

UNISCI Discussion Papers
Universidad Complutense de Madrid
unisci@cps.ucm.es
ISSN (Versión impresa): 1696-2206
ESPAÑA

2007
Eliane Ursula Ettmueller
EL PRESENTE Y FUTURO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN EN
LA UNIÓN EUROPEA
UNISCI Discussion Papers, mayo, número 014
Universidad Complutense de Madrid
Madrid, España
pp. 95-113

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Universidad Autónoma del Estado de México

<http://redalyc.uaemex.mx>





EL PRESENTE Y FUTURO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Eliane Ursula Etmueller¹
Universidad Complutense de Madrid

Resumen:

El presente artículo pretende desarrollar el estado actual de la libertad de conciencia y de religión en las instituciones jurídicas de la Unión Europea. Explora brevemente su evolución a lo largo de la historia de la Unión Europea, haciendo un repaso de la jurisprudencia, analizando el *Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, reflexionando acerca de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, presentando los avances introducidos por el *Tratado de Maastricht* y el *Tratado de Amsterdam* e interpretando la *Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea* y el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Las conclusiones recogen posibles perspectivas para el futuro.

Palabras clave: Unión Europea; libertad de conciencia; religión.

Title in English: “*The Present and Future of Freedom of Conscience and Religion in the European Union*”

Abstract:

This article intends to develop the current state of freedom of conscience and religion in the European Union juridical institutions. It briefly explores their evolution along the history of the EU, analyzing the jurisprudence, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, reflecting on the constitutional traditions of the member states, presenting the advances introduced by the Maastricht and Amsterdam Treaties, and interpreting the Charter of Fundamental Rights and Liberties of the European Union and the Treaty Establishing a Constitution for Europe. The conclusions present some possible perspectives for the future.

Keywords: European Union; liberty of conscience; religion.

Copyright © UNISCI, 2007.

Las opiniones expresadas en estos artículos son propias de sus autores, y no reflejan necesariamente la opinión de UNISCI. *The views expressed in these articles are those of the authors, and do not necessarily reflect the views of UNISCI.*

¹ Eliane Ursula Etmueller es becaria de investigación en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid y doctoranda en el Instituto de Ciencias de las Religiones de dicha universidad.

Dirección: Departamento de Ciencia Política III (Teorías y Formas Políticas y Geografía Humana), Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, UCM, Campus de Somosaguas, 28223 Madrid, España. *E-mail:* elianeetmueller@cps.ucm.es.



Introducción

El derecho a la libertad de conciencia y de religión se debe entender en primer lugar como un ámbito de libertad del individuo, como derecho humano, conquistado en la lucha contra el poder religioso. La separación del ámbito secular del religioso no se produjo sin uso de las armas. Ninguna de las confesiones cristianas con relevancia política se inclinó de forma voluntaria a favor de una interpretación con efectos restrictivos sobre su autoridad del dicho de Jesús en el Evangelio de Marcos 12:17 (“¡Dad al César lo que es del César y dad a Dios lo que es de Dios!”). Con la reforma protestante y la aparición de las Iglesias de Estado sólo se había conseguido la completa independencia para los príncipes reformados de a la tutela de Roma pero ninguna concesión para el pueblo o el individuo de adoptar una fe que no sea la declarada oficial del Estado. El individuo, de todos modos, era una entidad filosófica y jurídicamente inexistente. Sólo a partir de la ilustración y las exigencias de un Estado que deje libre un ámbito personal protegido contra toda ingerencia de las autoridades para el individuo (Estado gendarme) y con el iusnaturalismo y la escisión entre una legislación divina y una claramente hecha por seres humanos, se pudo teorizar un derecho a pertenecer (de forma individual) a una religión que no sea la impuesta por el Estado (personificado en el monarca absoluto). Podemos decir, por consiguiente, que la organización social y política de la religión pasó en términos de Max Weber, de ser concebida como una institución (*Anstalt*) en la que uno nace a una asociación (*Verein*), a la que el individuo puede adherirse. Es evidente que la tipificación que acabamos de proponer es muy discutible ya que un porcentaje muy pequeño de las personas cambian de religión. El individuo sigue naciendo dentro de una comunidad de fe. La diferencia que pretendemos destacar consiste en que ya no define el soberano del territorio la religión de sus súbditos, sino los padres eligen la de sus hijos². No parece sorprendente la confusión entre la identidad como creyente católico y español que describe Juan Álvarez Junco ya que hasta la fecha actual la nacionalidad de un individuo suele definir a la vez su confesión (sea o no practicante).

No obstante, no sólo las religiones, en tanto sistemas metafísicas de representación del sentido del mundo, sino también las ideologías laicistas - extremo opuesto -, Voegelin las llama religiones políticas, han llegado a reclamar de forma sanguinaria su exclusividad y valor universal. Las Constituciones de los Estados europeos, adoptadas después de la Segunda Guerra Mundial y la carnicería provocada por parte de los Estados totalitarios, basados en el fundamento ideológico de las religiones políticas, que se habían proclamado laicistas, recogen todas un amplio catálogo de derechos y libertades fundamentales entre los cuales se encuentra la libertad de conciencia y de religión. Todas las 24 Constituciones escritas de los Estados que integran la Unión Europea³ recogen esta libertad fundamental. Por consiguiente, parece indiscutible que el derecho que nos interesa forma parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, no hay que olvidar que por razones históricas los países europeos se siguen relacionando con las religiones (mayoritarias) presentes en sus territorios de forma muy distinta. Existen básicamente según Ana Fernández-Coronado⁴ dos sistemas de convivencia de lo religioso con lo político en el ámbito europeo:

² No se reclamó hasta el momento el derecho del niño a no ser adoctrinado en la religión de sus padres como derecho humano (exigencia que aparenta muy legítima: el niño tiene derecho a su integridad física, ¿por qué no a su integridad mental?). No obstante se sigue reclamando el derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus creencias religiosas los cuales pueden entrar en conflicto abierto con los principios fundamentales del Estado democrático (por ejemplo, según el artículo 14 de la Constitución española no cabe discriminación alguna por razones de sexo, discriminación que no duda en hacer de forma llamativa la religión católica...).

³ El Reino Unido carece como es sabido de Constitución formal escrita.

⁴ Vid.: Fernández-Coronado González, A. (dir.) (2002): *El Derecho de la libertad de conciencia en le marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Madrid, COLEX, cap. VIII.



Las Iglesias de Estado y los Estados laicos. En el primero se encuentran amplias relaciones entre la autoridad estatal y la religiosa. En esta categoría entrarían Inglaterra, Dinamarca, Grecia, Suecia y Finlandia. En segundo lugar, el sistema laico es aquel que impone una estricta separación entre los dos ámbitos. Francia⁵ y Holanda son ejemplos de esta forma de organización. Gerhard Robbers⁶ añade un tercer modelo: se trata de un sistema que parte de una separación explícita de Iglesia y Estado pero reconoce a la vez múltiples tareas comunes en las cuales la actuación de los dos ámbitos se encuentran. Robbers nombra a Bélgica, España, Italia, Austria y Alemania como representantes de su tercera categoría. Se podría añadir, a partir de la última ampliación y la integración de Malta como Estado miembro de la Unión Europea un cuarto modelo. Malta establece una Iglesia de Estado pero con el Papa, o sea una entidad ajena al conjunto nacional, como máxima autoridad⁷. No existe, no obstante, un consenso general en la doctrina acerca de los “efectos secundarios” sobre la libertad de conciencia y religiosa que pueda tener el mantenimiento de una Iglesia de Estado. Se habla a la vez de una clara tendencia hacia la laicidad en el seno de todos los sistemas los Estados miembros de la Unión Europea y de una tensión permanente o una contradicción *in terminis* entre el concepto de Iglesia de Estado y la libertad de conciencia y de religión.

