

MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, Lorenzo, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Civitas, Madrid, 2007, 187 pp.

La del profesor Lorenzo Martín-Retortillo es, sin duda, una de las militancias más activas a favor del sistema europeo de derechos humanos en general y de las libertades de pensamiento, conciencia y religión en particular. Y lo demuestra de nuevo con *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, una obra que rezuma oficio intelectual y solvencia investigadora y en la que repasa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa. Un ensayo sobre las implicaciones cotidianas, en ocasiones problemáticas, del ejercicio de este derecho fundamental, que ofrece para cada caso la solución oportuna. Apoyándose, en efecto, en la autoridad de un Tribunal que desde hace décadas viene enfrentándose con muy diversas realidades y tradiciones, el profesor Martín-Retortillo delimita el contenido y límites de la libertad religiosa a través de controversias concretas planteadas y decididas en el «espacio constitucional europeo»¹.

La pregunta a la que intenta responder este libro dominado por el espíritu de Erasmo, de lucha contra la intolerancia y

el fanatismo —y, añadido, el abuso de derecho—, viene a ser: ¿qué se puede aprender de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en torno a la libertad de conciencia y religión? En tal sentido, en él se ofrecen, con claridad y rigor, las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo en sede religiosa a través de un repertorio de casos que se convierte en guía para interpretar el alcance del derecho fundamental. Como afirma el propio autor, el carácter escueto e indeterminado de los términos jurídicos que imprime el legislador necesita con frecuencia de la labor de concreción. Siendo una realidad muy evidente el alto nivel de abstracción del lenguaje de las Constituciones, el alto nivel de concreción de sus preceptos y el elevado grado de ideologización de muchas de sus normas, la jurisprudencia se ha convertido en el «núcleo central de la teoría de la Constitución»² en general y de su parte dogmática en particular. De ahí que estudios jurisprudenciales como éste sean especialmente valiosos. Su intención, más que acometer un estudio formal y general, es descubrir, valiéndose de la metodología del caso, parámetros para otras controversias que puedan surgir. Se quie-

1 CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid 2004.

2 ALEXY, R., *Teoría de los derechos funda-*

mentales (traducción a cargo de E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

re, pues, predeterminar conductas futuras. En coherencia, la jurisprudencia se ofrece no cronológicamente, sino sistematizada por materias, lo cual facilita profundizar en ella. Se incluye, asimismo, al final un anexo que permite localizar la jurisprudencia estudiada.

Sabido es, por otra parte, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos representa un instrumento decisivo para interpretar los sistemas de derechos de los Estados miembros del Consejo de Europa. Se hace, por tanto, necesario analizar sus sentencias para interpretar correctamente los derechos reconocidos en las Constituciones nacionales. El sistema europeo de derechos humanos comprende no sólo la letra del Convenio, sino también la jurisprudencia del Tribunal, al estar configurado éste por el mismo Convenio como órgano de interpretación y aplicación de su texto. El Convenio es, en puridad, «Convenio + interpretación»³; el texto se aplica tal y como lo va interpretando la jurisprudencia en cada momento. Y esa jurisprudencia resulta vinculante tanto por aplicación de los instrumentos internacionales asumidos en desarrollo del artículo 96 CE, como, muy especialmente, por el mandato expreso del artículo 10.2 CE. Un mandato en orden a la interpretación y aplicación de los derechos y libertades fundamentales. El artículo 10.2 exige que se lleve a cabo una interpretación *por contraste* entre el contenido de los derechos en las normas internas y en las normas internacionales sobre derechos humanos. Éstas ofrecen «los criterios hermenéuticos básicos del contenido de los derechos fundamentales»⁴. Por eso se ha podido decir que «el TEDH es también *nuestro* Tribunal, del mismo modo que su jurisprudencia es también *nuestra* jurisprudencia»⁵.

