¹⁵⁵. Aunque la demanda fue rechazada, la Comisión estableció incidentalmente que «el Convenio no garantiza, como tal, el derecho a percibir una pensión de invalidez. Sin embargo, eso no significa que la aplicación de la legislación nacional en este terreno no pueda en ciertas circunstancias interferir con alguno de los derechos incluidos en el Convenio. Por ejemplo, la obligación de aceptar un trabajo concreto que contrasta con las personales creencias morales o religiosas, o exige la expatriación a un país en que la propia familia no es admitida, podría entrar en conflicto con los derechos mencionados en los artículos 8 y 9». Es decir, parece reconocerse un derecho a la objeción de conciencia en esta materia, sugiriendo que el rechazo, por motivos de conciencia, de cierta clase de obligaciones laborales no puede constituir un factor de discriminación respecto al disfrute de los beneficios por desempleo que otorguen las autoridades nacionales.

Un último caso que podría considerarse de objeción de conciencia se refiere a la abstención en unas *elecciones políticas*¹⁵⁶. Un abogado vienés impugnaba el sistema de organización de las elecciones presidenciales austríacas, en 1971, como contrario a la libertad de conciencia y de manifestar las creencias personales en público: no acudir a las urnas podía ser castigado con una multa de hasta 1.000 *schillings* y, por otra parte, las papeletas para el voto sólo contenían el nombre de los dos candidatos que se presentaban¹⁵⁷, de forma que no era posible oponerse a la designación de ambas personas¹⁵⁸. La Comisión no admitió que se hubiera infringido el artículo 9, argumentando sencillamente que el votante podía entregar la papeleta en blanco o emitir un voto deliberadamente inválido.

b) *La práctica del aborto*

El 18 de junio de 1974, el Parlamento federal alemán —*Bundestag*— aprobaba una ley por la que se reformaba el Código penal, liberalizando la práctica del aborto en una serie amplia de supuestos. Contra esa norma, 193 miembros de la Cámara y los Gobiernos de cinco *Länder* interpusieron un recurso de inconstitucionalidad, que fue decidido por el Tribunal Constitucional el 25 de febrero de 1975, mediante una sentencia que invalidaba parcialmente el contenido de la ley y restringía el conjunto de

¹⁵⁵ Respectivamente protegidos por el artículo 8 del Convenio, y el artículo 2 del Protocolo IV.

¹⁵⁶ Dec. Adm. 4.982/71 (YB 15, págs. 468-475).

¹⁵⁷ Los dos candidatos que se presentaban eran Kurt Waldheim y Franz Jonas.

¹⁵⁸ El demandante comparaba la situación al hecho de que se impusiera coactivamente la alternativa de profesar una de dos religiones determinadas.

casos a los que podía aplicarse la despenalización. Contra la decisión de la Corte Constitucional, a su vez, dos mujeres presentaron una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, dando origen al caso *Bruggemann y Scheuten*¹⁵⁹.

Entre los motivos de su reclamación, las dos súbditas alemanas alegan principalmente los artículos 8 y 9 del Convenio. Por una parte, consideran que la sentencia impugnada, al limitar el ámbito de ejercicio de lo que ellas contemplan como un derecho a la interrupción del embarazo, realiza una injustificada intromisión en el ámbito de la vida privada y familiar, circunscribiendo arbitrariamente el uso de un medio contraceptivo como es el aborto. Y junto a ello, afirman que se viola la libertad de pensamiento y de conciencia, al forzar una adaptación del comportamiento personal a los principios morales de índole religiosa —concretamente cristianos— que fundamentan la resolución del Tribunal.

La Comisión, tras haber recabado informaciones complementarias del Gobierno alemán y de las recurrentes, y adoptando una perspectiva fuertemente teñida de formalismo, acordó la admisibilidad de la demanda, declarando que «el embarazo y la interrupción del embarazo forman parte de la vida privada, e incluso, en ciertas circunstancias, de la vida familiar»¹⁶⁰; por ello, «la regulación del aborto es una intervención en la vida privada que puede o no estar justificada en razón del artículo 8, 2.º»: de ahí que estimase necesario someter el asunto a una consideración más detenida, y que remitiera a ese ulterior estudio el análisis de las reclamaciones relativas al artículo 9.

En su informe posterior —12 de julio de 1977¹⁶¹—, la Comisión juzgó que no se había producido ninguna quiebra del Convenio como consecuencia de la sentencia objeto de la demanda, y su dictamen fue aceptado por la decisión del Consejo de Ministros que zanjó la cuestión¹⁶². Toda la argumentación giraba en torno a la interpretación del artículo 8, puntualizando entonces que no toda normativa sobre el aborto constituía

¹⁵⁹ Dec. Adm. 6.959/75 (YB 19, págs. 382-417).

¹⁶⁰ Ciertamente, la Comisión no parece haberse distinguido por su escrupulosa defensa del derecho a la vida del no nacido (cfr., además del caso que ahora comento, Dec. Adm. 8.416/78, D. & R. 19, págs. 244-264). Advuértase que el artículo 2 del Convenio reconoce el derecho a la vida, y que el aborto no figura entre las circunstancias que su párrafo 2.º enumera como supuestos en los que no se viola ese derecho: considerar el aborto, por tanto, como parte de la vida privada implica un concepto del derecho a la vida incomprensiblemente restrictivo, y poco atento a los datos de la ciencia biológica.

En ese sentido, aunque sin compartir su punto de vista, considero más realistas las observaciones realizadas por el Gobierno alemán durante la tramitación de la primera fase del caso *Bruggemann y Scheuten*. Se decía que «los derechos y libertades de los demás, cuya protección contempla el artículo 8, 2.º, del Convenio, incluyen la vida que se desarrolla en el seno de la madre, que es un bien independiente protegido por la ley», aunque «el recurso a la vía del Derecho penal queda dentro del ámbito de discrecionalidad del legislador» (YB 19, pág. 392).

¹⁶¹ Rep. Com. 6.959/75 (D. & R. 10, págs. 100-145).

¹⁶² Resolución DH (78) 1, de 17 de marzo de 1978 (YB 21, págs. 638-641).

una injerencia en la vida privada a los efectos de ese artículo, ya que la eliminación del feto no es asunto que afecte únicamente a la vida personal de la madre. Y expresamente se indicaba que no había necesidad de pronunciarse sobre las alegaciones fundadas en el artículo 9, lo que viene a significar una implícita declaración de que el Convenio no ampara la realización de prácticas abortivas como una pretendida manifestación del derecho a la libertad de pensamiento o de conciencia.

c) *La posibilidad de acudir al divorcio*

En algunas ocasiones, la Comisión había tenido oportunidad de conocer demandas en las que se reclamaba un supuesto derecho a obtener el divorcio civil de un matrimonio. En 1982, uno de esos casos se plantea parcialmente con un enfoque que afecta a la libertad de conciencia¹⁶³.

Un ciudadano irlandés —Roy H. W. Johnston—, después de casi veinte años de matrimonio, durante el que habían nacido tres hijos, inicia relaciones concubinarias estables con una maestra inglesa llamada Janice Williams. Resultado de esa unión será el nacimiento de una hija en 1978. Su deseo es regularizar jurídicamente su situación, sobre todo en orden a cuestiones económicas y hereditarias, pero el Derecho irlandés lo impide, al no aceptar el divorcio vincular¹⁶⁴, lo cual comporta que se le niegue el *status* de familia y la condición de legítima a su hija. Las tres personas presentan conjuntamente la demanda ante la Comisión, invocando en su favor los artículos 8, 9, 12, 13 y 14 del Convenio.

Para lo que aquí interesa, basta señalar que uno de los demandantes —Johnston—, además de estimar que se viola su derecho a la vida privada y familiar, argumenta que la prohibición constitucional del divorcio en Irlanda es contraria a la libertad de manifestar las creencias personales que se menciona en el artículo 9. Esa prohibición —afirma— no hace sino suscribir los principios morales de la Iglesia Católica sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, imponiéndole las consecuencias prácticas de una doctrina contraria a sus convicciones, que precisamente le impulsarían a disolver su primer matrimonio para poder contraer un segundo, y constituir así legalmente la nueva familia que de hecho posee.

El 7 de octubre de 1983, habiendo sopesado las observaciones complementarias enviadas por las partes a solicitud de la Comisión, se decide declarar admisible la demanda de modo global, por juzgar que los puntos en discusión merecían que se entrase en el fondo del asunto. Y con fecha de 5 de marzo de 1985, la Comisión adoptó el correspondiente informe,

¹⁶³ Dec. Adm. 9.697/82 (D. & R. 34, págs. 131-152), que dará origen al caso *Johnston y otros*.

¹⁶⁴ El artículo 41.3.2 de la Constitución de Irlanda establece que «no law shall be enacted providing for the grant of a dissolution of marriage». Como es sabido, el referéndum convocado en junio de 1986 para proponer un cambio de esta disposición arrojó un resultado negativo.

con su valoración jurídica de los hechos ¹⁶⁵. Transmitido al Comité de Ministros, como preceptúa el artículo 31 del Convenio, la Comisión decidió remitir el caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en uso de la facultad que le atribuye el artículo 48 ¹⁶⁶. De momento, el Tribunal no ha dictado sentencia.

El *report* de la Comisión niega la existencia de las infracciones alegadas del Convenio, excepto en lo relativo a la condición jurídica del tercer demandante —la hija— bajo la ley irlandesa, que se considera contraria al artículo 8. Entre las valoraciones realizadas por el informe, el primer punto que aquí interesa subrayar es que la Comisión declara unánimemente la ausencia de un derecho al divorcio y, consiguientemente, a un nuevo matrimonio. Para ello, interpreta el artículo 12 —derecho a casarse— en el sentido de que «se limita a conferir un derecho a formar una relación legal, a adquirir un *status*, enfrentado al derecho a terminar una relación o a disolver un *status*». Y añade que los trabajos preparatorios del Convenio muestran esa misma concepción, avalada por el hecho de que, en el momento de su firma, ninguno de los Estados signatarios que excluían el divorcio se vio en la necesidad de expresar una reserva a ese propósito respecto de los artículos 8 y 12: se entendía que no garantizaban un pretendido derecho a divorciarse ¹⁶⁷.

En conexión con esas apreciaciones, también por unanimidad, se desestiman las alegaciones de Johnston relativas al artículo 9, interpretado desde la perspectiva de los otros dos artículos mencionados, a los que el tema, de suyo, se refiere más específicamente: «la Comisión considera que los artículos 8 y 12 deben ser contemplados como una *lex specialis* respecto a las demás disposiciones del Convenio, por lo que atañe a la reclamación sobre la ausencia de divorcio en Irlanda. Reitera su conclusión de que esos artículos no protegen el derecho al divorcio y, en consecuencia, a contraer nuevo matrimonio. El demandante no puede, por tanto, derivar del artículo 9 un derecho a divorciarse y a celebrar segundas nupcias».

Se habrá notado que el razonamiento es análogo al seguido en el caso *Grandrath* con relación a la objeción de conciencia. Por ello, no puedo dejar de recordar las observaciones que entonces hice al respecto, tomando pie de la opinión individual elaborada por Eustathiades: aun concordando con la conclusión a que llega la Comisión, pienso que su planteamiento es excesivamente simplista. Es cierto que los artículos 8 y 12 no garantizan en modo alguno un derecho al divorcio; pero la cuestión podría surgir —como en el presente caso— en relación con la libertad de con-

¹⁶⁵ Rep. Com. 9.697/82, publicado como documento separado por el Consejo de Europa.

¹⁶⁶ Ese acuerdo fue tomado en la 172 sesión de la Comisión, 6-17 de mayo de 1985 (cfr. *compte rendu* de esa sesión, DH (85) 2, núm. XI, b).

¹⁶⁷ Esa opinión ya había sido anteriormente emitida por la Comisión: cfr. Rep. Com. 7.114/75, en el caso *Hamer* (D. & R. 24, pág. 13), y Dec. Adm. 9.057/80 (D. & R. 26, página 207).

ciencia mencionada en el artículo 9, que posee un valor y operatividad autónomos, con la posibilidad de tutelar conductas expresamente desprotegidas por otros artículos. De ahí que crea preferible acudir al párrafo 2.º del artículo 9: aunque existan imperativos personales de conciencia que induzcan a disolver un matrimonio previo, el mantenimiento del orden público de un Derecho interno autoriza a impedir legítimamente tal actuación. Es éste, a mi juicio, uno de los casos más claros en que la negativa incidencia social y jurídica de una conducta motivada en conciencia justifica la imposición de limitaciones al ejercicio de la libertad personal.

6. LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

En el epígrafe anterior se ha detallado el contenido y alcance que la doctrina jurisprudencial atribuye a la libertad religiosa reconocida en el artículo 9, 1.º, del Convenio. Simultáneamente, en la medida en que lo requería la exposición, se hizo notar cómo la Comisión aceptaba la legitimidad de ciertas disposiciones del poder público que limitaban el ejercicio de ese derecho. Llega ahora el momento de analizar cómo entiende tales límites la jurisprudencia europea: análisis que tratará de hacerse de manera sistemática, en tanto lo permita la falta de una sólida construcción que, también en este punto, se acusa en las decisiones emanadas de los órganos de Estrasburgo. Para ello, además de observar las específicas resoluciones de la Comisión sobre los derechos mencionados en el artículo 9, será necesario emplear el método analógico, acudiendo a algunas sentencias del Tribunal relacionadas con otros derechos.

El párrafo 2.º del artículo 9 regula esta materia en los siguientes términos: «La libertad de manifestar la propia religión o convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicos, o la protección de los derechos o libertades de los demás.»

Una primera lectura de ese párrafo pone de relieve inmediatamente dos puntos de interés. En primer lugar, las limitaciones sólo pueden establecerse respecto a la libertad de *manifestar* la religión o creencias, pero no pueden afectar a lo que antes llamé libertad de *elección*. En segundo lugar, la redacción indica que los conceptos-límite ahí señalados poseen un marcado carácter teleológico: actúan como *finalidades* generales que justifican la adopción de concretas medidas restrictivas por parte del Estado.

Por otra parte, la enumeración de esas cinco nociones —seguridad, orden, salud y moral públicos, derechos o libertades de los demás— es indudablemente *taxativa*, y no meramente ejemplificativa, como resulta del mismo tenor del texto. Correlativamente, esa característica queda contrarrestada por su amplitud conceptual: entendidas de manera extensiva —es-

pecialmente el orden público—, serían susceptibles de incluir en la práctica casi cualquier clase de coerción discrecionalmente establecida por el Estado.

Por ello, surge naturalmente la necesidad de una *interpretación restrictiva* de esas limitaciones, si no se quiere correr el riesgo de anular potencialmente la eficacia del sistema tutelar instaurado por el Convenio, sometiendo los derechos de la persona a una especie de camisa de fuerza de imprevisibles dimensiones. Así lo ha indicado habitualmente el Tribunal, y de modo particular con ocasión del caso *Klass y otros*¹⁶⁸. Tal orientación hermenéutica implica, como complemento necesario, una *comprensión amplia de las libertades garantizadas*: si los límites al ejercicio de los derechos se conciben como excepciones toleradas por razonables, su interpretación restrictiva comporta —en la misma secuencia lógica— la interpretación extensiva de la regla general que protege los derechos y que es derogada por la excepción¹⁶⁹. Tal apreciación, válida a nivel global, viene además avalada, en el caso de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, por el hecho de que son las libertades para las que menor número de restricciones admite el Convenio, como se constata al comparar el artículo 9, 2.º, con el párrafo 2.º de los artículos 8, 10 y 11¹⁷⁰.