El Derecho originario de la Comunidad Europea hasta el Tratado de Maastricht⁸ carecía por completo de cualquier mención relativa a la libertad de conciencia y de religión. Este silencio legal parecía justificado ya que el impulso inicial que llevó a la creación de las Comunidades Europeas era simplemente económico. Cuando se empezó a imponer seriamente la reivindicación de una mayor unificación de la política en Europa – que encontró su materialización en el Tratado de la Unión Europea (TUE) – se empezó a hablar también de la cuestión religiosa ya que la Unión Europea se comprometió de forma explícita⁹ para respetar los derechos humanos e libertades fundamentales recogidos en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)¹⁰ y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Este reconocimiento recogido en el artículo F.2 del Tratado de Maastricht puede considerarse como primer paso en un posible camino en dirección de una legislación comunitaria en el ámbito del derecho eclesiástico.

A pesar del fracaso que ha sufrido el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (Constitución) en los referenda de Francia y Holanda, parece indiscutible situar el *ethos* y *telos* de la Unión Europea más allá de una simple organización supranacional con fines económicos. Las motivaciones “tradicionales”¹¹ que impulsaron la aproximación de los

⁵ Excepto el régimen especial que rige para Alsacia y Moselle, donde sigue vigente el Concordato con la Santa Sede firmado por Napoleón en 1801. La razón histórica por la cual el Concordato no se derogó es que Alsacia y Moselle eran alemanes cuando se adoptó la *Ley Ferry* en 1905 que abolió este vínculo directo con el Vaticano para el resto del territorio francés.

⁶ Vid. Robbers Gerhard (ed.) (1996): *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.

⁷ En el artículo 2.1 de la Constitución de Malta se nombra la religión católica apostólica y romana como oficial del Estado. No obstante, el derecho a la no discriminación por razón de *credo* y la libertad de conciencia vienen garantizados por los artículos 32 y 40.

⁸ El Tratado de la Unión Europea fue firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 y fue revisado por el Tratado de Ámsterdam, adoptado el 2 de octubre de 1997 y el de Niza, adoptado el 26 de febrero de 2001.

⁹ Vid.: art. F.2 del Tratado de Maastricht.

¹⁰ El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y modificado por el Protocolo nº11 de 11 de mayo de 1994.

¹¹ Los autores del *Reflection Group* sobre *The Spiritual and Cultural Dimension of Europe* las denominan *old forces of integration*. Vid.: Biedenkopf, K., Geremek, B. y Michalski, K.: “Concluding remarks”, en *Reflection Group: The Spiritual and Cultural Dimension of Europe*, Viena / Bruselas, Institute for Human Sciences, octubre de 2003, p. 8.



países europeos (el deseo de paz y estabilidad, las amenazas exteriores relacionadas con la guerra fría y el crecimiento económico) han perdido su fuerza. Por esta razón se ha impuesto la búsqueda de una identidad común con vistas hacia la fomentación de una nueva base para la integración de la Europa ampliada y de posguerra fría. Se aspira no sólo a la consecución de un sustento renovado para la arquitectura institucional europea, sino también a la adquisición de una identidad específica de sus integrantes. Desde un punto de vista político-identitario la problemática latente es la que se resume en las interrogantes siguientes: ¿qué es Europa? ¿Quiénes son los europeos? Las dificultades de desarrollar una identidad común de 25 (o más) Estados miembros compuestos por pueblos muy diversos, con idiomas y culturas diferentes y, hace poco tiempo, incluso con la firme intención de acabar unos con la libertad de otros, se presentan como insuperables. Para seguir adelante con el proyecto integrador europeo y no volver a una simple colaboración mercantil, se hace necesaria la construcción de una identidad europea compartida¹². *European culture, indeed Europe itself, is not a "fact". It is a task and a process*¹³. La respuesta jurídica al problema mencionado la intentó dar la elaboración de una Constitución para Europa. La formalización y concreción del conjunto de las *normae normarum* confusas de la Unión Europea en un texto único con rango constitucional y la integración en su seno de la Carta Europa de Derechos Fundamentales (Carta), tal y como está concebida en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, significaría a la hora de su entrada en vigor un gran paso adelante en la integración política de la Unión.

1. La jurisprudencia

La labor pionera en el ámbito de la aplicación de los derechos humanos antes de su positivización en el marco del Derecho originario de la Unión Europea incumbió al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJC) que pretendía, sin entrometerse en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, existentes al respecto, garantizar el respecto de estos derechos en el ámbito comunitario.

El primer caso en el que el TJC llegó a reconocer la protección del derecho de libertad religiosa y de conciencia a pesar de rechazo del recurso concreto es el siguiente: en 1974 el TJC denegó el recurso de una ciudadana holandesa, miembro de la Iglesia de Cienciología, a la que las autoridades inglesas habían negado su entrada en el Reino Unido por motivos de orden público con la justificación que es perfectamente lícito que un Estado miembro establezca restricciones en virtud del orden público frente a agrupaciones cuyas actividades se consideran peligrosas para la sociedad¹⁴.

La segunda sentencia importante para la jurisprudencia que se refiere al tema de la libertad de conciencia y religiosa es la dictada respecto al recurso de la Señora Vivien Prais, el 27 de octubre de 1976¹⁵. La Señora Prais, de religión judía, recurrió contra el Consejo que había hecho omisión de su solicitud de un cambio de fecha de un concurso público que se había fijado un sábado. La demandante alegó en su defensa el artículo 27 del Estatuto de los funcionarios de la Comunidad Europea, los artículos 9 y 15 del CEDH, y el hecho que la discriminación por razón de religión está prohibida por el Derecho comunitario porque va en contra de los Derechos humanos que debe proteger el TJC. El TJC sentenció que el Consejo

¹² Si ya existiese no harían falta tantas discusiones y reflexiones acerca de ella; se daría por supuesto.

¹³ Biedenkopf *et al.*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴ *Vid.*: Sentencia *Van Duyn contra Home Office*, Asunto 41-74 de 04/12/1974.

¹⁵ *Vid.*: Sentencia *Vivien Prais contra Consejo de las Comunidades Europeas*, Asunto 130-75 de 27/10/1976.



está obligado a tomar en consideración las condiciones confesionales de un participante en un concurso público a la hora de fijar su fecha provisto que aquellas condiciones le sean notificadas en un tiempo previo a la toma de decisión acerca del momento del examen. El requisito de una petición explícita parece razonable ya que sería imposible respetar de forma general todos los calendarios específicos de todos los grupos religiosos presentes en los Estados miembros. Por consiguiente, el TJC rechazó el recurso explicando que la solicitud de un cambio de fecha de la Señora Prais no se había entregado a las autoridades en un plazo que hubiera hecho posible la realización de su deseo. Robbers concluye que

a pesar de que el TJC en este caso concreto no consideró a las autoridades obligadas a trasladar el examen, reconoció, no obstante, la exigencia religiosa de la candidata como un interés que debe ser protegido por la Comunidad, y que la libertad religiosa comprende, por tanto, junto a un derecho de rechazo frente a las agresiones activas de los poderes públicos en la esfera religiosa, una obligación positiva de tomar las medidas organizativas necesarias para otorgar el marco adecuado de garantía a los intereses religiosos, por parte de los poderes comunitarios¹⁶.