En este contexto, y enlazando con lo que al comienzo indicaba, entiendo que el principal logro de *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas* es, sin menospreciar las particularidades de cada litigio, haber sabido trascender del caso y aportar construcciones en torno a la tutela europea de la libertad de conciencia y religión. El profesor Martín-Retortillo analiza la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Estrasburgo a fin de sistematizar los criterios interpretativos que de ella se desprenden. Cada contencioso —reconoce— «está marcando pautas y fijando estándares para los nuevos conflictos (...)». Se van fijando así constantes interpretativas que constituyen un extraordinario acervo jurisprudencial y que, por imperativo constitucional, debe presidir la interpretación que se realice en el ámbito interno. Las sentencias del Tribunal Europeo en materia de libertad religiosa, amén de resolver un buen número de conflictos concretos, vienen aplicando una serie de construcciones más o menos predeterminadas. Tales construcciones interpretativas se refieren al contenido y alcance de esa libertad, a cómo y hasta qué punto pueden imponerse límites a su ejercicio o a cuál haya de ser la respuesta pública para asegurar su disfrute.

Para empezar, el Tribunal Europeo ha ido delimitando desde sus primeras sentencias el contenido de la libertad de conciencia y religión. Y lo ha hecho asegurando un muy amplio espacio de *agere licere*, que permite optar a cada individuo, y que se manifiesta en una variedad de registros que alcanza a la conciencia y, para quien lo quiera, a la religión. La expresión genérica libertad religiosa encierra, al menos, cinco posibilidades o

3 MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid 2004, p. 74.

4 STC 3/1995.

5 MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, cit., p. 74.

aspectos distintos. Se da, en primer lugar, la *libertad de creencias*, por la que el individuo presta o rechaza su asentimiento íntimo a un sistema de verdades religiosas y se compromete a observarlas en relación con los aspectos trascendentes de la existencia humana. Ya que la garantía que presta el Derecho es fundamentalmente externa, toda persona tiene derecho a manifestar libremente sus creencias. La libertad de creencias no alude exclusivamente al hecho puramente interior del sentimiento religioso, arreligioso o antirreligioso, sino también a su proyección exterior.

Existe, en segundo lugar, la *libertad de conciencia*, entendiéndose por tal los criterios valorativos de las acciones humanas desde el punto de vista ético y moral. La libertad de conciencia implica la traslación de las creencias del ámbito especulativo al nivel práctico, al campo del obrar humano. Implica el compromiso de actuación conforme a las propias convicciones. La libertad de conciencia exige no ser obligado a actuar en contra de la conciencia ni ser impedido de obrar conforme a ella. Lo que, en todo caso, descarta el Tribunal Europeo es que el artículo 9 del Convenio ofrezca por sí solo cobertura a pretensiones de objeción de conciencia. De lo dispuesto en él no se sigue un derecho general a la objeción de conciencia. La regla es la imperatividad de la ley, con el apoyo que le brinda el principio de igualdad.

Cabe, en tercer lugar, la *libertad de culto*, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia, en la facultad de rendir homenaje, mediante ritos y ceremonias, a lo sagrado trascendente. La libertad de culto es la manifestación exclusiva y singularísima del sentimiento religioso; la consecuencia de segundo grado de la libre opción religiosa.

6 STEDH *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

Se puede hablar, en cuarto lugar, de la *libertad proselitista*, que faculta al individuo a ganar partidarios o prosélitos para su doctrina o confesión. Cabría distinguir, no obstante, entre un proselitismo *lícito*, respetuoso con la propia libertad de conciencia de la persona a la que se intenta atraer, y un proselitismo *ilícito* o *abusivo*, contrario a su dignidad y derechos de libertad. Es abusivo el proselitismo que se vale de posiciones de preeminencia para manipular la conciencia ajena⁶.

Y se da, en quinto lugar, la *libertad declarativa* o el *derecho al silencio*, es decir, el que nadie esté obligado a manifestar sus creencias religiosas. La opción religiosa es un dato sensible o íntimo que, en principio, no tiene por qué interesar al Estado⁷. Esta faceta negativa de la libertad religiosa cumple una función de garantía: sirve para que la libertad en sentido positivo no sea perturbada. Quien sabe que no puede ser obligado a declarar sobre sus creencias se siente más libre para adoptar y practicar aquellas que estime más adecuadas. Su conexión con la prohibición de discriminación, a la que me referiré a renglón seguido, es igualmente evidente.