El propio texto del artículo 9, 2.º, refuerza la tendencia sugerida en sede jurisprudencial, al imponer expresamente el cumplimiento de ciertas condiciones para que las medidas tomadas por el Estado puedan aceptarse como limitaciones legítimas a los derechos protegibles.

En primer lugar, esas medidas han de ser previstas por *la ley*: no cabe, por tanto, que surjan *ex nihilo* para constreñir, una vez producidas, ciertas actividades que el poder público estima nocivas para el interés general. Aunque, naturalmente, la autoridad administrativa puede adoptar disposiciones concretas dentro de un marco genérico de facultades discrecionales legalmente fijado con anterioridad¹⁷¹. Y, de modo análogo, habrá de reconocerse esa misma operatividad a la autoridad judicial, especialmente

¹⁶⁸ Ese caso, decidido el 6 de septiembre de 1978, se refería al uso de escuchas telefónicas clandestinas —en la República Federal de Alemania— como instrumento para la investigación de actividades terroristas, y el Tribunal debía dilucidar si tal injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia era justificable en razón de los límites a ese derecho que permite el artículo 8, 2.º. Con relación a ese texto, decía el número 42 de la sentencia: «Ménageant une exception à un droit garanti par la Convention, ce paragraphe appelle une interprétation étroite. Caractéristique de l'Etat policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques.»

¹⁶⁹ Cfr. W. GAHSOF VAN DER MEERSCH, «Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des Droits de l'Homme», en *Boletim do Ministério da Justiça*, número 11 (1982), págs. 116-117.

¹⁷⁰ Los artículos 8 a 11 están elaborados según el mismo esquema técnico: un primer párrafo en el que se consignan los derechos protegidos, y un segundo que declara sus posibles restricciones.

¹⁷¹ Así lo muestran algunas decisiones de la Comisión: por ejemplo, los casos citados de restricciones a la libertad religiosa en prisiones, o el despido del maestro inglés motivado por la difusión de sus ideas religiosas (cfr. *supra*, notas 93-95 y su texto correspondiente).

en los países de tradición jurídica anglosajona, en los que posee un secular arraigo la *injunction*, o mandato judicial que prohíbe u ordena una determinada conducta. En tal sentido, y para precisar esa expresión, el Tribunal ha subrayado —en el caso *The Sunday Times*— que la clave para desvelar su significado la proporciona el principio de seguridad jurídica, señalando al mismo tiempo dos coordenadas que la definen. Por una parte, «la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano debe disponer de patrones suficientes de conducta que se adecúen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso». Por otra, «una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con bastante precisión como para permitir al ciudadano acomodar su comportamiento; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado»¹⁷².

En segundo lugar, debe tratarse de *medidas necesarias en una sociedad democrática*. Comprender esa alusión requiere no olvidar que el Consejo de Europa nació precisamente para aglutinar a los Estados cuya estructura política respondía a los esquemas típicos de las democracias occidentales, estructura que se consideraba presupuesto imprescindible para la defensa de los derechos de la persona.

Qué haya de entenderse por *sociedad democrática* lo describía el Tribunal, al hablar de «pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura», elementos que, por un lado, determinan que «toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia ha de ser proporcionada al fin legítimo que se persigue»¹⁷³, y por otro, deben traducirse de modo práctico 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, y que asegure el respeto de la persona humana¹⁷⁴. En otras palabras, garantía de un pluralismo social basado en la dignidad de la persona, mediante la aceptación de los principios de legalidad y de separación de poderes: más que a un concepto rigurosamente técnico de democracia, por tanto, se apunta hacia la noción constitucional de Estado de derecho.

A su vez, el término *necesarias* utilizado por el Convenio —puntualiza la jurisprudencia— no es sinónimo de «indispensables», o «absolutamente necesarias», pero tampoco tiene la flexibilidad de expresiones como «admisible», «normal», «útil», «razonable» u «oportuno»; designa, en definitiva, la existencia de una *necesidad social imperiosa*¹⁷⁵. Y los pará-

¹⁷² Sentencia de 26 de abril de 1979, núm. 49; cfr. también los núms. 47-48. El caso se refería a la libertad de expresión, regulada en el artículo 10.

¹⁷³ Sentencia *Handyside* (7 de diciembre de 1976), núm. 49 (también versaba sobre la libertad de expresión).

¹⁷⁴ Cfr. sentencia *Klass y otros* (6 de septiembre de 1978), núm. 49.

¹⁷⁵ Cfr. sentencia *Handyside* (7 de diciembre de 1976), núm. 48. En el mismo sentido,

metros que permiten detectar esa necesidad, por otro lado, «no pueden ser aplicados en términos absolutos, sino que reclaman la evaluación de diversos factores. Entre ellos se incluyen la naturaleza del derecho implicado, el grado de interferencia —por ejemplo, si es apropiado al legítimo fin que se intenta—, la naturaleza del interés público y el nivel de protección que requiere en las circunstancias de ese caso»¹⁷⁶.

Algún sector doctrinal ha sugerido que la correcta apreciación de la necesidad de una medida restrictiva reclamaría la comparación del sistema jurídico enjuiciado con el de otros países signatarios del Convenio: si otros ordenamientos —se argumenta— funcionan sin esa restricción, difícilmente podrá justificarse la medida como «necesaria en una sociedad democrática»¹⁷⁷. Sin menospreciar la conveniencia del análisis comparativo, pienso, sin embargo, que no puede erigirse en regla última de interpretación. A este respecto, los singulares rasgos de un sistema jurídico como el del Convenio europeo hacen inevitable la búsqueda de un ajuste entre las peculiaridades propias de cada Derecho nacional y el carácter supranacional de los derechos humanos protegidos: como ha indicado el Tribunal, debe conseguirse un equilibrio, no siempre fácil, entre el ejercicio individual de los derechos garantizados y la necesidad de las disposiciones restrictivas impuestas por el Estado para la defensa del interés público¹⁷⁸.

Los esfuerzos de la jurisprudencia para lograr ese 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 en el enjuiciamiento de cada caso sometido a su jurisdicción. Esa doctrina, aunque presente en anteriores sentencias¹⁷⁹, fue enunciada explícitamente por primera vez con ocasión del caso *Handyside*. Planteado el asunto con relación al artículo 10 —libertad de expresión—, el Tribunal debía decidir si el Gobierno inglés había actuado legítimamente al impedir que circulara una publicación por razones de moral pública. Refiriéndose a este último concepto, hacía notar la sentencia que, «gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre

reafirman esa opinión las sentencias *The Sunday Times* (26 de abril de 1979), núm. 59, y *Dudgeon* (22 de octubre de 1981), núm. 51. En este último caso se enjuiciaba una demanda fundamentada en el artículo 8.

¹⁷⁶ Dec. Adm. 7.805/77 (D. & R. 16, pág. 73).

¹⁷⁷ Cfr. F. G. JACOBS, *op. cit.*, pág. 197.

¹⁷⁸ Cfr. sentencia *Klass y otros* (6 de septiembre de 1978), núm. 59.

¹⁷⁹ Cfr. especialmente las sentencias del *caso lingüístico belga* (23 de julio de 1968), fundamento de derecho I, B, núm. 10, y del caso *Engel y otros* (8 de junio de 1976), núm. 100. Advierte el juez W. GANSHOF VAN DER MEERSCH que la iniciativa de la doctrina sobre el margen de apreciación partió de la Comisión (cfr. *op. cit.*, pág. 119); en este sentido, es particularmente relevante el *report* de la Comisión sobre el *caso lingüístico belga*, número 400.

la necesidad de una restricción o sanción (...). En consecuencia, el artículo 10, 2.º, reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación», tanto por lo que concierne al legislador como a los órganos —especialmente los judiciales— llamados a interpretar las leyes en vigor. Pero ese poder de apreciación —proseguía— no es ilimitado: «el Tribunal tiene competencia para decidir, por una sentencia definitiva, si una restricción o sanción se compagina con la libertad de expresión, tal como la protege el artículo 10. El margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea, que afecta tanto a la finalidad de la medida litigiosa como a su necesidad»¹⁸⁰.

Sentencias posteriores han matizado el alcance del margen de apreciación, indicando que varía en función de dos factores. Por una parte, según los diversos conceptos-límite que constituyan el fin perseguido por la medida restrictiva: unos admiten mayor objetivación que otros, y a mayor objetividad corresponde una menor discrecionalidad del Estado¹⁸¹. Y, por otra parte, 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 consiguiente 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 persona¹⁸².

Las consideraciones realizadas hasta el momento revelan sin duda una cierta construcción jurisprudencial de carácter general que, si bien elaborada con referencia a otros derechos, resulta plenamente aplicable a las limitaciones que el artículo 9, 2.º, contempla para libertad de pensamiento, conciencia y religión: el párrafo 2.º de los artículos 8 a 11 alude igualmente a que las medidas restrictivas han de ser previstas por la ley, y necesarias en una sociedad democrática. Sin embargo, las decisiones jurisprudenciales apenas aportan datos de entidad que muestren con exactitud su comprensión de cada uno de los cinco conceptos enumerados en el artículo 9, 2.º.

En efecto, la Comisión no ha definido los rasgos que caracterizan tales conceptos. Tampoco lo ha hecho el Tribunal, aunque sí se ha ocupado, en ocasiones, de señalar algunos matices que contribuyen parcialmente a fijar su alcance, especialmente en dos supuestos.

Por lo que concierne a la *moral pública*, la ya citada sentencia *Handyside* subrayaba principalmente su índole cambiante y particularista, que impedía hablar en rigor de una noción europea uniforme de la moral y,

¹⁸⁰ Cfr. los núms. 48-49 de esa sentencia. La publicación incautada era un libro, para uso de los escolares, titulado *The little red schoolbook*, y el motivo de su prohibición eran unos fragmentos dedicados a materias sexuales. La sentencia daría la razón al Gobierno británico.

¹⁸¹ Cfr. sentencia *The Sunday Times* (26 de abril de 1979), núm. 59.

¹⁸² Cfr. sentencia *Dudgeon* (22 de octubre de 1981), núm. 52.

en consecuencia, impulsaba a conceder en este ámbito un más extenso margen de apreciación discrecional al Estado¹⁸³. A mi modo de ver, no obstante, esa sentencia exageraba el carácter ya de suyo notablemente diverso de la moral pública europea en su concreción territorial, al omitir un factor imprescindible para la comprensión de la cultura occidental: su vinculación histórica a los postulados éticos del cristianismo que, con mayor o menor profundidad, han dejado una huella de momento indeleble en buena parte de las instituciones jurídicas y de las pautas sociales de valoración de conductas.

La sentencia del caso *Engel y otros*, por su parte, al referirse al artículo 10, 2.º, hacía alguna anotación de interés acerca del *orden público*, cuando expresaba que «el término “orden”, tal como figura en esta disposición, no designa solamente el “orden público” en el sentido de los artículos 6, 1.º, y 9, 2.º, del Convenio, y del artículo 2, 3.º, del Protocolo IV; se refiere también al orden que debe reinar en el interior de un grupo social particular; así es especialmente cuando, como en el caso de las Fuerzas Armadas, el desorden en este grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera»¹⁸⁴. Con esas palabras, la Corte europea declara inequívocamente que existen ciertos ámbitos cualificados donde ese «orden», a pesar de no ser «público» en sentido estricto, tiene idéntica operatividad coercitiva del ejercicio de las libertades. Junto a ello, parece sugerir que ese significado peculiar no resulta aplicable al «orden público» mencionado por el artículo 9, 2.º. Y, sin embargo, la Comisión lo ha aplicado para justificar restricciones a las libertades del artículo 9, 1.º, en el ámbito militar¹⁸⁵, y también en el marco de los establecimientos penitenciarios¹⁸⁶. Por lo demás, tampoco ofrece dificultad la utilización analógica de esa vía en relación con la salud y seguridad públicas, como ha hecho asimismo la Comisión en varias ocasiones, relacionadas tanto con el ejército como con las cárceles¹⁸⁷.

Por otra parte, si la Comisión —como antes observaba— no ha definido los conceptos-límite contenidos en el artículo 9, 2.º, sí ha indicado qué nociones concretas legitimaban las restricciones a la libertad personal producidas en los casos sometidos a su decisión.

Así, la *salud pública* fue invocada para justificar que un ganadero ho-

¹⁸³ Cfr. el núm. 48 de la sentencia.

¹⁸⁴ Parágrafo núm. 98 de la sentencia.

¹⁸⁵ Cfr., por ejemplo, Dec. Adm. 6.084/73 (D. & R. 3, págs. 72-76), en la que era legitimada por ese concepto la sanción de actividades de propaganda supuestamente pacifista realizada por un miembro del I.R.A. contra los soldados británicos apostados en Irlanda del Norte.

¹⁸⁶ Cfr., por ejemplo, Dec. Adm. 1.753/63 (YB 8, págs. 174-191), 3.914/69 (*Coll.* 34, páginas 20-26), 4.517/70 (YB 14, págs. 548-573), citadas anteriormente: vid. *supra*, notas 109 y 110, y su texto correspondiente.

¹⁸⁷ Cfr., por ejemplo, Dec. Adm. 6.084/73 (D. & R. 3, págs. 62-76) y 8.231/78 (D. & R. 28, págs. 5-76), también anteriormente citadas: vid. *supra*, notas 185 y 131-134, y su texto correspondiente.

landés estuviera legalmente obligado a inscribirse en un servicio nacional para prevenir la tuberculosis bovina¹⁸⁸, o que un motorista de religión sikh no pudiera reclamar la exención de la norma que le imponía llevar casco de protección¹⁸⁹; y también para admitir los deberes impuestos a otro sikh —recluido en prisión— respecto a la limpieza de su celda¹⁹⁰, y la prohibición municipal de alimentar palomas en la vía pública¹⁹¹.

La *seguridad pública* hizo que se aceptaran las sanciones penales impuestas a un miembro del I.R.A. que repartía propaganda pretendidamente pacifista entre los soldados ingleses situados en Irlanda del Norte¹⁹², y a personas que desarrollaban actividades dirigidas a fundar asociaciones neo-nazis¹⁹³ o neo-fascistas¹⁹⁴. Además, se acudió a ella para autorizar la retirada de una *prayer-chain* a un recluso que se declaraba budista¹⁹⁵.

Mientras que la *moral pública* nunca ha sido nombrada como fundamento de restricciones a las libertades del artículo 9, el *orden público* fue considerado suficiente causa por la Comisión para permitir que las autoridades carcelarias limitaran los ejercicios contemplativos de yoga de un prisionero y le impidieran dejar crecer su barba¹⁹⁶.

Finalmente, la protección de los *derechos y libertades de los demás* ha sido aludida para legitimar la privación de un libro con una sección de artes marciales a un preso supuestamente budista¹⁹⁷, el despido de un profesor que difundía sus ideas religiosas en una escuela pública no confesional¹⁹⁸, la obligatoriedad de un seguro de automóviles por daños a terceros¹⁹⁹, y la imposición de un multa a un holandés que —por considerar—

¹⁸⁸ Cfr. Dec. Adm. 1.068/61 (YB 5, pág. 284): vid. *supra*, nota 142 y su texto correspondiente.