Robbers¹⁷ y Relaño¹⁸ mencionan algunas sentencias adicionales referidas sobre todo a aspectos económicos y laborales relacionados íntimamente con el ámbito religioso. Sin embargo, la sentencia más importante que se puede considerar como una especie de punto de partida para la elaboración de un Derecho eclesiástico europeo es la de *Prais* que acabamos de analizar.

2. El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

En el artículo 6.2 [antiguo F.2] del TUE los Estados miembros se comprometen a respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH. A continuación vamos a reflexionar brevemente sobre los elementos que recoge el CEDH referentes a la materia religiosa.

El Consejo Europeo, a causa de la gran homogeneidad política, imperante en su seno, ligada sobre todo al compromiso por la democracia parlamentaria y el Estado de Derecho, es la organización internacional que más lejos llegó en la institucionalización de la protección y garantía de los derechos humanos. En el año 1950 se firmó en Roma el día 4 de noviembre, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Desde el punto de vista jurídico, el Convenio es más explícito y va más al detalle en la formulación de los derechos civiles y políticos que la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de las Naciones Unidas, no obstante, su contenido material no se puede considerar como mucho más original. Su aportación fundamental consiste en la institucionalización de la garantía de los derechos que proclama. Con este fin estableció dos organismos: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No obstante, con el Protocolo 11 se suprimió formalmente la Comisión y se posibilitó el acceso directo al

¹⁶ Vid.: Robbers, Gerhard (ed.) (1996): *Estado e Iglesia en al Unión Europea*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 334.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Vid.: Relaño Pastor, E., "La libertad religiosa y de conciencia en la Unión Europea: la Carta de los Derechos Fundamentales y la futura Constitución Europea", en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 12 (octubre-diciembre 2004), pp. 563-594.



Tribunal por parte de particulares que han agotado con sus recursos, por violación de un derecho fundamental protegido por el CEDH, la vía interna de su sistema legal respectivo. El TEDH tiene en este sentido un funcionamiento parecido al de un Tribunal Constitucional. Además, sus sentencias tienen fuerza obligatoria y están provistas de aplicabilidad directa en el sistema judicial de los Estados partes del CEDH.

El CEDH se convirtió en la base normativa para el desarrollo de la labor de legislación europea en materias de derechos humanos de forma definitiva a partir de su inclusión en el artículo F.2 del Tratado de Maastricht. Para poder reflexionar acerca del futuro de la libertad de conciencia en la Unión Europea, debemos analizar en un primer momento los dos artículos contenidos en el CEDH que se refieren al ámbito de nuestro interés. Se trata del artículo 9 sobre la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión y del artículo 14 que recoge la prohibición de la discriminación. Los dos artículos exponen lo siguiente:

Artículo 9: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

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

Artículo 14: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna nacimiento o cualquier otra situación.

Partiendo del contenido del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con la interpretación de Agustín García Ureta¹⁹, se nos presentan dos libertades distintas resumidas bajo la denominación genérica *libertad de conciencia*. Por un lado, queda establecida la libertad interior de formar, mantener y cambiar una convicción religiosa personal²⁰. Por otro lado, estamos hablando de, una vez formada la convicción interior de cada uno, la posibilidad de adecuar el comportamiento individual a las creencias personales y manifestar abierta y libremente su fe. El artículo 9 CEDH inspiró fuertemente la formulación del primer párrafo del artículo 10 de la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea que a su vez empieza por reconocer la dimensión interna de la libertad de conciencia para pasar enseguida a su manifestación externa y acabar haciendo alusión al ámbito colectivo. Eugenia Relaño Pastor subraya que

la manifestación externa incluye no sólo las prácticas o el culto sino también la enseñanza. De modo que será preciso relacionarlo con el artículo 14.3 de la Carta: Se respetan [...] el

¹⁹ Vid.: García Ureta, A., "Artículo 9: Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 328-355.

²⁰ En este sentido parece algo contradictorio la necesidad que expone García Ureta de reconocer la libertad de conciencia también a las organizaciones y asociaciones (en otras palabras personas jurídicas) que por imposibilidad fáctica no pueden tener una convicción "privada" o restringida a la mente.

²¹ Paréntesis hecha por la autora citada.



derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas²².

La profesora insiste también en la novedad del artículo 10 de la Carta frente al artículo 4.3b del CEDH que consiste en la inclusión del derecho a la objeción de conciencia como derecho subjetivo desvinculado de su conexión explícita con el servicio militar y en los límites establecidos en las legislaciones nacionales. Según las consideraciones de Robbers, el artículo 9 del CEDH llega a proteger la libertad religiosa no sólo de los individuos sino también de las comunidades (es decir, de las personas físicas y jurídicas) que están provistos de un derecho propio para recurrir ante los órganos garantes de los derechos recogidos en el CEDH. La jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos incluye en esta categoría legal la garantía de la libre organización de las comunidades de fe, la práctica del culto, la tarea educativa y el mantenimiento de las costumbres religiosas. Robbers destaca como ejemplo de la autonomía de las religiones protegida por la Comisión una Sentencia de esta última que rechaza el recurso de un médico contra su despido de un hospital católico alemán a causa de su militancia pública a favor del aborto²³. De acuerdo con la interpretación que la Comisión hace del CEDH, es lícito que los empresarios exijan un comportamiento que no perjudique sus convicciones religiosas por parte de sus trabajadores. Como bien subraya Fernández-Coronado, este apoderamiento de los grupos confesionales en detrimento de la libertad de pensamiento y de conciencia del individuo es una evolución más que alarmante²⁴.

El artículo 14 del CEDH implica el derecho a la no discriminación de las personas físicas tanto como jurídicas. A través de la prohibición de no discriminación, el Estado está obligado a adoptar un comportamiento llamémoslo “pasivo” de no discriminar, no obstante, el mismo no se compromete automáticamente para una implicación “activa” en la lucha por la igualdad y la erradicación de todo tipo de discriminación. Según las explicaciones de René Santamaría Arinas, la doctrina, avalada por la jurisprudencia del TEDH, reconoce al contenido del artículo 14 un carácter a la vez accesorio y autónomo²⁵. Sin embargo, la autonomía constituye una virtud más bien subordinada o secundaria frente a sus rasgos de dependencia ya que se suele considerar el derecho a la no discriminación en segunda instancia: primero, en el caso del rechazo de un recurso por la lesión del derecho invocado junto a él, se valora si a pesar de la inexistencia de la violación del derecho recurrido hubo discriminación y, segundo, en el caso de la admisión del recurso se pondera como elemento agravante de la infracción.

Aplicado la prohibición de la discriminación al sistema normativo europeo, tenemos que interpretarla como interdicción de un comportamiento desfavorable para personas físicas y jurídicas por parte de las instituciones y organismos de la Unión o por parte de los Estados miembros a la hora de aplicar el Derecho comunitario. En definitiva, el artículo 14 del CEDH no incita de ninguna forma (también por su carácter preponderantemente accesorio, como acabamos de ver) a la elaboración de medidas enfocadas hacia una reducción de las causas formales y materiales de discriminación existentes en la sociedad civil. Se trata más bien de un derecho típico de primera generación de los derechos humanos que pretende limitar la actuación estatal a su función de gendarme.

²² Relaño Pastor, *op. cit.*, p. 575.

²³ Sentencia *Rommelfanger contra República Federal de Alemania*, Asunto 12242/86 de 06/09/1989.

²⁴ *Vid.*: Fernández-Coronado, *op. cit.*, pp. 128-129.

²⁵ *Vid.*: Santamaría Arinas, R., “Artículo 14: Prohibición de discriminación”, en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 526-548.



3. Las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea

El artículo 6.2 [antiguo F.2] del TUE recoge no sólo el respeto de los derechos humanos con referencia al CEDH sino también los que se pueden derivar de las tradiciones constitucionales comunes. El conjunto de estas normas son elevadas por el mismo artículo al rango de principios generales del Derecho comunitario. Robbers explica que

para fijar las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros hay que partir, a tenor de la constante jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de una comparación jurídica valorativa, fundamentalmente del Standard de aquel Estado miembro que lo tenga más alto²⁶.

No obstante, en los supuestos de máxima diferencia entre los ordenamientos internos de los Estados miembros, en lugar de elaborar un estándar comunitario, el TJC remite la protección de los derechos vinculadas con lo religioso a las legislaciones nacionales. Esta actitud poco favorable a la consecutiva unificación de la legislación en materias de la libertad de conciencia encuentra su sustento legal en el artículo 6.3 del TUE, que garantiza la identidad nacional de los Estados miembros y en el principio de subsidiariedad (ya que lo religioso está lejos de configurar una materia de competencia exclusiva de la Unión) establecido formalmente en el artículo 5 [antiguo artículo 3b] del Tratado de Roma que hace hincapié en la importancia de la eficacia y suficiencia como regla general. Robbers opina al respecto que los asuntos religiosos están estrechamente ligados a la cultura y la identidad nacional por lo cual se justificaría la reticencia de los Estados a delegar estas materias a la Unión.

Fernández-Coronado describe la tradición constitucional común contemplada desde el punto de vista individual y colectivo como sigue: en primer lugar, en la escala individual, la tradición constitucional común de los Estados Miembros de la Unión (de acuerdo con el estándar de la protección más amplia) incluye el personalismo, el derecho de libertad de conciencia, religión y creencias, y el derecho de igualdad y no discriminación con el límite que pueda imponer el respeto del orden público. En segundo lugar, en el ámbito de lo colectivo, la base común de los distintos textos constitucionales se podría establecer a partir de la separación entre Iglesia y Estado, fundamento de la laicidad entendida como compatible con una cierta cooperación con las confesiones con el fin de posibilitar el pleno desarrollo de sus derechos (tanto colectivos como individuales). Fernández-Coronado concluye que como tradiciones constitucionales comunes pueden considerarse esencialmente los derechos humanos y la laicidad del Estado. En la opinión de la misma profesora, estos dos elementos podrían servir como base para la creación y el desarrollo de un Derecho eclesiástico comunitario. Se trataría de una base amplia para un contenido mínimo.

Este contenido estaría, entonces, integrado por el derecho de igualdad en la libertad de conciencia en su nivel individual y colectivo, pero construido sobre la base del personalismo, la no discriminación positiva ni negativa de individuos o grupos y el respeto a las minorías. En definitiva, sobre la base de una laicidad referida el pluralismo ideológico y religioso²⁷.

²⁶ Robbers, *op. cit.*, p. 336.

²⁷ Fernández-Coronado González, A. (dir.), *El Derecho de la libertad de conciencia en le marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, COLEX, Madrid, 2002, pág. 131.



Los sistemas jurídicos que pueden establecer las organizaciones confesionales para su régimen propio no formarían parte, evidentemente, de la mencionada base común. El reconocimiento de los estatutos privilegiados que algunas confesiones gozan en los Estados miembros a un nivel constitucional no es deseable ya que chocaría con el principio de no discriminación, es decir con el trato igualitario que promete la Unión Europea a todas las agrupaciones religiosas. Además, la protección de la libertad de conciencia tiene que primar frente al reconocimiento jurídico de las confesiones ya que, según el principio personalista del Estado laico, el sujeto principal del derecho de libertad de conciencia es la persona física (principio que parece en contradicción abierta con la sentencia *Rommelfanger contra República Federal de Alemania*²⁸ de la Comisión Europea de Derechos Humanos).

4. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam

La cuestión de un posible desarrollo de un Derecho eclesiástico europeo, sólo se pudo plantear cuando el deseo de integración de la Unión se proyectó más allá de los asuntos económicos. El Tratado de Maastricht eleva, como hemos visto, al CEDH y a las tradiciones constitucionales en su artículo F.2 al rango de principios generales del Derecho comunitario. A partir del compromiso de respetar los derechos humanos contenidos en el CEDH (con su artículo 9 sobre la libertad de conciencia y 14 acerca de la no discriminación) el Tratado de Maastricht pudo dar pie a las presiones, iniciadas por parte de las iglesias alemanas, a favor de la elaboración de un artículo que favorecería el trato de la Unión Europea con las iglesias. La justificación que se alegó por la mencionada reivindicación era el arraigo cultural de las confesiones religiosas en Europa. En la reunión intergubernamental de Bruselas de julio de 1997 para la reforma del Tratado de Maastricht el gobierno alemán presentó la propuesta de la inclusión de un artículo con el enunciado siguiente:

La Unión considera que la posición constitucional de las comunidades religiosas en los Estados miembros constituye, tanto una expresión de la identidad de los Estados miembros y su cultura, como una parte de su patrimonio cultural común.²⁹

Austria e Italia formularon otra propuesta:

La Unión respeta el estatuto constitucional de las iglesias y otras asociaciones religiosas en los Estados miembros, en tanto que expresión de la identidad y de la cultura de los Estados miembros, así como parte del patrimonio cultural común.³⁰

El Tratado de Ámsterdam supuso otro avance importante hacia una unión política a partir de un espacio de libertad común, con el propósito de crear una ciudadanía europea e incluso el objetivo (que parece algo utópico después de los desacuerdos causados por la guerra de Irak) de una política de exterior y seguridad común³¹. No obstante, el único reflejo material que quedó de las negociaciones alrededor de la polémica de la mención de las iglesias y comunidades religiosas es la declaración sobre el estatuto de las iglesias y de las

²⁸ *Op. cit.*

²⁹ Fernández-Coronado, *op. cit.*, p. 113.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Vid.*: art. 2.2, 2.3, 2.4.



organizaciones no confesionales³² incorporada en el Acta final del Tratado de Ámsterdam que expone lo siguiente:

La Unión Europea respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho nacional, a las iglesias y a las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros. La Unión Europea respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales.