¹⁸⁹ Cfr. Dec. Adm. 7.992/77 (D. & R. 14, pág. 235): vid. *supra*, nota 151 y su texto correspondiente.

¹⁹⁰ Cfr. Dec. Adm. 8.231/78 (D. & R. 28, pág. 38): vid. *supra*, notas 131-134 y su texto correspondiente.

¹⁹¹ Cfr. Dec. Adm. 9.101/80 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, pág. 376). En este caso se impedía esa actividad a una mujer, contra sus convicciones de conciencia, como consecuencia de una serie de medidas municipales para reducir el número de palomas en la ciudad, que ocasionaban abundantes molestias. La Comisión declaró legítima esa prohibición, aunque sin aludir explícitamente a la salud pública.

¹⁹² Cfr. Dec. Adm. 6.084/73 (YB 6, pág. 65). También se aludía al orden público.

¹⁹³ Cfr. Dec. Adm. 1.747/62 (YB 6, págs. 442-444).

¹⁹⁴ Cfr. Dec. Adm. 6.741/74 (D. & R. 5, pág. 85). En esta decisión, como en las citadas en las dos notas inmediatamente anteriores, se aducía también la protección de los derechos y libertades de los demás. Tanto en la Dec. Adm. 1.747/62 como en la 6.741/74, es además patente la influencia ejercida por el artículo 17 del Convenio, cuyo contenido es habitualmente sintetizado en la frase «no hay libertad para los enemigos de la libertad».

¹⁹⁵ Cfr. Dec. Adm. 1.753/63 (YB 8, pág. 184): vid. *supra*, nota 110 y su texto correspondiente.

¹⁹⁶ Cfr. *ibid.*: vid. nota 130 y su texto correspondiente.

¹⁹⁷ Cfr. Dec. Adm. 6.886/75 (D. & R. 5, pág. 101): vid. *supra*, notas 117-118 y su texto correspondiente.

¹⁹⁸ Cfr. Dec. Adm. 8.010/77 (D. & R. 16, pág. 103): vid. *supra*, notas 93-95 y su texto correspondiente.

¹⁹⁹ Cfr. Dec. Adm. 2.988/66 (YB 10, págs. 476-478): vid. *supra*, notas 140-141 y su texto correspondiente.

lo un deber de conciencia— refugió a una menor fugada de su domicilio paterno²⁰⁰.

Ciertamente, este recorrido por el *case-law* de Estrasburgo arroja alguna luz respecto a la comprensión jurisprudencial de los mencionados conceptos-límite. Pero esa parcial claridad se difumina en alguna medida al observar que la Comisión, en varios casos, se ha contentado con acudir cumulativamente a más de uno de tales conceptos, sin señalar cuál de ellos resultaba prevalente para justificar las restricciones constatadas, o bien sin aportar un satisfactorio razonamiento jurídico a su decisión, con frecuencia sumamente escueta en lo relativo a la conexión entre las limitaciones producidas de hecho y sus fundamentos de derecho.

Relacionando esos datos con la todavía vacilante doctrina del margen nacional de apreciación, no puede dejar de descubrirse un contenido el artículo 9, 2.º, de contornos poco definidos, envueltos en la bruma de una escasa elaboración jurisprudencial. A ello, sin duda, ha contribuido el hecho de que ninguna demanda sobre este tema haya llegado al Tribunal, al serles cerrado el paso por una Comisión reticente a admitir la mera posibilidad de que una interferencia estatal en este ámbito de la libertad personal no constituyera una «medida necesaria en una sociedad democrática».

7. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Con relativa frecuencia, los casos en que se formula alguna reclamación basada en el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia o de religión, implican una serie de conexiones con el principio de igualdad jurídica. Dicho principio es establecido en el artículo 14 del Convenio: «El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otra clase, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición personal»²⁰¹.

Se prohíbe, por tanto, la discriminación por causa de las creencias personales, como lo muestra la inclusión del término «religión», y el patente

²⁰⁰ Cfr. Dec. Adm. 6.753/74 (D. & R. 2, pág. 120). En ese caso, una joven de 14 años se había fugado con su novio, y era buscada por la policía. Fue ayudada a ocultarse por un tercero, a quien se impuso una multa posteriormente. Esta persona alegaba violación del artículo 9, argumentando que era contrario a sus convicciones morales negar ayuda a una menor en apuros. La Comisión justificó la interferencia en el ejercicio de su libertad, como una medida para la protección de los derechos de los demás: concretamente, de la menor y de su familia.

²⁰¹ La palabra final de este artículo figura en el texto inglés como *status*, y en el francés como *situation*. Me ha parecido que la expresión inglesa refleja con más exactitud el espíritu del artículo 14 y que su traducción más correcta en castellano sería «condición personal».

carácter ejemplificativo de la enumeración de motivos contenida en este artículo. Interesa, por ello, exponer la doctrina que se deriva de las decisiones de la Comisión en materia de igualdad religiosa, para adquirir una visión completa de la libertad de religión en la jurisprudencia europea, aunque esa doctrina ha podido ya colegirse —al menos parcialmente— de la resolución de los casos indicados hasta el momento. Antes, sin embargo, convendrá realizar algunas consideraciones generales sobre el principio de igualdad, al hilo de la desarrollada elaboración que ha experimentado por parte de la jurisprudencia del Tribunal.

En ese sentido, una de las claves para comprender el juego del principio de igualdad es el *carácter complementario* que inequívocamente le ha atribuido la Corte europea: ya en 1968, en la sentencia sobre el *caso lingüístico belga*, se decía significativamente que «es como si formara parte integrante de cada uno de los artículos que declaran derechos o libertades»²⁰². El artículo 14 tiene, por así decir, una vida intrauterina: sin dejar de ser distinto, y manteniendo una eficacia jurídica propia e inconfundible en el conjunto del sistema europeo de protección, se encuentra en necesaria dependencia de otros artículos del Convenio. Por ello, no admite la posibilidad de una violación independiente, pero puede dar lugar a violaciones indirectas de derechos consignados en los demás artículos: en otras palabras, aunque algún artículo del Convenio no pudiera juzgarse infringido considerado aisladamente, al contemplar los derechos en él regulados en conexión con el artículo 14, podría apreciarse una infracción de este último. Esta puntualización reviste particular importancia con relación a las restricciones que el Estado puede imponer a los derechos de la persona: una medida restrictiva que de suyo cabría estimar como legítima quedaría descalificada si se ha aplicado, en ese caso concreto, de forma discriminatoria²⁰³.

²⁰² Sentencia de 23 de julio de 1968, fundamento de derecho I, B, núm. 9.

²⁰³ Cfr., además de la sentencia indicada en la nota precedente, las relativas a los siguientes casos: *Sindicato nacional de la policía belga* (27 de octubre de 1975), núm. 44; *Handyside* (7 de diciembre de 1976), núms. 65-66; *Irlanda v. Reino Unido* (18 de enero de 1978), núm. 226; *Marckx* (13 de junio de 1979), núm. 32; *Airey* (9 de octubre de 1979), números 27-30; *Dudgeon* (22 de octubre de 1981), núm. 67.

Esa orientación del Tribunal había sido anticipada por el informe de la Comisión sobre el caso *Grandrath* —12 de diciembre de 1966—, en el que, por ocho votos contra cinco, se adoptó la siguiente opinión respecto a la interpretación del artículo 14: «The application of Article 14 does not only depend upon a previous finding of the Commission that a violation of another Article of the Convention already exists. In certain cases, Article 14 may be violated in a field dealt with another Article of the Convention, although there is otherwise no violation of that Article. In the present case, it is necessary to refer to the limitative provisions contained in various Articles of the Convention. For example, in each of Articles 8 to 11, a certain right is guaranteed by paragraph (1), but the Contracting Parties are, under paragraph (2), allowed, subject to specific conditions, to restrict that right. When using this power to restrict a right guaranteed by the Convention, the Contracting Parties are bound by the provision of Article 14. Consequently, if a restriction which is in itself permissible under paragraph (2) of one of the above Articles, is imposed in a discri-

En definitiva, esa singular configuración de la igualdad proviene de que no se trata estrictamente de un derecho, sino de un *principio* del ordenamiento, que confiere una peculiar modalización al ejercicio de los derechos y que, al mismo tiempo, comporta una serie de exigencias respecto a su protección por parte de los poderes públicos. De manera que, por su propia naturaleza, hace siempre referencia a derechos con un contenido específico: *no existe un derecho a la igualdad*, sin más calificativos, sino el deber del Estado de reconocer y garantizar a cada individuo el ejercicio de sus derechos *en igualdad* con los demás ciudadanos: deber que halla su fundamento más profundo en la igual dignidad esencial de toda persona humana.

Dos consecuencias aparecen inescindiblemente ligadas a la función complementaria de ese principio. En primer lugar, su *carácter subsidiario*: si se prueba que un derecho ha sido directamente conculcado, normalmente resulta superfluo indagar si, además, se ha producido una discriminación. Como se afirmaba en el caso *Dudgeon*, «cuando se invoca un artículo sustantivo del Convenio, tanto en sí mismo como juntamente con el artículo 14, y se ha encontrado una violación independiente de dicho artículo sustantivo, no es necesario habitualmente para el Tribunal examinar también el supuesto a la luz del artículo 14»²⁰⁴.

En segundo lugar, el *alcance limitado* que ha de atribuirse al principio de igualdad dentro del sistema europeo. El propio texto del artículo 14 ya lo sugiere, al precisar que la igualdad que se protege es la retiva al «disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio». No se trata, por tanto, de la igualdad ante ley, entendida ésta en sentido amplio, como igualdad frente al Derecho interno de los distintos países; únicamente se garantiza la ausencia de discriminación respecto a las posibilidades operativas que confieren las libertades fundamentales recogidas en el texto del Convenio europeo y de sus protocolos. Ese importante matiz ha determinado que la Comisión, desde sus comienzos, haya rechazado numerosas demandas en las que, aun pudiendo detectarse un trato discriminatorio, éste no se producía en rigor con referencia a un derecho amparado por los artículos del Convenio de Roma, sino con relación a otras facultades jurídicas otorgadas a nivel general por el respectivo ordenamiento nacional y denegadas al demandante en ese caso concreto²⁰⁵.

Junto a su carácter complementario, la otra clave para fijar correctamente el significado del principio de igualdad es su equivalencia con el

minatory manner, there would be a violation of Article 14 in conjunction with the other Article concerned» (YB 10, pág. 678).

²⁰⁴ Sentencia de 22 de octubre de 1981, núm. 67. Dos años antes, el propio Tribunal había realizado una afirmación de contenido idéntico, en el caso *Airey* (9 de octubre de 1979), números 29-30.

²⁰⁵ Cfr. Dec. Adm. 4/55 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 4, pág. 47). Para una cita completa de esas decisiones, puede acudir a *ibíd.*, págs. 45-55.

concepto de *no discriminación*. A ello se refería la sentencia del Tribunal en el *caso lingüístico belga*, cuando hacía notar el contraste entre las expresiones utilizadas por los dos textos auténticos del Convenio —*sans distinction aucune, without discrimination*—, inclinándose inequívocamente por la segunda, más ajustada al sentido que lógicamente debía atribuirse al artículo 14, y rechazando explícitamente que la igualdad pudiera entenderse en términos de absoluta uniformidad: «se llegaría a resultados absurdos —puntualizaba la Corte— si se diese al artículo 14 una interpretación tan amplia como la que su versión francesa parece implicar»²⁰⁶.

Esa misma sentencia, en orden a apreciar la efectiva existencia de discriminación, establecía un triple *test*, posteriormente reiterado en abundantes ocasiones por la jurisprudencia²⁰⁷. Para que una medida no sea considerada discriminatoria, ha de constatarse que un tratamiento de hecho diferente posee una *justificación objetiva y razonable*. Y ésta, a su vez, se determina en relación tanto con la finalidad como con los efectos de la medida examinada: debe tratarse de un *fin legítimo*, y debe haber una razonable *relación de proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad que se persigue.

No es difícil observar que la naturaleza de esos tres elementos no permite establecer un conjunto pormenorizado de reglas para evaluar *a priori* la imprevisible variedad de supuestos conflictuales que ofrece la realidad jurídica: esa valoración habrá de quedar en manos de la prudencia del órgano ante el que se plantea la cuestión. Por ese motivo, el margen nacional de apreciación desempeñará aquí un importante papel, aunque sometido, naturalmente, al control judicial de la Corte europea²⁰⁸.

A continuación expondré los principales casos en que la Comisión se ha pronunciado sobre asuntos que afectaban al principio de igualdad, en relación con el artículo 9 del Convenio.

La demanda que motivó una respuesta más detallada de la Comisión es el caso *Gandraith*, anteriormente aludido desde otro punto de vista, que sería declarado admisible, aunque más tarde se descartaría la existencia de una quiebra del Convenio, tanto por la Comisión como por el Comité

²⁰⁶ «Las autoridades nacionales competentes —añadía la sentencia— se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho» (sentencia de 23 de julio de 1968, fundamento de derecho I, B, núm. 10).

²⁰⁷ Cfr. *ibid.* Por lo que se refiere a otras sentencias del Tribunal, vid. *supra*, nota 203. Entre las opiniones formuladas por la Comisión, vid., por ejemplo, con particular exactitud, Rep. Com. 5.178/71 (D. & R. 8, págs. 14-15) y Dec. Adm. 7.840/77 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 4, pág. 44).

El mismo punto de vista ha sido explícitamente adoptado por el Tribunal Constitucional español (cfr., entre otras, la sentencia de 10 de noviembre de 1981, suplemento al núm. 227 del B.O.E., 19 de noviembre de 1981, págs. 4 y sigs.).

²⁰⁸ Una síntesis de casos que permiten comprender cómo la jurisprudencia europea ha aplicado esos criterios puede encontrarse en *Digest*, vol. 4, págs. 90-146. Para conocer, por otro lado, la jurisprudencia sobre la admisibilidad de los motivos alegados como fundamento de pretendidas discriminaciones, vid. *ibid.*, págs. 147-192.

de Ministros ²⁰⁹. Como se recordará, Grandrath había sido calificado como objetor de conciencia y dispensado del servicio militar, pero obligado a cumplir el servicio civil sustitutorio. Para reclamar también la exención de este último, alegaba su condición de ministro de la secta de los testigos de Jehová. A este respecto, el artículo 11 de la Ley alemana sobre el servicio militar obligatorio (*Wehrpflichtgesetz*), según la reforma experimentada en 1962, exoneraba de todo servicio a los ministros de la confesión evangélica y a los de la Iglesia Católica que hubieran sido ordenados subdiáconos, así como a los ministros de otras confesiones cuya ocupación principal fuera su oficio religioso y cuya función dentro de su iglesia fuera equivalente a la de los ministros antes citados. En orden al análisis comparativo de su *status* confesional con el de los ministros evangélicos y católicos, Grandrath afirmaba que el único criterio aceptable era precisar si el trabajo ministerial era estimado por la persona como su vocación y su tarea principal, con independencia del número de horas de dedicación que comportase: y hacía notar que ese requisito se cumplía en su caso. Las autoridades alemanas, sin embargo, considerando que el demandante no satisfacía las condiciones legalmente exigidas, no concedieron la dispensa solicitada.