Es importante tener presente que este enunciado tiene un valor puramente declarativo y no representa en absoluto una norma jurídicamente vinculante. Si además recordamos el principio base del respeto de la identidad nacional y de la subsidiariedad, podremos concluir que la Unión Europea no legislará acerca de los asuntos concernientes al ámbito que aquí nos interesa. Sin embargo, con ello no se acaba la influencia del TUE sobre el ámbito del Derecho eclesiástico. Debemos contrastar nuestra hipótesis basada en la no ingerencia y de la subsidiariedad³³ nuevamente con el enunciado consolidado del artículo 6.2 [antiguo F.2] del TUE que proclama que:

La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantiza en el Convenio Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

Adicionalmente tenemos que destacar el principio de la supremacía del Derecho comunitario sobre la legislación nacional de los Estados miembros, claramente avalada por el TJC en las Sentencias *Van Gend & Loos*³⁴ y *Costa*³⁵, por lo cual el CEDH se impone como obligatorio para el conjunto de los Estados miembros. Entre los requisitos para la incorporación de nuevos Estados aspirantes a ser miembros de la Unión Europea se exige ahora la ratificación del CEDH. A causa de esta situación de preponderancia de la CEDH con su pleno valor jurídico frente a la mera repercusión política que pueda tener la Declaración 11 del Acta Final del TUE, Dionisio Llamazares concluye que *la Convención y la tradición constitucional común se convierten así en instrumento obligado de unificación progresiva de la legislación de los distintos países en relación con el derecho de libertad de conciencia, no sólo como derecho individual sino también como derecho de las Confesiones [...]*³⁶. No obstante, debemos tomar en consideración que el contenido del CEDH no se llegó a constitucionalizar para Unión Europea a causa del rechazo frontal que supuso el Dictamen del TJC que declaró la incompetencia de la Unión para adherirse al CEDH. El TJC alegó, que el núcleo constitucional no puede ser cambiado dentro del marco provisto por el artículo 308 [antiguo art. 235] del TUE y que en el caso de la adhesión al CEDH y la plena transferencia de la capacidad de juzgar los casos relacionados con los derechos humanos al TEDH supondría un cambio sustancial del sistema judicial que únicamente podría llevarse a cabo mediante enmiendas a los tratados fundacionales. El mencionado Dictamen 2/94 proclama en sus consideraciones finales lo siguiente:

³² Declaración número 11 del Acta final del Tratado, adoptada en la Conferencia Intergubernamental de Turín de 29/03/1996.

³³ Vid.: art. 2 del TUE y art. 5 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

³⁴ Vid.: Sentencia *Van Gend & Loos*, Asunto 26/62 de 05/02/1963.

³⁵ Vid.: Sentencia *Flaminio Costa contra E.N.E.L.*, Asunto 6/64 de 15/07/1964.

³⁶ Llamazares, D. (1997): *Derecho de la libertad de conciencia I*, Madrid, Civitas, p. 168.



Respect for human rights is therefore a condition of the lawfulness of Community acts. Accession to the Convention would, however, entail a substantial change in the present Community system for the protection of human rights in that it would entail the entry of the Community into a distinct international institutional system as well as integration of all the provisions of the Convention into the Community legal order.

Such a modification of the system for the protection of human rights in the Community, with equally fundamental institutional implications for the Community and for the Member States, would be of constitutional significance and would therefore be such as to go beyond the scope of Article 235. It could be brought about only by way of Treaty amendment³⁷.

En último lugar, hablando de los cambios introducidos en el ámbito de lo religioso a través del Tratado de Ámsterdam, debemos referirnos al artículo 13 [antiguo artículo 6 A] que establece en su primer apartado que

el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Tales acciones encuentran su única restricción explícita en la prohibición de perjudicar las demás normas del TCE y en la prerrogativa de desarrollarse dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo Tratado. Con esta clara incitación para un comportamiento activo con vistas a la eliminación de elementos discriminatorios –en el ámbito de la Comunidad económica, claro está– el artículo 13 del TCE post-Ámsterdam supera claramente las restricciones que encontramos a la hora de analizar el mismo principio en el artículo 14 del CEDH. Por esta razón Alejandro González-Varas concluye citando a Francesco Margiotta diciendo que

el artículo 13 del TCE tiene que interpretarse conjuntamente con el artículo 308 del mismo Tratado, el cual prevé que el Consejo, tras un procedimiento parecido al del artículo 13, podrá adoptar las medidas pertinentes para llevar a cabo una acción de la Comunidad que resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad sin que el TCE haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto³⁸.

Si la religión se percibe como fenómeno con importantes repercusiones sobre la cohesión económica y social, de acuerdo con los artículos 3 del TUE y 2 del TCE, la competencia de la Unión en este ámbito es casi incontestable.

Después de describir brevemente la situación en la que se encuentran las instituciones legales europeas con vistas hacia el futuro de un Derecho eclesiástico común podemos adoptar una postura más optimista o más pesimista. En primer lugar, la no inclusión de la Declaración 11 en el articulado del propio TUE significa que la Unión no renuncia de forma jurídicamente vinculante a una posible competencia sobre la materia en cuestión. Es más, los derechos fundamentales recogidos en el CEDH, mediante su inclusión en el TUE en tanto principios generales del Derecho comunitario gozan de la protección que corresponde a estos principios. En último lugar volvemos a citar el TCE que incluye la posibilidad de un comportamiento activo con vistas hacia la eliminación de la discriminación por parte de la

³⁷ Dictamen del TJC 2/94 de 28/03/1996, ECR I-1789 (34 y 35).

³⁸ González-Varas Ibáñez, A.: “Las innovaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en materia de la libertad religiosa”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2002*, pp. 271-280.



Comunidad Europea. Sin embargo, también hay que mencionar - y con ello exponemos la postura más bien pesimista en lo que corresponde al Derecho eclesiástico común - que los derechos humanos no son competencia directa de la Unión ya que el TUE simplemente recoge el CEDH. Esta inexistencia de una normativa jurídica positiva lleva consigo que el TJC tampoco tiene competencia en el campo de las religiones. La garantía última del CEDH realiza, como vimos el TEDH que, evidentemente, no es un órgano comunitario. En definitiva, a parte de una reticencia de los Estados en mermar su soberanía respecto a los derechos fundamentales, existe un principio dubitativo de una normativa común que ha llegado a convertirse con la elaboración de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea y su inclusión en la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en una especie de parto prematuro el fruto del cual se encuentra actualmente en una máquina de incubación.

5. La Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea y la “difunta” Constitución

Con el deseo de profundizar la integración política de la Unión, en el Consejo Europeo de Colonia, del 3 al 4 de junio de 1999 se acordó, por un lado, la elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y, por otro lado, se convocó una Conferencia intergubernamental para tratar de cuestiones institucionales. Se creó la llamada Convención que pretendía ser una especie de Asamblea Constituyente que elaboró la Carta y la llegó a publicar en el DOCE el 18 de diciembre de 1999. El texto de la Carta de derechos y libertades fundamentales de la Unión Europea (Carta) se compone por 54 artículos divididos en 7 capítulos. El Preámbulo de la Carta hace referencia a los valores y principios en los que se basa la Unión Europea como también las fuentes y la finalidad de la Carta. Los pueblos de Europa expresan su voluntad para construir un futuro común a partir de los valores compartidos siguientes: la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Estos valores se garantizarán y fomentarán *dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de a identidad nacional de los Estados miembros*. El preámbulo vuelve a reiterar también el respeto del principio de subsidiariedad, de los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y de las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros. La polémica que se hizo mucha fama a la hora de la elaboración del preámbulo de la Constitución para Europa en un momento posterior, tiene su hermana mayor, algo menos llamativa, en aquella discusión que tuvo lugar en el seno de la Convención a la hora de considerar la posibilidad de una invocación a Dios en el preámbulo de la Carta. Relaño opina que la solución final, consistente en una referencia al patrimonio espiritual y moral es

un compromiso raquíico y concluye que esta fórmula lo incluye todo: lo religioso y no religioso, lo humanista y lo ético-filosófico, y minimiza la importancia histórica del legado judeo-cristiano o la influencia del Islam en las tradiciones y culturas de diferentes zonas geográficas europeas³⁹.