La Comisión, tras declarar el carácter complementario del artículo 14 del Convenio ²¹⁰, y contemplándolo en conexión con los artículos 4 y 9, se mostró conforme con las argumentaciones del Gobierno demandado, dictaminando que el trato diferencial tenía aquí una justificación razonable. Por un lado, 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 evitando un excesivo número de exenciones; de acuerdo con esa finalidad, sólo eran eximidas las personas cuyo oficio sagrado requería una dedicación continua, que se medía por parámetros objetivos. Por otro lado, admitía que la regla había sido correctamente aplicada a Grandrath: su ocupación principal, en el sentido de la norma, no era su ministerio —trabajaba como pintor a tiempo completo—, y su función dentro de su secta —director de estudios bíblicos: *Bible study conductor*— tampoco resultaba equiparable a la de los ministros expresamente dispensados por la ley ²¹¹

Dentro del razonamiento seguido por la Comisión, a mi juicio, el punto más acertado tal vez sea haber manifestado implícitamente, al interpre-

²⁰⁹ Rep. Com. 2.299/64 (YB 10, págs. 626-695) y Resolución (67) DH 1 del Comité de Ministros (YB 10, págs. 694-699). Vid. *supra*, notas 146-147 y su texto correspondiente.

²¹⁰ Cfr. *supra*, nota 203.

²¹¹ Los testigos de Jehová adquieren el rango de ministro por el hecho de su bautismo. Por ello, el Gobierno alemán aducía también que concederles la exención tendría por efecto dispensar del servicio a la mayor parte de esa secta, originando un trato desigual respecto a otras confesiones.

tar el principio de igualdad, la necesidad de enjuiciar el hecho religioso desde una perspectiva estrictamente jurídica —según su incidencia social—, sin entrar en valoraciones realizadas desde una óptica propiamente religiosa: en este caso, tanto el fin de la legislación alemana, como la dedicación del ministro y el oficio desempeñado en su confesión, son examinados de manera objetiva, soslayando intencionadamente las opiniones subjetivas que sobre su ministerio tenía el demandante.

Dos recursos sobre el sistema holandés de pensiones para la vejez también afectan al principio de igualdad, aunque de manera diferente en cada uno de ellos ²¹². En el primer caso ²¹³ se había concedido la exención del pago de las pensiones por motivos de conciencia, reemplazando esa obligación por la entrega de una suma equivalente en concepto de impuesto. La Comisión, con acierto, justificó la carga fiscal alternativa acudiendo —aunque sin muchos matices— a la igualdad: la obligación sustitutoria era legítima, porque pretendía equiparar las cantidades que los ciudadanos debían aportar al erario público y, correlativamente, evitar el riesgo de una extensiva y poco fiable objeción de conciencia con el fin de eludir el pago de las pensiones; de lo contrario, los objetores de conciencia hubieran recibido un trato más favorable, con la consiguiente discriminación para los no objetores, y el previsible peligro de evasión. En el otro supuesto ²¹⁴, el demandante no había sido dispensado del pago de las pensiones porque sus escrúpulos de conciencia sólo se dirigían contra algunas formas de aseguración, y no contra todas, como exigía la legislación vigente en la materia. Ciertamente, la distinción establecida por la norma no es fácilmente conciliable con el principio de igualdad: aunque se persiguiera evitar la evasión fraudulenta en la recaudación, no parece respetarse la relación de proporcionalidad entre el fin intentado y los medios elegidos, ya que hubiera podido adoptarse otro método diverso para lograrlo, sin discriminar unas creencias de otras. Y la Comisión, de manera poco convincente, se limitó a declarar, sin razonamiento alguno, que no existía trato discriminatorio contrario al artículo 14.

Tampoco parece satisfactorio el modo en que la Comisión resolvió la demanda introducida por la *Church of Scientology* con motivo de las medidas tomadas contra ella por el Gobierno británico, destinadas especialmente a impedir la entrada en las Islas y a terminar el permiso de residencia de los extranjeros miembros de esa confesión ²¹⁵. El fundamento principal de la decisión consistía en señalar que el Convenio europeo no ampara el derecho a entrar o permanecer en un país distinto del propio: en consecuencia, no podía estimarse que se produjeran interferencias en

²¹² Vid. *supra*, notas 135-139 y su texto correspondiente.

²¹³ Dec. Adm. 1.497/62 (YB 5, págs. 286-301).

²¹⁴ Dec. Adm. 2.065/63 (YB 8, págs. 266-273).

²¹⁵ Dec. Adm. 3.798/68 (YB 12, págs. 306-325): vid. *supra*, notas 121-125 y su texto correspondiente.

el derecho de libertad religiosa ni, por tanto, trato discriminatorio en el sentido del artículo 14, únicamente referido a los derechos incluidos en el Convenio. Si bien es cierta la apreciación básica formulada por la Comisión, diversa calificación merecen las consecuencias que de ella se pretenden derivar: aunque el sistema europeo no garantiza el derecho a obtener permisos de entrada o residencia en otro país, en este caso la denegación de tales permisos no era sino un medio —por lo demás, explícitamente reconocido por el Gobierno— para obstaculizar la difusión de un concreto grupo confesional. Y si se imponían, de hecho, restricciones a la libertad religiosa, la Comisión habría debido comprobar no sólo que estaban justificadas por el artículo 9, 2.º, sino también que existía una causa razonable y objetiva para aplicarlas en exclusiva a la *Church of Scientology*, de modo que no pudiera apreciarse un trato discriminatorio contra lo dispuesto en el artículo 14.

Otro recurso contra el Reino Unido dio origen a una decisión un tanto precipitada por lo que concierne al principio de igualdad²¹⁶. Un ciudadano británico —nacido en la India—, de religión mahometana, había sido contratado como profesor con dedicación exclusiva, en 1968, por la I.L.E.A. (*Inner London Education Authority*), que le fue destinando a diversos centros escolares en los años sucesivos. Su religión le imponía el deber de acudir a una mezquita cada viernes, para tomar parte en la oración colectiva, salvo que una excesiva distancia lo impidiera, o que pudiese rezar con tres musulmanes más en otro lugar²¹⁷. Durante años no hubo problemas, mientras estuvo enseñando en colegios lejanos de un templo islámico; pero en febrero de 1974 fue trasladado a una escuela cuya ubicación le permitía desplazarse a la mezquita el día preceptuado. Con ese motivo, comenzó a ausentarse del centro los viernes a mediodía —ése era el momento del culto—, con el resultado de que se incorporaba con cuarenta y cinco minutos de retraso a las tareas académicas de la tarde. Ante la resistencia de la I.L.E.A. para admitir sus peticiones de dispensa en este sentido, se vio obligado a aceptar un contrato a tiempo parcial —cuatro días y medio por semana—, con la consiguiente disminución de emolumentos y dificultades para su promoción profesional. Por esa causa, alegaba que era discriminado por la práctica de su fe.

La Comisión, respecto a lo que ahora interesa, descartó que hubiera apariencia de violación del artículo 14: no constaba que el demandante fuera tratado de manera menos favorable que los profesores pertenecientes a otras confesiones situados en circunstancias comparables. Pero no

²¹⁶ Dec. Adm. 8.160/78 (D. & R. 22, págs. 27-50): vid. *supra*, notas 104-105 y el texto correspondiente.

²¹⁷ Como prueba de la seriedad de esa obligación, la Comisión relata que un dirigente religioso musulmán —consultado al respecto— había manifestado que, en un país islámico como la Arabia Saudita, dejar de acudir tres veces seguidas a la mezquita, sin una excusa considerada válida, implicaba el riesgo de ser decapitado.

parece advertir que difícilmente podía plantearse un conflicto semejante con relación a miembros de otros grupos religiosos, ya que el horario docente en Gran Bretaña —en esa clase de centros educativos— abarcaba sólo cinco días por semana, de lunes a viernes, por lo que esa comparación con otras confesiones debía haber sido convenientemente matizada.

El carácter complementario del artículo 14 y, correlativamente, su alcance limitado —comprensivo únicamente de los derechos enunciados de modo explícito en el Convenio—, fue la razón de que la Comisión declarase inadmisibles otras dos demandas en las que resultaba patente la existencia de un trato diferencial²¹⁸.

Una de ellas había sido introducida por cinco objetores de conciencia daneses que cumplían el servicio civil sustitutorio²¹⁹. Una reforma de 1976 en la legislación de Dinamarca fijaba para quienes realizaban el servicio civil un sueldo inferior al concedido a quienes prestaban el servicio militar obligatorio: por ese motivo, los demandantes se consideraban víctimas de una discriminación por sus convicciones personales. Concisamente, la Comisión respondió que el Convenio no garantizaba el derecho a obtener un salario, ni a los soldados, ni a los objetores: con menor fundamento aún podía reclamarse la percepción de una suma equivalente.

La segunda demanda fue presentada por Huber Demeester, abogado en ejercicio y sacerdote de la Iglesia Católica²²⁰. En 1978, solicitó ocupar una plaza vacante de juez suplente en el Tribunal de Primera Instancia de Gante. El Ministro de Justicia contestó que no podía proponerle para ese cargo, ya que, a pesar de reunir todas las condiciones requeridas por el Código judicial belga, el artículo 293 de este último disponía que «las funciones judiciales son incompatibles ... (*inter alia*) ... con el estado eclesiástico». La Comisión rechazó la existencia de una posible discriminación contraria al artículo 14: según su propia jurisprudencia anterior, el Convenio no protege el derecho a conservar un oficio público, luego, *a fortiori*, tampoco el derecho a ser candidato a un puesto en la función pública.

Especialmente estos dos últimos casos ponen de relieve la reducida operatividad del artículo 14 literalmente interpretado. En ambos se produce un trato jurídico notoriamente desigual respecto a ciertas personas, pero la Comisión no llega a examinar si posee una justificación objetiva y razonable: simplemente, se declara incompetente *ratione materiae*, por no estar el objeto de la reclamación expresamente recogido entre las ma-

²¹⁸ Incluso, en algún caso, en que se alegaba discriminación por la confesión a que se pertenecía, la Comisión estimó que, aun estando en cuestión el derecho de libertad religiosa, no procedía el examen de la demanda bajo el artículo 14, porque la reclamación relativa al artículo 9 había sido rechazada por no haberse agotado los recursos internos disponibles (cfr. Dec. Adm. 7.526/76; no publicada: cfr. *Digest*, vol. 4, pág. 54).

²¹⁹ Dec. Adm. 7.565/76 (D. & R. 9, págs. 117-120).

²²⁰ Dec. Adm. 8.493/79 (D. & R. 25, págs. 210-217).

terias tuteladas por el Convenio. Ese planteamiento rígidamente formalista, por tanto, permite abrir la puerta a supuestos de efectiva discriminación en los ordenamientos internos por causa de las creencias o de la religión de las personas.

A mi juicio, se trata de una situación inaceptable para el espíritu que informa el Convenio europeo, concretamente desde la perspectiva del principio de igualdad. Y la escasa sensibilidad de la Comisión en este punto no es fácil de explicar, sobre todo teniendo en cuenta que la religión no es equiparable a los demás motivos de discriminación enumerados en el artículo 14.

En efecto, la religión hace referencia a un ámbito de libertad explícitamente protegido por el Convenio en su artículo 9, mientras que los restantes factores —a excepción de las opiniones políticas²²¹— afectan a meras circunstancias de hecho: sexo, raza, color, etc. Por ello, para ampliar el radio de acción del artículo 14 en esta materia, pienso que una vía jurídicamente válida sería considerar que se restringe indebidamente la libertad religiosa cuando la religión actúa de hecho como factor de discriminación respecto al disfrute de derechos que, aun no siendo mencionados como tales por el texto del Convenio, sí están contemplados en el correspondiente ordenamiento nacional. Dicha restricción surgiría por la injusta presión que realmente se produce sobre el ejercicio del derecho a la libertad religiosa cuando la persona es sometida a un trato desigual no justificado: la práctica coherente de sus convicciones le impediría ejercer una facultad o aprovecharse de un beneficio ofrecidos a nivel general por el Estado, por lo cual se ve abocada al dilema de inclinarse por una u otra opción.

Esta argumentación, por otra parte, no carece de base jurisprudencial. La propia Comisión, con pleno acierto, ha señalado que el derecho a percibir una pensión por incapacidad laboral, o a mantener una posición como funcionario público, no están de suyo garantizados por el Convenio: y, no obstante, en ciertas circunstancias, pueden conducir a estimar una infracción del artículo 9²²². El problema estriba en que, hasta el momento, la Comisión se ha mostrado reticente a admitir, en el caso concreto, que se daban las circunstancias necesarias para estudiar el asunto bajo ese punto de vista: ha preferido elegir el cómodo camino de eludir la cuestión mediante el recurso a una visión formalista del artículo 14.

²²¹ Estas se encuentran protegidas por los artículos 10 y 11: derechos a la libertad de expresión y de asociación.

²²² Cfr. Dec. Adm. 7.374/76 (D. & R. 5, pág. 157), 8.160/78 (D. & R. 22, pág. 33) y 8.753/79 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 3, pág. 375). *Mutatis mutandis*, similar afirmación se contiene, con relación al artículo 10 —libertad de expresión, en este caso de ideas religiosas—, en Dec. Adm. 8.010/77 (D. & R 16, págs. 101-103).

8. EL DERECHO DE LOS PADRES A LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS SEGÚN LAS PROPIAS CONVICCIONES

Ya hice notar que una de las características del derecho a la libertad religiosa —y, análogamente, de la libertad de pensamiento— es la posibilidad de ser ejercido y reclamado por unas personas físicas en nombre de otras: concretamente, por los padres en representación de los hijos²²³. A este aspecto se refiere el artículo 2 del Protocolo I, que regula el derecho de los padres a exigir que sus propias convicciones, religiosas o no, determinen la orientación del proceso educativo de sus hijos. De ahí la estrecha conexión que vincula esa disposición con el artículo 9 del Convenio. En definitiva, podría decirse que deriva de este último, en cuanto que afecta a una vertiente de la manifestación de las creencias personales mediante la enseñanza: aquella que consiste en el derecho a ser instruido en la propia religión o convicciones²²⁴.

Sin embargo, la naturaleza de esa facultad operativa reconocida a los padres no se agota en la dimensión que acabo de indicar. Si es cierto que el punto principal que define su sentido es su fundamentación en la libertad religiosa y de pensamiento, no lo es menos el hecho de sus patentes lazos de unión con el derecho a la vida privada y familiar —art. 8— y, sobre todo, con el derecho a la educación, que adquiere una relevancia particularmente intensa en los primeros años de vida del individuo, cuando es más fácilmente influenciable. Esa singular complejidad motivó que los autores del Convenio europeo, con un acertado sentido de la realidad, decidieran reservarle un artículo independiente: aunque, al prolongarse las discusiones sobre el modo de su redacción, se acordó no incluirlo en el texto de 1950, y remitir su regulación a un protocolo posterior, que sería aprobado el 20 de marzo de 1952²²⁵.

El artículo 2 de ese primer protocolo establece: «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y enseñanza en conformidad con sus convicciones religiosas y filosóficas.»

Se observa que los dos períodos en que se divide el artículo corresponden a dos derechos distintos aunque interrelacionados: el derecho a la ins-

²²³ Cfr. *supra*, epígrafe 3, *in initio*.