Se refleja en esta declaración de convicciones de la autora claramente la carga emocional que conlleva la polémica legal acerca de la positivación de la divinidad en el ámbito legal. La misma autora concluye su reflexión como sigue:

³⁹ Relaño Pastor, *op. cit.*, p. 574.



en todo caso, no se puede poner en duda el serio respeto que la Carta concede a la dimensión religiosa, no sólo mediante el reconocimiento de la libertad de conciencia, pensamiento y religión en el artículo 10 sino también a través de la utilización de conceptos fundamentales para la tradición judeo-cristiana europea: la dignidad humana, la solidaridad y el lugar central de la persona para la actuación de la Unión (preámbulo)⁴⁰.

Nos podríamos extender ahora abundantemente desde un punto de vista filosófico e histórico si la tradición judeo-cristiana puede considerarse fuente de la dignidad humana, de la solidaridad y del lugar central de la persona en la cultura europea (pensemos en la Inquisición, las guerras de religión, la exclusión de disidentes, la discriminación contra la mujer etc.) pero tales reflexiones no nos interesan en este análisis. No obstante, parece de suma importancia tener en mente el efecto desastroso que tiene todo asunto religioso sobre la objetividad científica. Nótese por ejemplo que Relaño se olvida en la segunda cita completamente del islam que incluyó de forma políticamente correcta en la primera. Por esta razón, en mi opinión, lo mejor sería suprimir los preámbulos solemnes, impregnados por visiones utópicas que pueden aparentar caricaturales e hipócritas, e ir directamente al articulado de lo que se pretende regular. Con esta actitud nos ahorraríamos además mucho papel y horas de discusión de los miembros de las Asambleas Constituyentes.

Pasemos, por consiguiente, a los artículos de la Carta que nos pueden interesar. El artículo 10 [II-70 después de su en la Constitución], inspirado en el artículo 9 del CEDH proclama que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual y colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Comparando el enunciado de este artículo con el del artículo 10 del CEDH, percibimos que el primero reproduce fielmente la garantía de la libertad de conciencia en su dimensión interna, su manifestación externa y vertiente colectiva que establece el segundo. La Carta tampoco enmienda la laguna del reconocimiento de los grupos como titulares del derecho de la libertad religiosa que falta en el CEDH a pesar de que el TEDH haya venido atribuyendo en su jurisprudencia esta titularidad a las comunidades religiosas⁴¹.

Una novedad del artículo 10 de la Carta reside en la inclusión entre las manifestaciones externas de la confesión no sólo del culto sino también la enseñanza, por lo cual se debe relacionar, como vimos, con el artículo 14.3 [II-74.3 en la Constitución], dedicado al derecho a la educación, “el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.”⁴²

Otra innovación, que ya mencionamos más arriba, representa el párrafo segundo que añade la objeción de conciencia como derecho. En el CEDH la objeción de conciencia sólo aparece en el contexto del servicio militar en el artículo 4.3b.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 575.

⁴¹ Relaño Pastor cita al respecto las siguientes Sentencias del TEDH: *Iglesia Católica de Canea contra Grecia*, de 16/09/1997, *Cha're Shalom Ve Tsedek* contra Francia, de 27/06/2000 y *Agga contra Grecia*, de 17/10/2002.

⁴² Aquí podríamos repetir la crítica de la nota a pie de página 2.



En el artículo 10 de la Carta se omiten también los límites que establece el párrafo segundo del artículo 9 del CEDH. En consecuencia, para establecer límites a la libertad de conciencia, se debe recurrir al artículo 52 de la Carta [II-112 de la Constitución] que establece para cualquier limitación de los derechos y libertades reconocidos en la Carta la exigencia que se establezca por ley, respete el contenido esencial de dichos derechos y libertades, se adopte acorde al principio de la proporcionalidad, sea necesaria y responda a objetivos del interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de la protección de los derechos de los demás. El párrafo 3 del mismo artículo 52 se refiere de forma explícita al CEDH proclamado que

en la medida en que la presente Carta contenga derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

En este sentido se puede reconocer que el Derecho comunitario pretende ir más allá del CEDH y que la concesión de un pleno valor normativo a la Carta significaría un gran paso adelante en la integración política y el impulso decisivo para el desarrollo de un Derecho eclesiástico comunitario. Se debe temer, no obstante, una cierta concurrencia de competencias frente a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales entre el TEDH y el TJC. Ambigüedades y disputas en la interpretación de los derechos y libertades protegidos por la Carta con las Constituciones de los Estados miembros se pretenden evitar mediante el párrafo 4 del mismo artículo 52 que establece que “en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.” Además, el artículo 51 [artículo II-111 en la Constitución] reitera el principio de la subsidiariedad.

En lo que corresponde al principio de no-discriminación que ya vimos en las versiones que de ello retoman el artículo 14 CEDH y el 13 TCE, el artículo 21 de la Carta [artículo II-81 en la Constitución] tiene un talante más universal al prohibir en un primer lugar *toda* discriminación mientras que el artículo 13 del TCE y el 14 del CEDH tienen que interpretarse en el espacio específico creado por el tratado respectivo. El derecho a la no discriminación adquiere, por lo tanto, un carácter plenamente autónomo muy distinto al accesorio que mantiene en el ámbito de aplicación del CEDH. A pesar de la generalidad del contenido de este artículo que abre la posibilidad de extender su aplicación otros tipos materiales de discriminación, la prohibición formal de discriminación sólo se refiere a los actos de las instituciones y de los organismos de la Unión y de los Estados miembros a la hora de aplicar el Derecho comunitario. El principio de no discriminación no se concibe de la misma manera a la hora de juzgar el trato diferencial que puedan mantener las propias organizaciones confesionales a causa de sus convicciones religiosas en el trato con los particulares. Llamativo es al respecto el apoyo que procura la normativa europea a través de la Directiva 2000/78/CE al *status quo* en el que se encuentran las legislaciones nacionales entre las cuales hay muchas que no se molestan en permitir que las organizaciones religiosas mantengan ordenamientos (respectivas al empleo en el seno de sus propias instituciones) claramente discriminatorios.

Interesante resulta, en último lugar, la introducción del artículo 22 [artículo II-82 en la Constitución] que proclama el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística. Este artículo tiene el aspecto de una declaración de principios ya que no pretende establecer una acción con vistas hacia la protección del pluralismo ni una garantía específica de su amplio y difuso enunciado.



Como es sabido, la Carta carece de un carácter jurídicamente vinculante por lo cual la doctrina ha venido a definir su contenido como perteneciente al *soft law* comunitario, a los acuerdos interinstitucionales, al conjunto de textos programáticos con un valor sobre todo político⁴³. No obstante, a partir de las repetidas referencias hechas por parte de las instituciones comunitarias, los Abogados Generales del TJC, los órganos judiciales nacionales de los países miembros e incluso el TEDH la Carta se ha convertido en algo más que una simple proclamación de principios. Lorenzo Martín-Retortillo destaca al respecto el gran impacto que han tenido históricamente documentos con una fuerte carga simbólica como la Declaración de Derechos Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuyos enunciados han venido a positivizarse en varias ocasiones⁴⁴. Además, hay que tener en mente que muchos derechos y libertades recogidos en la Carta ya existían antes y gozaban de una protección especial en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Con vistas hacia la elaboración de la Constitución, actualmente parada a causa de los referenda desfavorables de Francia y Holanda, la Carta era de vital importancia como veremos más adelante. Juan Antonio Carrillo Salcedo concluye al respecto que la Carta “por sí misma, es mucho más que un conjunto de exhortaciones morales o políticas, meramente programatorias, pues es un instrumento de innegable relevancia jurídica que fija los criterios para valorar la legitimidad de la actuación de todos los poderes públicos en el ámbito de la Unión Europea.”⁴⁵

La Carta no es un documento con un valor jurídico vinculante y directo. A partir de la adopción de un Proyecto de Constitución Europea por el Consejo Europeo que tuvo lugar los días 15 y 16 de diciembre en Laeken, se empezó a contemplar una posible incorporación de la Carta en el enunciado del futuro texto constitucional. Con este fin se presentaron tres posibilidades: primero, la inclusión de la Carta al principio del Tratado constitucional en tanto título o capítulo; segundo, una referencia a la Carta en un artículo y su incorporación como anexo; tercero, una mención indirecta a la Carta para dotarla de valor jurídicamente vinculante sin concederle rango constitucional. En la reunión de 23 de mayo de 2003 el Praesidium decidió que la Carta iba a formar la segunda parte de la Constitución de forma íntegra, convirtiendo su preámbulo en una introducción a esta segunda parte. Existen claramente problemas técnicos por haber integrado la Carta en el seno del tratado constitucional sobre todo frente a la coordinación de la protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales entre los sistemas nacionales y el comunitario, entre el TJCE y el TEDH. De todas formas, como la Constitución por el momento no entrará en vigor, la situación de la libertad de conciencia en Europa sigue siendo la creada a partir del TUE y del CEDH. Queda por esperar que los responsables hayan aprovechado el tiempo de reflexión y estén aprovechando el tiempo de letargo post-reflexión en el que nos encontramos en este momento para remediar los problemas de concurrencia de competencias que acabamos de destacar.

⁴³ Vid.: Díaz Crego, M., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74 (mayo-agosto 2005), pp. 139-175.

⁴⁴ Vid.: Martín-Retortillo Baquer, L.: “Dos notas sobre la Carta”, en García de Enterría, E. (dir.) (2002): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 182-197.

⁴⁵ Carrillo Salcedo, J. A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9 (enero-junio 2001), p. 25.



Conclusiones

Si suponemos que la Constitución Europea no entrara en vigor tal y como está configurada en el momento actual y la Carta tampoco llegara a ser dotada de un valor jurídico vinculante de forma separada del texto constitucional, los derechos y libertades fundamentales seguirían en el nivel actual de indefinición. Si, al contrario, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa entrara en vigor, la Carta, convertida en Parte II de este texto constitucional se elevaría al rango de instrumento jurídico con fuerza vinculante y se convertiría además en Derecho originario de la Unión. Parece incontestable el carácter integrador y constituyente de la Carta que, incluso sin ser integrada formalmente en los Tratados, va a tener la función, según Carrillo Salcedo⁴⁶, de *una especie de carta constitucional* en la jurisprudencia del TJC a causa de su sistematización de las tradiciones comunes de los Estados miembros y de los principios generales del Derecho comunitario en lo que corresponde a los derechos y libertades fundamentales. Fernández-Coronado⁴⁷ propone la incorporación del CEDH mediante la remisión material⁴⁸. Con este procedimiento el CEDH adquiriría plena efectividad jurídica en el ámbito del Derecho europeo y lo incorporaría en el sistema jurídico. El CEDH se interpretaría, por consiguiente, de acuerdo con los principios generales del Derecho europeo y el Derecho europeo frente a las normas relevantes en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales cumpliría con una función de Derecho subsidiario. No sería necesaria, entonces, la adhesión de la Unión al CEDH y se evitarían los problemas de coordinación entre el TJC y el TEDH. Como en el caso de la entrada en vigor de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales pasarían a formar parte del Derecho originario de la Unión. Con el desarrollo de la legislación común y la jurisprudencia del TJC y del TEDH en el ámbito de la libertad de conciencia y religiosa sería posible el desarrollo de un Derecho eclesiástico unificado que, según Fernández-Coronado, consistiría en “un Estado laico, compatible con una cooperación con las confesiones religiosas y las asociaciones ideológicas, ausente de discriminaciones y realizada en función de los individuos.”⁴⁹

Los modelos de relación entre Iglesia y Estado que mantienen una primacía de una religión frente a las demás, aunque supuestamente no condicionan de forma negativa la libertad religiosa de los demás grupos confesionales y de los grupos filosóficos, retratan claramente la permanencia de un *status quo* de una distribución tradicional de poderes que no ha llegado a superarse del todo. Como explica Agustín José Menéndez, la jurisprudencia del TEDH demuestra la posición problemática de la libertad de conciencia frente a una Iglesia de Estado. El profesor opina incluso que “*it is not far from implausible to claim that the establishment of a given church is, in itself, against the best interpretation of the common constitutional traditions, specifically, against the conception of religious freedom upheld by them.*”⁵⁰ Es discutible que un cierto tinte confesional no forma parte de las tradiciones constitucionales comunes y desde un punto de vista histórico no se puede negar la influencia

⁴⁶ *Op. cit.*

⁴⁷ *Vid.*: Fernández-Coronado, *op. cit.*

⁴⁸ “En ella el ordenamiento remitente no se limita a dar eficacia vinculante a las normas de otro dentro del propio ámbito, sino que las incorpora al propio sistema. En consecuencia, su aplicación, interpretación e integración deberá hacerse teniendo en cuenta los primeros principios del ordenamiento receptor con los que en ningún caso podrá entrar en contradicción. En el supuesto de que las normas incorporadas sean incompletas e insuficientes, el ordenamiento receptor funcionará como subsidiario”. Llamazares, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 139.

⁵⁰ Menéndez, A. J., “A Christian or a *Laïc* Europe? Christian Values and European Identity”, *Ratio Juris*, vol. 18, 2 de junio de 2005, p. 192. El mismo profesor cita al respecto la sentencia *Darby contra Suecia*, número de aplicación: 11581/85 de 23/10/1990, y el hecho que sería imposible un cambio confesional para la Reina danesa sin una renuncia a su cargo.