²²⁴ Un planteamiento diverso —menos convincente, a mi juicio— vería en ese derecho de los padres, no una representación de los hijos en el ejercicio de su libertad religiosa, sino una facultad de realizar en exclusiva una labor proselitista con quienes están unidos a ellos por el vínculo de filiación. En cualquier caso, también desde esta óptica aparece con claridad su derivación del artículo 9.

²²⁵ La causa primordial de los desacuerdos era la delimitación del conjunto de deberes que el Estado habría de asumir en el campo de la enseñanza. Sobre el desarrollo de los trabajos preparatorios en relación con este artículo, vid. el citado *Recueil des Travaux Préparatoires* y F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, págs. 81-108.

trucción —*education*, en la versión inglesa—, y el aludido derecho de los padres respecto a la educación de sus hijos. Por otra parte, el estilo en que está redactado —netamente diverso del artículo 9— sugiere que el Estado adquiere una serie de obligaciones positivas en cuanto a la garantía de esos derechos, como consecuencia de ser el responsable último del sistema educativo: último, pero no absoluto, y ni siquiera originario: de ahí la necesidad de respetar la voluntad de los padres, sobre quienes recae naturalmente la responsabilidad primaria en esta materia.

La heterogénea mezcla de factores que integran el contenido del artículo 2 reclama que, desde un punto de vista sistemático, el análisis de la jurisprudencia que se expone seguidamente deba abordar con carácter previo una doble cuestión: la noción y alcance del derecho a la enseñanza en sí mismo considerado, y la titularidad del otro derecho mencionado en el artículo, es decir, qué se entiende por padres a estos efectos. Contando con esos presupuestos conceptuales, será posible determinar el marco de protección ofrecido por el Protocolo I a este aspecto de la libertad religiosa, cuyo examen, a su vez, comprende dos temas centrales: el significado de la expresión «convicciones religiosas y filosóficas», y el conjunto de compromisos asumidos por el poder público.

8.1. *El derecho a la instrucción: concepto y alcance*

Comprender la noción de este concepto requiere fijarse en la distinción que el artículo 2 establece entre dos términos: educación y enseñanza. Según ha puntualizado el Tribunal —con ocasión del caso *Campbell y Cosans*—, no se trata de vocablos empleados como sinónimos: «la educación es el procedimiento total mediante el que, en cualquier sociedad, los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores, mientras que la enseñanza o instrucción se refiere especialmente a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual»²²⁶. El segundo aspecto, por tanto, es el ámbito propio de este derecho, en tanto que, al contrario, el derecho reconocido a los padres engloba conjuntamente las dos dimensiones de la formación de los menores.

Respecto al alcance del derecho a la instrucción, la sentencia del *caso lingüístico belga* ha realizado dos precisiones de interés²²⁷. Por una parte, declara que ese derecho 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»: simplemente, confiere a la persona la facultad de «servirse, en principio, de los medios educativos existentes en un momento concreto», sin que el Convenio dé origen a deberes más particulares, ni en cuanto a la extensión de estos medios, ni en cuanto al modo

²²⁶ Sentencia de 25 de febrero de 1982, núm. 33.

²²⁷ Cfr. sentencia de 23 de julio de 1968, fundamento de derecho I, B, núms. 3-4.

de organizarlos o de sufragar su coste. En segundo lugar, y como consecuencia, el derecho a la instrucción, para su plena eficacia práctica, 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»²²⁸.

8.2. *La titularidad del derecho atribuido a los padres por el artículo 2*

Resulta obvio que son los padres, en el sentido biológico del término, los titulares originarios del derecho a la educación de sus hijos según sus convicciones: sobre ellos recae también la correlativa responsabilidad en esta materia, en virtud de la natural relación jurídica que surge del hecho físico de la generación. Lógicamente, existen unos límites temporales para el ejercicio subrogado de esta dimensión del derecho de libertad religiosa: en principio, concluye con la mayoría de edad de los interesados —variable según las distintas leyes nacionales—, aunque ese término resolutorio podría anticiparse si así lo establece el respectivo ordenamiento interno²²⁹.

Tampoco ofrece duda la necesidad de admitir que esa titularidad puede trasladarse a otras personas, físicas o jurídicas, bien porque los padres no se hallen en condiciones de asumirla —por muerte, incapacidad, etc.—, o bien porque las autoridades competentes hayan apreciado la conveniencia de hacerlo así por diversas circunstancias, especialmente por el bien de los hijos en caso de irresponsabilidad de los titulares originarios en el cumplimiento de sus funciones. Ciertamente, esto último constituiría una interferencia en la vida familiar, justificada por aplicación del párrafo 2.º del artículo 8 del Convenio: así lo ha hecho notar la Comisión, al tiempo que tiende a respetar el margen de discrecionalidad estatal en cuanto al juicio sobre la necesidad de esas medidas²³⁰.

En definitiva, la jurisprudencia europea considera que la titularidad del derecho va inderogablemente aneja al derecho-deber de tutela de los menores. Esta puntualización cobra particular importancia en el supuesto de situaciones familiares anómalas. En efecto, el artículo 2 del Protocolo I

²²⁸ Interesa notar la alusión a la normativa estatal vigente. Por eso, la Comisión declaró en alguna ocasión que el artículo 2 no otorgaba el derecho a conseguir una equivalencia de títulos —en ese caso, militar y civil— en contra de las disposiciones educativas nacionales (cfr. Dec. Adm. 7.010/15, D. & R. 3, págs. 162-164).

²²⁹ En la República Federal de Alemania, por ejemplo, toda persona tiene, desde los 14 años, derecho a elegir libremente su religión. Cfr. Dec. Adm. 3.110/67 (YB 11, pág. 520); en el mismo sentido, aunque de manera menos precisa, Dec. Adm. 2.648/65 (YB 11, página 364).

²³⁰ Cfr. Dec. Adm. 2.648/65 (YB 11, pág. 362). En este caso, la esposa había abandonado al marido, quien a su vez —a juicio de las autoridades holandesas— había observado una conducta gravemente negligente respecto a sus deberes paternos.

habla indeterminadamente de «padres», presuponiendo la unidad familiar y una voluntad concorde en cuanto al tipo de educación elegida para los hijos; pero no especifica la solución que haya de adoptarse si se produce desacuerdo entre los cónyuges, o si los lazos familiares sufren el impacto disgregador del divorcio o de la separación matrimonial. Ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha clarificado la cuestión, afirmando que «el derecho a determinar el modo de educación de los hijos es una parte integrante del derecho de custodia», lo cual comporta que, cuando surge una interrupción o quiebra de la unión matrimonial, la capacidad de decisión a este respecto pertenece exclusivamente al cónyuge a quien se han confiado los hijos, quedando la otra parte sin facultad alguna para reclamar ²³¹.

Pero si la custodia de los hijos se ha dejado en manos de una persona jurídica, la capacidad decisoria sobre su educación no es completa. Según puede deducirse de algunas resoluciones de la Comisión, se encuentra limitada por la opción religiosa que haya dirigido hasta entonces la formación de esos menores: de manera que las autoridades han de encomendar esa tarea a una institución que pueda garantizar la continuidad de esa orientación educativa ²³², incluso a pesar de los deseos contrarios posteriormente expresados por los padres naturales ²³³.

²³¹ Cfr. Dec. Adm. 5.608/72 (Coll. 44, pág. 69) y 7.911/77 (D. & R. 12, pág. 194). En el mismo sentido, de modo implícito, Dec. Adm. 172/56 (no publicada: citada por F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, págs. 175 y sigs.).

También citada por este autor (cfr. *ibid.*, págs. 186-187), la demanda 1.075/61 plantea la cuestión de si la religión de los padres puede influir de alguna manera en la elección de cuál de ellos debe permanecer con el cuidado de los hijos. En este caso —relativo a un divorcio en Alemania—, la custodia de la descendencia había sido confiada al marido; la madre de la esposa, en nombre de ésta, impugnaba esa decisión, por considerar que se había tomado en cuenta la conversión de su hija a la secta de los testigos de Jehová. Aparte de que no aparecía suficientemente probado que ése fuera el fundamento de la decisión judicial, la conversión tuvo lugar después del nacimiento de la niña. La Comisión no respondió al interrogante, pues declaró la demanda inadmisibile por no haber agotado los recursos internos. En cualquier caso, considero —en contra de lo que sugiere MARGIOTTA— que el factor religioso puede ser valorado, entre otros, para decidir el cónyuge que debe conservar la custodia de los hijos: eso no implica discriminación, sino simplemente apreciar el interés en la continuidad de la educación recibida por la prole, como uno de los elementos que contribuyen al equilibrio de su formación personal.

²³² Así puede concluirse de una interpretación *sensu contrario* de la Dec. Adm. 355/57 (no publicada: citada por F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, págs. 182-183), en la que un israelita cuya hija había sido confiada a un orfanato, por malos tratos de los padres, afirmaba que la niña estaba recibiendo educación católica y una alimentación prohibida por la religión hebrea. La Comisión no admitió la demanda, al comprobar que, contra las alegaciones del demandante, los hechos mostraban que la institución aludida facilitaba a su hija la práctica de su religión en todos los aspectos.

²³³ Esa conclusión cabe extraer de la Dec. Adm. 2.648/65 (YB 11, págs. 354-355). Aquí, los hijos del matrimonio —separado— habían sido bautizados y educados en el catolicismo y encomendados por orden judicial a una asociación católica, ante la negligente conducta de los cónyuges. El padre, además de reclamar la devolución de los hijos, atacaba el tipo de educación —católica— que estaban recibiendo: él afirmaba haber abandonado toda clase de iglesias. Entre otras razones de inadmisibilidat, la Comisión subrayó que la opción irreligiosa del demandante había sido tomada después de que ocurrieran los hechos: por tanto, era legít-

De modo análogo, la titularidad originaria de este derecho derivado de la relación jurídico-natural de filiación puede ser sustituida por otra, dimanante de una relación genuinamente jurídico-positiva como es la adopción. Y esto puede ocurrir —declara la Comisión— no sólo en caso de orfandad, sino también cuando los padres viven, aun cuando más tarde se opongan a la adopción y pretendan recuperar su patria potestad: la adopción confiere a los adoptantes los mismos derechos y obligaciones respecto al adoptado que hasta ese momento tenían los padres naturales, de forma que éstos ya no pueden reclamar el derecho mencionado en el artículo 2²³⁴. De nuevo es aquí el bien del hijo lo que justifica la transferencia de titularidad de los derechos paternos, dando origen a la peculiar circunstancia —susceptible de un interesante análisis— de que una relación formal creada por el Derecho reemplaza completamente a una relación natural.

Todo lo anterior, en suma, pone de relieve que el término «padres» es entendido por la jurisprudencia —en el contexto del artículo 2— con todos los matices que a su significado natural añade el influjo formalizador del Derecho.

8.3. *El ámbito material de protección*

La clave para determinar el ámbito material protegido por el derecho de los padres incluido en el artículo 2 del Protocolo I es proporcionada por la noción de convicciones religiosas y filosóficas elaborada jurisprudencialmente; ellas definen propiamente el objeto exigible merced a esta disposición del Convenio. Sólo aclarado este punto será posible responder al interrogante acerca de los deberes del Estado en relación con esta dimensión de la libertad personal.

El término *convicciones* —puntualizaba la sentencia *Campbell y Cosans*— no es aplicable a cualquier clase de opiniones, sino que debe reser-

timo que las autoridades holandesas desearan asegurar la continuidad en la orientación católica que, desde su nacimiento, había estado presente en la educación de los hijos.

²³⁴ Cfr. Dec. Adm. 7.626/76 (D. & R. 11, págs. 160-168). El caso se refería a una joven francesa que, con 18 años, quedó embarazada a consecuencia de una relación pasajera; el varón murió un mes más tarde en un accidente. Habiendo marchado a Londres para que le fuese practicado el aborto, aceptó la propuesta alternativa planteada por el médico: extraer al niño mediante una cesárea y hacerlo adoptar. El recién nacido fue adoptado por un matrimonio británico. Como resultado de la cesárea, hubo de serle extirpado el útero al cabo de unos meses. Al perder las posibilidades de tener nueva descendencia, la demandante quiso recuperar a su hijo y retiró su consentimiento a la adopción. Los adoptantes, sin embargo, consiguieron que la *High Court of Justice* decidiera la adopción sobre la base del *Adoption Act* de 1958, que contempla esa posibilidad cuando la negativa de la madre es irrazonable. La Comisión consideró que la interferencia en la vida familiar era justificada por el artículo 8, 2.º, en razón del interés del niño, que contaba dos años cuando se pronunció la *High Court*; y, junto a ello, afirmó que la orden de adopción confería a los adoptantes todos los derechos que, desde ese instante, quedaban sustraídos a la madre.

vase para designar «aquella opinión que alcanza un determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia»²³⁵. Por otra parte, si el calificativo de *religiosas* no plantea particulares problemas en cuanto a su comprensión, la propia jurisprudencia ha reconocido que no es fácil precisar el significado del adjetivo *filosóficas*: únicamente se advierte que no cabe interpretarlo en sentido técnico, ni tampoco banal, sino en su significación «ordinaria y habitual»²³⁶; en otras palabras, aludiría a «las convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática que no sean incompatibles con la dignidad humana y, además, que no se opongan al derecho fundamental del menor a la instrucción»²³⁷.

En cualquier caso, la expresión, globalmente considerada, parece designar el conglomerado de ideas —basadas o no en una fe religiosa— que posee el individuo acerca del mundo en general, y acerca de la sociedad humana y el puesto que en ella ocupa la persona. Efectivamente, la dicotomía establecida entre convicciones religiosas y filosóficas —compárese con el binomio religión-creencias del artículo 9— sugiere que *filosóficas* se entiende, en contraposición a *religiosas*, en el sentido de hacer referencia a las convicciones ideológicas agnósticas o ateas que desempeñan en la vida de la persona una función equiparable a la que cumple la religión, en cuanto conjunto de postulados éticos y de concepciones fundamentales sobre el hombre, considerado en sí mismo y en relación con su entorno material y social, incluida la opción sobre su dimensión trascendente. Tal interpretación, además de ser —a mi juicio— la más conforme con el principio de igualdad, parece ser confirmada por algunas decisiones de la Comisión, en las que se admite que el derecho contenido en el artículo 2 incluye las convicciones de carácter agnóstico²³⁸.

Este genérico planteamiento —no exento de penumbras— ha ido adquiriendo perfiles algo más nítidos en su desarrollo jurisprudencial, especialmente en una doble dirección. Por una parte, se ha señalado que la valoración de las convicciones debe llevarse a cabo desde una perspectiva estrictamente individual, sin que pueda ser matizada por su comparación con los *standards* habitualmente aceptados por las demás familias pertenecientes al mismo ambiente social o religioso: ello es consecuencia de que el Convenio reconoce a los padres un derecho a título individual²³⁹.

²³⁵ Sentencia de 25 de febrero de 1982, núm. 36.

²³⁶ Cfr. sentencia del *caso lingüístico belga* (23 de julio de 1968), fundamento de derecho I, B, núm. 6.

²³⁷ Sentencia *Campbell y Cosans* (25 de febrero de 1982), núm. 36.