de la religión sobre el constitucionalismo europeo. Sin embargo, no cabe duda de una contradicción real existente entre la institución de una Iglesia de Estado y la libertad de conciencia y de religión. En este contexto sobresale una actitud con fuertes rasgos esquizofrénicos que presenta una personalidad muy permisiva a la hora de negociar con la religión que goza de más arraigo tradicional en el seno de algunos Estados europeos (los cuales se entienden, a pesar de todo, como seculares), mientras que se traiciona a sí misma a la hora de abordar conflictos con una religión menos conocida por parte de las instituciones europeas, como es el islam. Volvemos a subrayar que ni el Derecho originario de la Unión Europea ni el CEDH consideran el sistema de una Iglesia de Estado como impedimento para el pleno desarrollo de la libertad de conciencia. Sin embargo, a través de la Sentencia del TEDH *Partido Refah y otros contra Turquía*, de 13 de febrero de 2003⁵¹, se percibe muy bien esta contradicción que puede hacerse visible cuando se trata de una religión que no forma parte como tal del sistema estatal tradicional de los Estados miembros de la Unión Europea. En el caso mencionado, el partido islamista *Refah* que había llegado al poder en 1990, y en el momento de la sentencia del Tribunal Constitucional de Ankara estaba participando en el gobierno, recurre contra su disolución que había sentenciado el Tribunal Constitucional por su amenaza al Estado laico. El TEDH recoge esta argumentación y reflexiona detenidamente sobre el concepto del Estado laico. Para el Estado turco la laicidad es un requisito básico para poder garantizar la democracia liberal y pluralista. Sólo este modelo estatal es capaz, como afirman las autoridades turcas, de distanciarse bastante de las religiones para poder ofrecer la igualdad de trato a todas. El Tribunal Constitucional concluye que la democracia y el Estado laico podrían verse amenazados por el partido *Refah* que quiere incitar a un sistema de discriminación frente a las demás religiones, reclama la aplicación de la ley islámica (*sharía*) a la comunidad musulmana y no excluye como método político la *djihad* (“guerra santa” en este contexto). Los representantes del inculpado partido político islamista se defienden argumentando que no ponen en tela de juicio el Estado laico y que su presencia es importante para la sociedad turca. Con una mayoría de cuatro contra tres, el TEDH rechazó el recurso considerando que la disolución del partido llevada a cabo por parte de las autoridades turcas no violaba la libertad de asociación garantizada por el artículo 11 del CEDH. El TEDH concluye al respecto que la introducción de una doble legalidad, que recogería normas aplicables únicamente a los individuos fieles de una religión definida, conduciría a una distinción de los particulares en función de sus creencias religiosas y les concedería una serie de derechos, libertades y obligaciones no en función de su condición de ciudadanos sino como miembros de un grupo religioso. Esta doble legalidad, no obstante, no parece molestar a la hora de justificar la pervivencia (reconfirmada, como mencionamos, a través de la Directiva 2000/78/CE) de regímenes claramente discriminatorios y paralelos, administrados por parte de iglesias y grupos confesionales, en varios de los Estados miembros de la Unión Europea. La adopción de la sentencia del TEDH que ratifica las exigencias de una estricta laicidad por parte del Estado turco por una mayoría mínima de cuatro contra tres es ejemplar como muestra del poco consenso que existe frente a los asuntos religiosos. El caso, sin embargo, no es baladí porque va más allá del simple reconocimiento de la libertad de conciencia y religión en sus tres vertientes (la interior, la exterior y la colectiva). La problemática nos remite a una cuestión existencial para el sistema democrático. Se trata de hasta qué punto la democracia debe protegerse para que las fuerzas anti-democráticas no la sofocan con sus propios instrumentos, principios e instituciones.

El ámbito religioso cuyo regulación aún se mantiene bastante al margen de la Unión Europea ha llegado a adoptar un carácter claramente interestatal presentado problemas que

⁵¹ Vid.: Sentencia del TEDH *Partido Refah y otros contra Turquía*, números de aplicación: 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98 de 31/07/2001.



necesitan una repuesta comunitaria como, por ejemplo, el fundamentalismo religioso beligerante y los fuertes flujos migratorios compuestos por seres humanos que practican religiones muy distintas y que invaden el territorio europeo en busca de un destino económica y políticamente más favorable. Por consiguiente, parece no sólo deseable sino necesario el desarrollo de un régimen comunitaria europeo unificado al respecto. La propuesta de Fernández-Coronado de una remisión material al CEDH sigue siendo una solución factible y ofrece la posibilidad de agilizar el tratamiento europeo de un fenómeno importante y polémico a pesar de que la discusión acerca de la Constitución haya entrado en una fase de letargo.

Bibliografía

- Álvarez Junco, J. (2001): *Mater Dolorosa*, Madrid, Taurus.
- Alvizatos, N. C.: “Le droit constitutionnel européen impose-t-il l’État laïque?”, en *The Constitutional Revision in Today’s Europe*, Vol. XXIX (2002), pp. 653-656.
- Biedenkopf, K., Geremek, B. y Michalski, K.: “Concluding remarks”, en *Reflection Group: The Spiritual and Cultural Dimension of Europe*, Viena / Bruselas, Institute for Human Sciences, octubre de 2003.
- Díaz Crego, M.: “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74 (mayo-agosto 2005), pp. 139-175.
- Carrillo Salcedo, J. A.: “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9 (enero-junio 2001), pp. 7-26.
- Fernández-Coronado González, A. (dir.) (2002): *El Derecho de la libertad de conciencia en le marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Madrid, COLEX.
- García Ureta, A.: “Artículo 9: Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.) (2004): *Convenio Europeo de Derechos Humanos, comentario sistemático*, Madrid, Civitas, pp. 328-355.
- González-Varas Ibáñez, A.: “Las innovaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en materia de la libertad religiosa”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2002*, pp. 271-288.
- Llamazares, D. (1997): *Derecho de la libertad de conciencia I*, Madrid, Civitas.
- Martín-Retortillo Baquer, L.: “Dos notas sobre la Carta”, en García de Enterría, E. (dir.) (2002): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 182-197.
- Medi, R.: “L’Union Européenne et le fair religieux, éléments du débat constitutionnel”, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 54 (abril-junio 2003), pp. 227-248.



- Menéndez, A. J. : “A Christian or a *Laïc* Europe? Christian Values and European Identity”, en *Ratio Juris*, vol. 18, 2 de junio de 2005, pp. 179-205.
- Relaño Pastor, E.: “La libertad religiosa y de conciencia en la Unión Europea: la Carta de los Derechos Fundamentales y la futura Constitución Europea”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 12 (octubre-diciembre 2004), pp. 563-594.
- Robbers, Gerhard (ed.) (1996): *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- Santamaría Arinas, R.: “Artículo 14: Prohibición de discriminación”, en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.) (2004): *Convenio Europeo de Derechos Humanos, comentario sistemático*, Madrid, Civitas, pp. 526-548.
- Vega Gutiérrez, A. M. (coord.) (2003): *Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas: textos constitucionales*, Granada, Comares.
- Voegelin, E. (1994): *Les religions politiques*, París, Éditions du Cerf,.
- Weber, M. (2001): “Wirtschaft und Gesellschaft”, en *Max Weber Gesamtausgabe*, Tubinga, Mohr Siebeck UTB.

Jurisprudencia citada

- Dictamen del TJC 2/94 de 28/03/1996, ECR I-1789 (34 y 35).
- Sentencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos *Rommelfanger contra República Federal de Alemania*, Asunto 12242/86 de 06/09/1989.
- Sentencia del TEDH *Darby contra Suecia*, número de aplicación: 11581/85 de 23/10/1990.
- Sentencia del TEDH *Partido Refah y otros contra Turquía*, números de aplicación: 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98 de 31/07/2001.
- Sentencia del TJC *Van Gend & Loos*, Asunto 26/62 de 05/02/1963.
- Sentencia del TJC *Flaminio Costa contra E.N.E.L.*, Asunto 6/64 de 15/07/1964.
- Sentencia del TJC *Van Duyn contra Home Office*, Asunto 41-74 de 04/12/1974.
- Sentencia del TJC *Vivien Prais contra Consejo de las Comunidades Europeas*, Asunto 130-75 de 27/10/1976.