²³⁸ Cfr. Dec. Adm. 2.648/65 (YB 11, pág. 364) y 9.641/81 (D. & R. 31, págs. 210-212). Esta misma solución es apuntada por J. E. S. FAWCETT, refiriéndose a los trabajos preparatorios (cfr. *op. cit.*, pág. 354).

²³⁹ «It is precisely in their capacity as individual parents that the applicants are entitled to claim the right to respect for their philosophical convictions and this irrespective of whether their claim may conflict with the standards generally accepted by other parents» (Rep. Com. sobre las demandas 7.511/76 y 7.743/76, núm. 97, publicado como documentos separados por el Consejo de Europa; estas dos demandas darían lugar al caso *Campbell y Cosans*,

Por otra parte, las decisiones concretas del Tribunal y de la Comisión permiten entender con mayor detalle qué manifestaciones de las convicciones personales resultan protegibles por el artículo 2 del primer Protocolo.

Entre los aspectos merecedores de protección puede citarse el *derecho a la exención de las clases de religión*, cuando se enseña a los alumnos de un colegio una doctrina religiosa no conforme con las creencias de los padres. Así parece indicarlo la sentencia del caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, cuando prohíbe expresamente que el Estado persiga un fin de indoctrinamiento al organizar el sistema educativo, y cuando, al diferenciar la instrucción religiosa de la educación sexual en orden a la posibilidad de exigir su dispensa, señala que la primera «necesariamente difunde dogmas y no meros conocimientos»²⁴⁰.

La cuestión se planteó también con motivo de una demanda dirigida contra el Gobierno sueco por dos miembros de la Iglesia evangélico-luterana, una confesión desgajada de la Iglesia oficial sueca por discrepancias doctrinales²⁴¹. Las autoridades habían denegado a los demandantes el permiso para ocuparse ellos mismos de la educación religiosa de sus hijos en lugar de las clases de religión impartidas en la escuela pública, alegando que las clases de «cristianismo» organizadas en los centros públicos resultaban aceptables para los fieles de cualquier confesión cristiana porque no favorecían ninguna de ellas en particular, y sólo tenía sentido su dispensa cuando se trataba de religiones inspiradas en una tradición completamente distinta de la que era común al mundo occidental, como, por ejemplo, en el caso del mahometanismo. A este respecto, el Gobierno sueco, por su confesionalidad luterana, tenía formulada una reserva en relación con el artículo 2 del Protocolo I, según la cual sólo podía concederse la exención de las clases de *christianity* a los estudiantes pertenecientes a una fe diferente de la *Swedish Church* para quienes se hubiera procurado una instrucción religiosa satisfactoria. La Comisión, haciendo notar expresamente la existencia de esta reserva, y habiendo obtenido el consentimiento del Gobierno para iniciar el procedimiento, declaró admisible la demanda, aunque su punto de vista parecía centrarse, no tanto en la aceptación de un derecho absoluto a la exoneración, de las mencionadas lecciones doctrinales, sino en la consideración del principio de igualdad enunciado en el artículo 14: se observaba que la exención había sido concedida a alumnos que formaban parte de otras comunidades religiosas. En cualquier caso, el fundamento jurídico de la demanda no llegaría a ser clarificado

varias veces citado; cfr. también Dec. Adm. 8.811/79 (D. & R. 29, págs. 115-116), donde expresamente se extiende ese criterio a las convicciones religiosas).

Esta matización había sido ya adelantada por el juez Verdross, en su *separate opinion* a la sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* (7 de diciembre de 1976).

²⁴⁰ Cfr. los núms. 53 y 56 de esa sentencia.

²⁴¹ Caso *Karnell y Hardt*: cfr. Dec. Adm. 4.733/71 (YB 14, págs. 664-693).

por la jurisprudencia, puesto que el procedimiento concluyó con la dispensa que el Gobierno otorgó voluntariamente a los recurrentes.

En una discutible sentencia —*Campbell y Cosans*²⁴²—, el Tribunal ha declarado también protegibles las *convicciones contrarias al empleo de castigos corporales* en el ámbito escolar. El caso tiene su origen en la demanda de dos madres escocesas, firmemente opuestas a que sus hijos fueran sancionados con esa clase de medidas: en las escuelas públicas de Escocia está extendida la costumbre de penar las faltas de disciplina de los alumnos golpeándoles la palma de la mano con una correa de cuero llamada *tawse*. En los hechos objeto del litigio, los padres se negaron a que sus hijos fueran sometidos a ese castigo y, por ese motivo, las autoridades académicas les suspendieron su asistencia al colegio mientras no depusieran su actitud. La Corte, por seis votos contra uno, estimó que se había producido una violación del artículo 2 del Protocolo I²⁴³, afirmando que las opiniones de los demandantes podían considerarse «convicciones filosóficas» a los efectos de ese artículo: «se relacionan con un aspecto serio e importante de la vida y de la conducta del ser humano: la integridad de la persona, la legalidad o ilegalidad de la imposición de sanciones corporales y la supresión de la angustia que provoca el peligro de un trato así»²⁴⁴.

Más rigurosa parece la decisión del Tribunal en el *caso lingüístico belga*, en la que se excluye tajantemente que las preferencias lingüísticas de los padres constituyan un tipo de convicciones filosóficas susceptibles

²⁴² Sentencia de 25 de febrero de 1982; cfr. especialmente los núms. 32-41.

²⁴³ Rechazó, por otro lado, que los castigos aplicados a los estudiantes en Escocia pudieran ser considerados —así lo pretendían los demandantes— como «penas o tratos inhumanos o degradantes», prohibidos por el artículo 3 del Convenio.

²⁴⁴ Poco tiempo después de que *Campbell y Cosans* acudieran a la Comisión, fue presentada otra demanda similar; se declaró también admisible, pero terminó por medio de un arreglo amigable (cfr. Dec. Adm. 7.907/77, D. & R. 14, págs. 205-217).

Por el contrario, la demanda 8.566/79 (D. & R. 31, págs. 50-56) fue rechazada por algunas diferencias con los casos precedentes. En concreto, la Comisión juzgó que las autoridades escolares no habían infringido su deber de respetar las convicciones de sus padres, porque se les había advertido antes de los hechos (el alumno había sido castigado catorce veces anteriormente). Además, los padres no se oponían a los castigos corporales de modo absoluto, sino sólo en la medida en que su hijo pensara que eran injustificados: por ello, sus opiniones —decía la Comisión— no poseían el «nivel de obligatoriedad, seriedad, cohesión e importancia» que, según la sentencia *Campbell y Cosans* —expresamente citada—, era necesario para que pudieran calificarse como «convicciones filosóficas» protegibles por el artículo 2.

En sentido diametralmente opuesto, la demanda 8.811/79 (D. & R. 29, págs. 104-128) plantea el caso de varias personas que, convencidas —por motivos religiosos— de la necesidad de utilizar castigos físicos para la educación de sus hijos, impugnan la modificación del Código sueco de paternidad acaecida en 1979: la nueva normativa rechazaba explícitamente el empleo de esos medios educativos por parte de los padres o tutores. La Comisión declaró su inadmisibilidad, considerando que la modificación legislativa no tenía eficacia sancionadora respecto a los padres que la contraviniesen, y negando que el influjo de esa opción en la orientación docente de los centros educativos supusiera un caso de indoctrinación por parte del Estado.

de reclamación frente al Estado sobre la base del artículo 2²⁴⁵. El conflicto se planteaba —en el marco de la polémica entre valones y flamencos— a propósito de seis demandas introducidas por un numeroso grupo de padres de familia de diversas localidades pertenecientes a una región de Bélgica legalmente calificada como de lengua neerlandesa. Los demandantes reclamaban contra la conducta del Gobierno en la organización de la enseñanza, que consideraban lesiva para los derechos de la población francófona²⁴⁶.

La Comisión, por su parte, ha descartado que por convicciones filosóficas protegibles puedan entenderse aquellas ideas personales, por legítimas que sean, que se refieren a *cuestiones meramente educativas*: ésta es una materia que entra dentro del margen de discrecionalidad estatal, naturalmente con ciertas limitaciones, a las que se aludirá en seguida. Así, se ha rechazado que el artículo 2 ampare el pretendido derecho a que los hijos sean educados junto con compañeros de capacidad intelectual equivalente²⁴⁷, a exigir la enseñanza de un determinado tipo de matemáticas²⁴⁸, o a reclamar un concreto libro de texto cuando otros libros semejantes se encuentran en el mercado²⁴⁹.

8.4. *Las obligaciones asumidas por el Estado*

Toda posición jurídica activa llama de modo inevitable a la correspondiente posición pasiva. Este matiz está claramente indicado en la redacción del artículo 2 del primer Protocolo, al señalar que «el Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de

²⁴⁵ Cfr. sentencia de 23 de julio de 1968, fundamento de derecho I, B, núm. 6.

²⁴⁶ En particular, aducían que no se había organizado ninguna enseñanza en lengua francesa en los municipios de su residencia; que se privaba de subvenciones a los centros que, en esas ciudades, no cumplían las disposiciones de la legislación escolar en materia lingüística; que se denegaba la homologación de los certificados de estudios expedidos por tales centros. De manera que —se argumentaba— resultaban obligados a escoger una escuela local contraria a sus convicciones, o a enviar a sus hijos a otro distrito escolar, con los lógicos inconvenientes que se derivan de ello. Se alegaban los artículos 8 y 14 del Convenio, y el artículo 2 del Protocolo I. El Tribunal desestimó la mayor parte del *petitum*.

²⁴⁷ Cfr. Dec. Adm. 7.527/76 (D. & R. 11, págs. 147-155). En este caso, unas reformas educativas en esa región de Gran Bretaña eliminaron los criterios de agrupación selectiva de alumnos en la enseñanza secundaria, de manera que los demandantes no lograron, como deseaban, que su hijo continuara estudiando exclusivamente en unión de otros alumnos de elevado nivel académico.

²⁴⁸ Cfr. Dec. Adm. 9.411/81 (D. & R. 29, págs. 224-227). Los demandantes exigían que su hijo —de siete años— estudiara un curso de aritmética elemental en lugar de «matemáticas modernas», que consideraban inadecuadas para su edad y que habían sido impuestas obligatoriamente en el plan de estudios alemán de enseñanza primaria.

²⁴⁹ Cfr. Dec. Adm. 5.528/72 (D. & R. 5, págs. 5-7). Un padre y sus dos hijos reclamaban contra el secuestro judicial del «libro rojo de los escolares» (el que, por demanda de su autor, daría origen al caso *Handyside*, ante el Tribunal europeo). La Comisión estimó que no había apariencia de violación del artículo 2, puesto que el autor había publicado una segunda edición revisada de su libro, de la que sólo 18 líneas habían sido eliminadas como consecuencia del procedimiento judicial iniciado contra él.

la enseñanza, respetará el derecho...». Esa obligación que directamente vincula al poder estatal tiene un presupuesto indudable: su derecho a regular la materia educativa mediante la programación de los planes de estudio, la creación de centros públicos, la subvención de escuelas de iniciativa social, etc. Es obvio que en esa reglamentación de la enseñanza —así lo sugiere el texto del protocolo y lo confirma la jurisprudencia²⁵⁰— desempeña un importante papel el principio de discrecionalidad, cuya aplicación origina, ineludiblemente, sistemas educativos de gran diversidad. Por ello, ese margen de libre elección constituye uno de los criterios básicos para precisar los compromisos que, según el Convenio, adquiere el Estado en este terreno para la garantía de la libertad personal: indagación que lleva a preguntarse por el ámbito subjetivo y objetivo que abarca la responsabilidad del Estado, y por el contenido concreto de sus obligaciones.

8.4.1. *El ámbito de la responsabilidad estatal*

Por lo que se refiere al ámbito *subjetivo* de responsabilidad, como ya se indicó al tratar de los derechos mencionados en el artículo 9²⁵¹, la titularidad de esas obligaciones es entendida extensivamente por la jurisprudencia, de modo que la garantía del derecho contenido en el artículo 2 pueda tener verdadera eficacia. Por tanto, la responsabilidad del respeto a las convicciones de los padres recae, en primer lugar, sobre el poder estatal cuando regula a nivel general el sistema educativo, ya sea por vía legislativa o administrativa. Pero el Estado se hace también responsable de la actuación concreta de «todos sus órganos, agentes y funcionarios»: por ello, en tanto que organiza la enseñanza en las escuelas públicas, queda sometido al control de la jurisprudencia europea en lo relativo a la conducta de las autoridades académicas de esos centros, incluidos los profesores²⁵².

El ámbito *objetivo* de responsabilidad, a su vez, ha sido definido por el Tribunal también en términos de gran amplitud, especialmente con ocasión del caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*. Por una parte, comprende todo el sistema de enseñanza, tanto privada como pública, aunque esta última sea voluntaria; en otras palabras, 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 pública²⁵³. Y, por otra parte, dentro del sistema público, el deber

²⁵⁰ Cfr. las sentencias del *caso lingüístico belga* (23 de julio de 1968), fundamento de derecho I, B, núm. 5; *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* (7 de diciembre de 1976), núm. 53; *Campbell y Cosans* (25 de febrero de 1982), núm. 41.

²⁵¹ Vid. *supra*, epígrafe 3.2.

²⁵² Cfr. Dec. Adm. 7.511/76 (D. & R. 12, pág. 58) y 7.743/76 (D. & R. 12, pág. 149): son las demandas que originaron el caso *Campbell y Cosans*.

²⁵³ La argumentación del Tribunal, en este punto, se apoya en los trabajos preparatorios del Convenio y en una exégesis del texto del artículo 2, que habla de *any functions* asumi-

de respetar las creencias de los padres no se circunscribe al modo en que se imparte la enseñanza religiosa, sino que se extiende a todo el programa educativo estatal, sin que pueda hacerse —a estos efectos— una neta separación entre la instrucción religiosa y las restantes materias del *curriculum académico* ²⁵⁴.

Una precisión ulterior a este respecto sería aportada por la sentencia *Campbell y Cosans*, puntualizando que la responsabilidad del Estado incluye además las cuestiones de disciplina en las escuelas, ya que el poder público debe marcar las orientaciones generales de la enseñanza, y la disciplina supone un elemento indispensable de cualquier sistema educativo ²⁵⁵.

8.4.2. *Obligaciones concretas derivadas del artículo 2*

El concreto contenido obligatorio del compromiso que vincula al Estado en esta materia se encuentra indeterminado en el texto del artículo 2: sólo se habla de un genérico deber de respeto por las convicciones, cuyo punto de referencia es el conjunto de funciones asumidas en el campo de la educación y de la enseñanza. Durante los años de vigencia del Protocolo I, la jurisprudencia del Tribunal y de la Comisión ha tenido oportunidad de precisar ese contenido, integrado por obligaciones tanto negativas como positivas.

a) Las obligaciones de carácter *negativo* son las que de manera más inmediata emergen de la necesidad de respetar las convicciones de los padres: el respeto implica, en primer lugar, abstenerse de actividades contrarias a esas creencias.

Por lo que se refiere a la fijación de los programas educativos, la sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* interpreta este deber de forma sorprendentemente restrictiva: lo único que se prohíbe al Estado es perseguir un fin de inductinamiento ²⁵⁶. El caso hacía referencia a tres matrimonios que impugnaban una reforma legislativa de 1970 en Dinamarca, por la que se imponía, desde una temprana edad, la educación sexual integrada ²⁵⁷ y obligatoria en las escuelas públicas, sin prever la posibilidad de exención por causa de las convicciones religiosas o morales de los padres. Los demandantes no habían obtenido de los correspondientes órganos administrativos que sus hijos fueran eximidos de esa enseñanza, y alegaban que esa educación era contraria a sus creencias religiosas como cristianos.

das por el Estado en este campo, y no distingue entre enseñanza pública y privada (cfr. número 50 de la sentencia). En el mismo sentido, cfr. Dec. Adm. 6.853/74 (D. & R. 9, páginas 29-30).

²⁵⁴ Cfr. núm. 51 de la sentencia.

²⁵⁵ Cfr. núm. 34 de la sentencia.

²⁵⁶ Cfr. sentencia de 7 de diciembre de 1976, núm. 53.

²⁵⁷ Con el término «integrada» se significaba que esa educación no ocuparía una disciplina independiente, sino que habría de impartirse dentro de otras materias escolares.

El Tribunal hacía notar que la determinación de los planes de estudio es competencia del Estado, y que comporta un amplio margen de apreciaciones discrecionales basadas en razones de oportunidad o conveniencia, que la Corte no puede enjuiciar. Ciertamente —proseguía—, los contenidos incluidos en esos planes pueden afectar directa o indirectamente a cuestiones religiosas o filosóficas; pero eso no está vetado al poder público, siempre que tales cuestiones sean abordadas «de una manera objetiva, crítica y pluralista»; el límite que se impide sobrepasar viene trazado por el afán indoctrinador en contra de las convicciones de los padres, que el Estado en ningún caso puede intentar. Considerando que la enseñanza sexual, tal como ha sido organizada en Dinamarca, es uno de los objetivos que es legítimo acometer por razones de interés público, y que responde a las anteriores exigencias porque únicamente va destinada a la transmisión imparcial de conocimientos, concluía el Tribunal que la legislación recurrida no infringe el artículo 2 del Protocolo I²⁵⁸; además —se añadía—, los padres siempre quedan en libertad para enviar a sus hijos a escuelas privadas, fuertemente subvencionadas por los fondos públicos, o incluso para educarlos en su propia casa, como autoriza la ley danesa. Por último, con referencia al artículo 14, se hacía notar que no se quiebra el principio de igualdad por el hecho de que la ley danesa permita la dispensa de las clases de instrucción religiosa en los centros públicos, y no la educación sexual: su diferente naturaleza justifica ese diverso tratamiento, puesto que la enseñanza de la religión necesariamente difunde dogmas doctrinales y no meros conocimientos.

Los evidentes puntos débiles de esta sentencia son atacados en la opinión discrepante del juez Verdross. Distingue, en primer lugar, entre la información sobre los hechos de la sexualidad humana —propia de la biología—, y la información sobre las prácticas sexuales, incluida la contracepción, que constituía la materia de estudio impuesta por la nueva legislación danesa. Este segundo tipo de enseñanza, aun pretendidamente expuesta de modo objetivo, afecta ineludiblemente al ámbito de la conciencia, y puede oponerse a las convicciones morales de los padres por el mero hecho de impartirse colectivamente en la escuela, y a una edad demasiado temprana. Por otra parte —matiza Verdross—, no existen indicios de que el artículo 2 prohíba exclusivamente el fin de indoctrinación en la actividad educativa estatal: al contrario, de una manera general, se exige que el Estado respete las convicciones paternas, sin la menor refe-

²⁵⁸ El Tribunal no entraba a juzgar los abusos prácticos que —según mostraban los demandantes— se producían en la aplicación práctica de la legislación: ese aspecto de la demanda no había sido declarado admisible por la Comisión, por no haberse agotado los recursos internos. La sentencia del Tribunal fue acordada por seis votos contra uno. El informe previamente elaborado por la Comisión tampoco apreció violación del artículo 2, pero su decisión fue tomada por seis votos contra seis, con el voto de calidad de su presidente.

rencia a la finalidad perseguida por la organización pública del sistema educativo. En consecuencia, el Tribunal debería haberse limitado a constatar si la legislación impugnada iba contra las creencias de los demandantes, y esto sucede en el presente caso, porque la norma no regula la concesión de exenciones, denegadas además en sede administrativa a los tres matrimonios. La conclusión de que se ha violado el artículo 2, finalmente, no desaparece por la posibilidad de acudir a las escuelas no públicas —aun subvencionadas— o de que los propios padres se hagan cargo de la educación de sus hijos: eso comportaría un mayor sacrificio y, por tanto, entrañaría una discriminación por motivo de las creencias religiosas, en contradicción con el artículo 14 del Convenio.

Lo desenfocado de estos aspectos de la sentencia se hace más patente por su contraste con la decisión posterior en el caso *Campbell y Cosans*, comentada poco antes, relativa a una cuestión de menor relieve, y de carácter tangencial dentro del sistema docente, como son las medidas disciplinarias utilizadas por las autoridades de la escuela. Sin entrar en el dudoso mérito de esta última sentencia, me parece oportuno señalar que el planteamiento del Tribunal es aquí más amplio por lo que se refiere a los deberes asumidos por el Estado. En efecto, difícilmente podría calificarse de inductinamiento el uso de castigos corporales como sanción impuesta a los alumnos por ciertos comportamientos; y, sin embargo, la Corte aceptará que el artículo 2 obliga al Estado a respetar las convicciones contrarias de los padres en esa materia. Lo sorprendente es que no se haga alusión alguna a este aspecto de la sentencia *Kjeldsen*.

En definitiva, aunque la doctrina del «fin de inductinamiento» ha sido reiterada en algunas ocasiones por la Comisión —siempre con relación a los programas educativos²⁵⁹—, la resolución del caso *Campbell y Cosans* abre la puerta a una interpretación más exacta de las obligaciones que comporta el artículo 2, que lleve a afirmar, en términos objetivos —dejando al margen la finalidad pretendida por los poderes públicos—, el deber de evitar cualquier real contradicción entre la organización estatal de la enseñanza y las convicciones religiosas o filosóficas de los padres de familia²⁶⁰.

Naturalmente, 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 convenientes para el interés colectivo. Pero sí comporta la necesidad de conceder, en concreto,

²⁵⁹ Cfr. Dec. Adm. 6.853/74 (D. & R. 9, pág. 31), 7.527/76 (D. & R. 11, pág. 150) y 9.411/81 (D. & R. 29, pág. 225).

²⁶⁰ Nótese que, en el curso de los trabajos preparatorios del Protocolo I, la referencia a que el Estado debía *respetar* esas convicciones substituyó a una anterior alusión a simplemente *tenerlas en cuenta* (cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, págs. 81-108).

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 público²⁶¹.

b) Este derecho al respeto de las creencias personales no se reduce a una simple garantía de no interferencia. Además de ese deber negativo, impone al Estado *obligaciones positivas*, según ha señalado la jurisprudencia, advirtiendo la conexión de ese derecho con el derecho a la instrucción. Pero como este último confiere sustancialmente la posibilidad de servirse de los medios de enseñanza efectivamente existentes en un país, el derecho de los padres no se extiende hasta exigir del Estado el establecimiento de un determinado sistema docente conforme a sus deseos: ahí el poder estatal es libre de instrumentar los medios que considere más adecuados²⁶². Sí parece implicar, en cambio, 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 alumnado²⁶³.

Los conflictos acerca de las obligaciones positivas del Estado, en la práctica, se han planteado sobre todo con relación a la subvención de las escuelas privadas. A este respecto, la sentencia del *caso lingüístico belga* había afirmado rotundamente que el artículo 2 del Protocolo I no obligaba a las Altas Partes Contratantes a costear ningún concreto sistema de enseñanza²⁶⁴. La posterior jurisprudencia de la Comisión aplicó rígidamente esa apreciación para negar que el poder público debiera financiar en modo alguno las escuelas privadas, incluso aunque ése fuera el único modo viable, de hecho, para que los padres obtuviesen para sus hijos una enseñanza de acuerdo con sus convicciones²⁶⁵.

Algunas de tales decisiones, sin embargo, interpretadas *sensu contrario*, dejan ciertos resquicios para encontrar un fundamento que permita ampliar de algún modo el restrictivo planteamiento inicial. De una de ellas —presentada por cuarenta madres de familia contra Suecia— parece deducirse que el Estado no puede monopolizar la organización del sistema educativo nacional: si bien el Convenio no confiere un derecho a la financiación pública de escuelas de iniciativa social, sí existe un derecho a su creación y dirección²⁶⁶.

²⁶¹ Como afirma la Comisión, presupuesto para que pueda reclamarse judicialmente esa exención es el hecho de haber informado al respecto, en tiempo oportuno, a las autoridades correspondientes (cfr. Dec. Adm. 8.566/79, D. & R. 31, pág. 53).

²⁶² Cfr. sentencias del *caso lingüístico belga* (23 de julio de 1968), fundamento de derecho I, B, núm. 3, y *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* (7 de diciembre de 1976), núms. 53-54. Cfr. también Dec. Adm. 7.527/76 (D. & R. 11, págs. 150-151) y 9.411/81 (D. & R. 29, página 225).

²⁶³ Cfr. Dec. Adm. 8.010/77 (D. & R. 16, págs. 102-103).

²⁶⁴ Cfr. fundamento de derecho I, B, núm. 3 de esa sentencia.

²⁶⁵ Cfr. especialmente Dec. Adm. 6.853/74 (D. & R. 9, págs. 27-36), y también 7.782/77 (D. & R. 14, págs. 179-185) y 9.461/81 (D. & R. 31, págs. 210-212).

²⁶⁶ La Comisión, tras negar el derecho a la subvención, constataba que «no parece haber

La segunda hace referencia a la cuestión financiera enfocada desde el principio de igualdad recogido en el artículo 14²⁶⁷. El demandante representaba a un grupo de padres de familia que reclamaban al Gobierno británico una financiación completa para establecer un colegio privado no confesional, y la legislación sólo les otorgaba el 85 por 100 de los gastos de inversión, y el 100 por 100 de los gastos de funcionamiento (a las escuelas públicas se les sufragaba el 100 por 100 de ambos gastos). La Comisión reiteraba que el artículo 2 no obliga a subvencionar una determinada forma de educación que responda a ciertas opciones religiosas o filosóficas, pero admitía que las autoridades no pueden actuar discriminatoriamente al distribuir las ayudas económicas disponibles. En este caso concreto, se estimaba que la diferente titularidad —pública y privada, respectivamente— de la propiedad y control del centro educativo era una justificación objetiva y razonable para la distinta cuantía de las subvenciones concedidas a los dos tipos de colegio: era legítimo, por tanto, que el Estado exigiera al grupo promotor de una escuela privada una cierta contribución económica, y el 15 por 100 del coste de inversión inicial no parecía una aportación irrazonable o desproporcionada²⁶⁸. A la vista de esas consideraciones, sería posible concluir que prestar un bajo porcentaje de ayuda financiera —o no prestar ninguna— a las escuelas privadas, cuando sí se concede a las públicas, constituiría una infracción del artículo 14 del Convenio en conexión con el artículo 2 del primer Protocolo.

9. CONCLUSIONES

Sin llegar a compartir plenamente la óptica anglosajona, es indudable que, dentro del ámbito continental, asistimos en tiempos recientes a una revalorización de la función desempeñada por la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico. En este sentido, no puede ignorarse la paulatina influencia que en las clásicas concepciones de nuestra tradición europea ha ejercido —y continúa ejerciendo— el realismo jurídico, para el cual —sin-

obstáculos de otra clase para el establecimiento y dirección de escuelas infantiles privadas en Suecia» y, por tanto, que no se había violado el artículo 2 del primer Protocolo (Dec. Adm. 6.853/74 (D. & R. 9, pág. 30).

²⁶⁷ En otro momento, la cuestión ha sido abordada, por lo que concierne a la distribución de subsidios entre las diversas escuelas privadas, en la Dec. Adm. 7.840/77 (no publicada: cfr. *Digest*, vol. 4, págs. 164-165). En esa ocasión, a una escuela confesional judía —*Yesodey Hatorah School*— se le había denegado una subvención pública, y alegaba discriminación respecto a las escuelas católicas. La Comisión notaba que, efectivamente, había un desequilibrio entre las plazas subvencionadas para alumnos judíos y católicos de enseñanza primaria, y la población total perteneciente a esas confesiones; pero rechazó la demanda, precisando que el criterio válido de comparación no era la población, sino la demanda confesional de plazas subvencionadas, notablemente superior en el caso de los católicos: a las dos confesiones se habían aplicado los mismos parámetros para la concesión de ayudas, por lo que no se había actuado contra el principio de igualdad.

²⁶⁸ Dec. Adm. 7.782/77 (D. & R. 14, pág. 182).

tetiza ESSER— «la elaboración judicial del Derecho no aparece ya como un simple apéndice de la ley y como una prótesis pudorosamente oculta para subsanar su deformidades, sino como una parte funcionalmente normal y necesaria de la creación de preceptos jurídicos en general»²⁶⁹. Cada día aparece más lejana aquella utópica pretensión del racionalismo ilustrado —que tan profunda huella dejaría en el positivismo legalista—, cuyo ideal de magistrado se plasmaba en la figura del juez-funcionario, una suerte de autómatas con la exclusiva misión de aplicar las fórmulas abstractas contenidas en un conjunto de normas codificadas, producto previsiblemente perfecto y tendencialmente inmutable de la razón humana.

Reconocida la función innovadora de la jurisprudencia a nivel del entero ordenamiento jurídico, su importancia se acrecienta a medida que el sector legal sobre el que actúa posee mayor generalidad en su formulación, y un grado superior en la escala de jerarquía normativa. Tales características, que suelen darse de manera coincidente, propician la existencia de un más amplio margen de interpretación, unido a un mayor prestigio y autoridad de la magistratura que la realiza. Buena muestra de ello son las Cortes constitucionales de los diversos países, cuya doctrina atrae cada vez más la atención de la literatura académica.

Ambas condiciones se cumplen de modo particular en el Tribunal y la Comisión de Derechos Humanos, que cargan con la responsabilidad de ser los primeros órganos en la historia de Europa —dejando al margen algunos fenómenos peculiares del ordenamiento canónico— que aplican judicialmente un sistema jurídico de rango supranacional: una tarea que consiste primordialmente en desglosar el contenido concreto implícito en un esueto articulado que recoge los derechos fundamentales de la persona.

Sería temerario intentar en pocas páginas un preciso balance —necesariamente precipitado— de la labor llevada a cabo durante estos años por los órganos de Estrasburgo. Difícilmente, sin embargo, podría evitarse una primera valoración favorable. Su misma existencia es ya un logro sin precedentes. Pero además, su indiscutida aceptación como la máxima instancia europea en materia de libertades públicas constituye una prueba irrefutable de su eficacia, progresivamente aumentada en la medida que su consolidación le ha conferido mayor independencia frente a la sutil presión que supone saberse intérprete de un convenio cuya vigencia efectiva se apoya sobre el consenso de Estados soberanos. En tal sentido, no parece superfluo anotar que los que los resultados de su tarea no pueden enjuiciarse solamente en relación con su comportamiento ante los conflictos individuales llevados ante su jurisdicción: hace falta contemplarlos desde la perspectiva global del sistema, en cuanto a la aportación realizada al

²⁶⁹ J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (trad. española), Barcelona 1961, pág. 30.

afianzamiento de los derechos de la persona mediante el juego de la personalidad jurídica individual en el plano internacional, que ha impulsado frecuentemente a los Estados a admitir una corrección de sus ordenamientos internos para proporcionar una mayor cobertura a los derechos humanos, de acuerdo con los *standards* fijados por la jurisprudencia europea ²⁷⁰.

Ciertamente, no puede ocultarse la realidad de algunas sombras que empañan los perfiles de ese cuadro, armónicamente construido en sus líneas maestras. Por lo que se refiere concretamente al objeto de este trabajo, el simple hecho de que, hasta el momento, una sola sentencia directamente relativa a la libertad religiosa haya sido dictada por el Tribunal —en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*—, y con una argumentación jurídica nada satisfactoria, hace albergar serias dudas acerca de la efectiva protección de este derecho por la jurisprudencia europea; sin entrar en el mérito de cada decisión particular —que puede juzgarse por la exposición realizada en su momento—, es incuestionable que la casi totalidad de las demandas se han estrellado contra ese dique preliminar que supone la declaración de inadmisibilidad por parte de la Comisión ²⁷¹, siendo privadas, por tanto, del acceso a un procedimiento verdaderamente contradictorio. En algunos de tales casos, además, el rechazo de los recursos con una fundamentación un tanto precipitada —ante su carácter aparentemente fraudulento ²⁷²— denota una insuficiente visión de futuro en una Comisión que, aun teniendo sólo la teórica función de filtro selectivo de las demandas que merecen ser consideradas por el Tribunal, crea de hecho una doctrina jurisprudencial de enorme importancia.

Aparte de ese dato empírico, mayor relieve tiene la falta de elaboración sistemática del artículo 9, cuya causa estriba en una cierta confusión conceptual entre los tres tipos de libertades acertadamente diferenciadas en el texto de esa disposición. Libertades que de suyo se relacionan —en mi opinión— con los tres aspectos básicos de la racionalidad humana: la respuesta a las cuestiones sobre el verdadero contenido de las realidades de mayor trascendencia para la vida del hombre; la determinación del deber moral en las situaciones concretas, y la actitud ante Dios, positiva o negativa, con las ineludibles consecuencias que una y otra comportan.

²⁷⁰ Algunos datos de interés sobre la eficacia —preventiva y correctiva— de la obra del Tribunal en relación con este último aspecto, pueden verse en M.-A. EISSEN, *op. cit.*, páginas 96-107.

²⁷¹ Ya se indicó que el caso *Johnston* está todavía pendiente de decisión ante el Tribunal; de cualquier modo, el núcleo de ese litigio gira alrededor del artículo 8 más que del artículo 9 (vid. *supra*, epígrafe 5.2.4.3, c). De los otros dos casos directa y principalmente referidos a la libertad religiosa que han sido declarados admisibles, uno de ellos fue resuelto por el Comité de Ministros (*Grandrath*: vid. *supra*, notas 146, 147 y 209-211 y su texto correspondiente), y otro terminó mediante una voluntaria concesión de lo solicitado por parte del Gobierno (*Karnell y Hardt*: vid. *supra*, nota 241 y su texto correspondiente).

²⁷² Esto se hace patente, de modo particular, en algunas peticiones dirigidas por individuos reclusos en prisión.

En efecto, ya se indicó que, al ser erigida la noción de creencias —religiosas o no— en el núcleo definidor del ámbito de protección reconocido por el Convenio, la libertad de conciencia pierde virtualmente su carácter autónomo, y queda subsumida en la libertad de pensamiento o de religión, según el fundamento que sostenga en cada supuesto el correspondiente imperativo moral. De tal manera que la conducta motivada en conciencia resulta desprotegida, salvo que sea calificable propiamente como una manifestación de las convicciones adoptadas en ejercicio de la libertad religiosa o ideológica, o que pueda considerarse como una actividad derivada de la libertad de expresión —art. 10—, más fácilmente coercible que las anteriores.

Al mismo tiempo, las cuatro distintas especies que admite la manifestación de las creencias, a tenor del artículo 9, tampoco han sido objeto de una convincente sistematización. A mi juicio —ya lo hice notar—, el culto y la observancia de los ritos integrarían una parte específica del derecho de libertad religiosa; la práctica sería el terreno propio de la libertad de conciencia, y la enseñanza constituiría un aspecto común a las libertades de pensamiento y religión, con una triple vertiente: derecho de los grupos a la formación de sus adeptos o fieles, derecho del individuo a instruirse en la doctrina de su elección, derecho —individual y colectivo— al proselitismo y a la difusión de las creencias. Pero ese planteamiento carece de pleno sentido en el marco de la jurisprudencia de la Comisión, por la aludida falta de rigor en la delimitación conceptual de las tres libertades; rasgo que, por lo demás, no es exclusivo de la Comisión; también la doctrina jurídica muestra notables vacilaciones a este respecto, sin que sea posible de momento detectar una posición dominante.

Consecuencia de ello es la notoria reducción de las garantías en principio ofrecidas por el artículo 9 del Convenio, que se revela particularmente en los casos de objeción de conciencia. Esa merma de operatividad real de este ámbito de autonomía personal disminuye aún más por el juego de los conceptos-límite enumerados en el párrafo 2.º de dicho artículo, tal como han sido interpretados en sede jurisprudencial. También ellos acusan la carencia de una construcción unitaria y coherente que permita distinguir unos de otros con un grado satisfactorio de claridad. Y, por otra parte, ha sido absoluto el respeto mostrado por la Comisión y el Tribunal hacia el margen de apreciación discrecional del Estado en esta materia: hasta ahora —con la peculiar excepción de la sentencia *Campbell y Cosans*, relativa, además, al artículo 2 del Protocolo I—, cuando se ha admitido que existía una interferencia en el ejercicio de esas libertades, siempre se han justificado las medidas restrictivas impuestas por los poderes públicos.

Tal conclusión se manifiesta también al observar la hermenéutica del artículo 2 del primer Protocolo que ha efectuado la jurisprudencia. Si bien

se ha definido en términos amplios el campo a que se extiende la responsabilidad del Estado en relación con el respecto de las convicciones de los padres, esa teórica responsabilidad ha quedado virtualmente contrarrestada por el estricto modo de concebir sus concretas obligaciones —negativas y positivas— en este tema, especialmente a raíz de la sentencia *Kjedsen, Busk Madsen y Pedersen*, y de la aplicación que la Comisión ha realizado de la doctrina establecida en el *caso lingüístico belga*.

Otro elemento a añadir en el pasivo del balance es la comprensión, asimismo reductiva, del principio de igualdad, fruto de una lectura formalista del artículo 14. La Comisión, cuando se ha encontrado frente a desigualdades —basadas en las creencias personales— respecto al ejercicio de derechos no explícitamente incluidos en el Convenio, se ha declarado incompetente *ratione materiae*, creyendo innecesario pronunciarse acerca de si tales desigualdades poseían una justificación objetiva y razonable. No ha advertido, por tanto, la innegable coacción que esas desigualdades suponen para la actuación de las libertades mencionadas en el artículo 9, y que hubieran debido ser legitimadas conforme a su párrafo 2.º.

Junto a los anteriores comentarios —que sintetizan lo dicho en páginas precedentes—, sería injusto omitir que la jurisprudencia europea ha realizado valiosas matizaciones respecto a la libertad religiosa y a las otras dos que con ella comparten su fundamento conceptual —también quedaron señaladas en su momento—, particularmente en lo relativo a la titularidad —activa y pasiva— de esos derechos, y a la necesidad de conjugar el respeto de la autonomía personal con la seguridad que requiere el buen funcionamiento del orden jurídico interno: precisamente la mejor garantía colectiva de las libertades, supuesto que esté inspirado en profundos principios de justicia. Sin embargo, lo cierto es que, hasta ahora, esas aportaciones, por lo que atañe a las reclamaciones individuales, han permanecido en el plano ideal de los conceptos, sin cristalizar en una efectiva protección, que probablemente hubiera reclamado una más atenta consideración de algunos supuestos.

Esto no significa en absoluto descalificar la tarea, inestimable, desarrollada durante estos años por el Tribunal y la Comisión. No debe olvidarse que es fácil la crítica desde la tranquilidad que proporciona la investigación académica, hasta cierto punto despegada de la compleja vida real de los conflictos jurídicos. Sin duda, es difícil la función que compete a la jurisprudencia europea: armonizar en la práctica dos factores tan propensos a entrar en tensión como son, de un lado, las exigencias que comporta mantener en equilibrio el consenso de los Estados contratantes —entes soberanos— que hacen posible la vigencia del Convenio, y de otro, lograr un progresivo perfeccionamiento de la protección de los derechos humanos, por encima de las particulares restricciones que les imponen los Derechos internos, de una enorme diversidad. Pero es justamente la grandeza

de la labor que corresponde a los órganos de Estrasburgo lo que me impulsa a proponer sucintamente, como eslabón final de este trabajo, algunos puntos que me parecen de singular importancia para su adecuado desempeño.

En primer lugar, pienso que existe un presupuesto imprescindible para fijar correctamente el planteamiento de toda cuestión relativa a los derechos humanos y, por tanto, también al derecho de libertad religiosa. Me refiero a la necesidad de superar la antinomia que en ocasiones se establece entre interés público y ejercicio personal de las libertades, según la cual este último vendría a representar un legítimo interés individual, jurídicamente protegible en el máximo grado, pero que deberá ceder al entrar en conflicto con un interés colectivo, no menos legítimo, y de superior entidad cuantitativa. Frente a tal afirmación, sólo aparentemente obvia, es necesario advertir que la garantía de los derechos fundamentales de la persona constituye el interés público de más alto rango para el ordenamiento jurídico de un Estado: de ello depende, en definitiva, su respeto efectivo por la persona, que permitirá calificarlo como Estado totalitario o como Estado de derecho en sentido estricto. La contraposición, por tanto, no tiene lugar entre un interés público y otro privado, sino entre dos intereses públicos, aunque sea un solo individuo quien reclama el ejercicio de su derecho.

Sólo precisados así los términos de la ecuación, cabe apreciar el interés general que, en el caso concreto, se muestra preferentemente, estimando cuál de las dos opciones acarrearía un daño más grave al bien social. Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que el daño social causado por la lesión directa de un derecho fundamental de la persona —impedir o imponer absolutamente una conducta— debe valorarse cualitativamente, porque el valor de la persona no es cuantificable: la valoración cuantitativa sólo será aceptable en un segundo momento, cuando se comprueba que los intereses contrapuestos pertenecen a la misma categoría. Cosa distinta ocurriría si se produce un trato discriminatorio contrario al principio de igualdad jurídica: en tal supuesto, la lesión del derecho fundamental sería indirecta, y el daño social producido por ese concepto habría de medirse por los concretos derechos individuales directamente violados que, según su naturaleza, podrán ser susceptibles de una valoración cuantitativa, incluso meramente económica.

Todo lo anterior presupone una noción del ordenamiento jurídico estatal al servicio de la persona, y no viceversa: el ser humano como fin, y no como medio del Derecho. Lo que, a su vez, pone de relieve la necesaria fundamentación ontológica —natural— de una concepción de los derechos humanos que aspire a merecer esa calificación: si los derechos del hombre se basan en la dignidad de la persona humana singular, la primera tarea que ha de acometerse es redescubrir qué es la persona, cuál es su dignidad, de dónde proviene. En la medida en que ese conocimiento

sea más profundo, más sólida será la garantía de los derechos humanos, por estar más firmemente arraigada.

La cuestión adquiere particular resonancia cuando se formula en el ámbito de una organización como la del sistema europeo, llamada a ejercer la jurisdicción en un marco supranacional. Es indudable que uno de los grandes logros de este siglo en el mundo del Derecho son los pactos internacionales de derechos humanos, que nacen históricamente como reacción frente a los excesos a que estaba abocado el positivismo jurídico. Pero esos derechos, aceptados por grandes sectores de la tradición jurídica occidental, corren el peligro de reducirse a meras declaraciones de pretendida buena voluntad, inoperantes en la práctica, si no hay una jurisprudencia, consciente de su responsabilidad, que determine su contenido y límites con rigor y verdadero sentido de la justicia; prueba de ello es la desprotección del derecho a la vida del no nacido, ahora mayor que nunca, paradójicamente en plena efervescencia del sentimiento en pro de los derechos humanos. Ese es precisamente el cometido del Tribunal y Comisión de Estrasburgo: al tiempo que administran justicia en los casos singulares, elaborar una noción de cada uno de los derechos humanos con validez supraestatal. Para ello necesita un punto de referencia capaz de comunicar pretensiones de universalidad a su tarea: y no hay otra referencia viable fuera de la propia naturaleza —única, objetiva, permanente— del hombre. Eso no significa caer en un utópico e ineficaz inmovilismo, a semejanza de las ideas que inspiraron el pensamiento racionalista. Lo que expresa la naturaleza humana es el núcleo identificador, más radical, de los derechos: esto sí es permanente; pero esa misma naturaleza reclama la adaptación de ese núcleo —respetándolo— a las variadas circunstancias de la vida social en cada lugar y en cada época: también ello es función de la jurisprudencia.

Así las cosas, inmediatamente surge el interrogante de quién puede definir qué es el hombre, qué es lo naturalmente humano, especialmente en una sociedad caracterizada por el pluralismo de ideas, en la que, desde no pocas instancias, se quiere ver en cualquier doctrina con reminiscencias de iusnaturalismo un cadáver enterrado, que es mejor dejar consumirse en el olvido. Ciertamente, no puede ignorarse la dificultad de encontrar una respuesta, pero ello no autoriza a eludir la pregunta, salvo que se esté dispuesto a incurrir en un relativismo jurídico de consecuencias imprevisibles, algunas de las cuales han sido y continúan siendo experimentadas. Por otra parte, el hecho de plantearse la cuestión significa de algún modo haber comenzado ya a contestarla.

A mi juicio, en medio de la enorme diversidad de actitudes sobre el tema —sin que falten quienes excluyen positivamente la posibilidad de una respuesta—, resulta importante acudir a las instancias doctrinales menos politizadas, con mayor independencia derivada de su falta de vincula-

ción a concretos sistemas de Derecho positivo, con más propensión a la objetividad y permanencia. En este sentido, interesa tener en cuenta el dato histórico, y conviene por ello no olvidar que la noción de persona humana, y de su dignidad, es una noción originariamente cristiana; no es casual el amplio eco que en las últimas décadas han encontrado las declaraciones pontificias al respecto.

En cualquier caso, es palpable la urgencia de que la jurisprudencia internacional —es una responsabilidad que comparte con la doctrina jurídica— busque el fundamento ontológico de los derechos humanos cuyo contenido debe definir, imponiéndose —con el único recurso de su *auctoritas*— a la presión que sobre ella ejerce el hecho de que su jurisdicción proviene del consentimiento de los Estados nacionales. De lo contrario, ese contenido —falta de bases objetivas— quedaría sujeto a las variaciones de las corrientes políticas imperantes en cada momento. Con tan inestable apoyo, los pactos de derechos humanos se transformarían en lo que justamente trataban de evitar: habría nacido una nueva especie de positivismo jurídico, de carácter internacional, cuyo respaldo sería ahora el consenso de los Estados en lugar de su poder de coacción material.