La libertad religiosa se refiere, pues, a tres cosas distintas, aunque íntimamente ligadas entre sí: *libertad para creer y no creer*, para tener unas u otras convicciones; *libertad para expresar y manifestar esas convicciones*; y *libertad para comportarse* de acuerdo con esas convicciones y para no ser obligado en contra de las mismas. Su núcleo esencial, al igual que ocurre con la libertad ideológica, es interno, pertenece a la esfera íntima del individuo. Tiene un segundo momento, externo, constituido por la libertad de manifestar las creencias y de comportarse conforme a la religión profesada, en cuanto la persona se ha decantado por una solución afirmativa ante lo religioso.

7 STEDH *Buscarini y otros c. San Marino*, de 18 de febrero de 1999.

Complemento intrínseco de la libertad religiosa es, por último, la *igualdad religiosa*, de suerte que cualquier gravamen o perjuicio que pudiera sufrir una persona, desde el punto de vista legal o desde el punto de vista de la aplicación de la ley, por razón de su profesión religiosa significaría menoscabo o detrimento de esta libertad. Todos los ciudadanos son, pues, titulares de la libertad religiosa en la misma medida o disfrutan por igual de esta libertad. Y el mero hecho de profesar ciertas creencias no puede justificar la imposición de sanciones, directa o indirecta, por parte del Estado. Así, no cabe privar de facultades inherentes a la patria potestad sólo por ser miembro de una secta minoritaria, distinta de la religión originaria del hijo⁸.

Así definida, la libertad religiosa vendría a configurar, en principio, la posición jurídica en la que queda situado el individuo en su relación con el Estado respecto de esa determinada manifestación de su personalidad que es la religión. Posición que se definiría por un doble comportamiento negativo del poder público: no interferencia en el proceso de formación de las íntimas convicciones del individuo ni obstaculización ni sanción de aquellas acciones que constituyan una legítima manifestación de su religión. En esta dirección, el artículo 2 del Protocolo Adicional Primero dispone que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Es ésta una norma que tiene una extraordinaria importancia desde una perspectiva liberal-democrática porque, más allá de su modesto tenor literal, circunscrito al ámbito educativo, sustrae

al Estado las decisiones acerca de la educación moral: no cabe el dirigismo en esta materia⁹. De la libertad religiosa como derecho público subjetivo derivaría así la *neutralidad religiosa* del poder público¹⁰, que implica la renuncia a toda acción de adoctrinamiento moral o religioso, la imposibilidad de cualquier valoración preferente de las plurales expresiones religiosas de la comunidad y la imposibilidad de confundir funciones públicas y religiosas. Sobre el ámbito de las diversas opciones religiosas, el Estado es incompetente. La *laicidad* expresa, en efecto, lo contrario del Estado confesional, es decir, del Estado que adopta como propia una determinada religión y concede privilegios a sus fieles respecto de los creyentes de otras religiones y de los no creyentes. Se trata de uno de los elementos característicos de la forma de Estado que recibe el nombre de *democracia pluralista*.

Hay que admitir, no obstante, que el constitucionalismo europeo dista de ser unánime en materia de relaciones Estado-Iglesias. Significativamente, el artículo 9 del Convenio, tras proclamar la libertad de religión, guarda silencio sobre la naturaleza de las relaciones que los Estados deben mantener con las confesiones religiosas. Claro es que no cabe la imposición de una determinada fe religiosa ni el adoctrinamiento estatal. Tampoco es admisible, en determinados contextos, cuestionar la fuerza de la laicidad en el sistema constitucional¹¹. Pero no se excluye, al menos de manera expresa, la posibilidad de que haya una religión oficial e, incluso, una Iglesia establecida, en el sentido de que forme jurídicamente parte del entramado estatal¹². De hecho,

8 Sobre la igualdad en la ley, STEDH *Gran Oriente del Palacio Giustiniani c. Italia*, de 2 de agosto de 2001; sobre la igualdad en la aplicación de la ley, STEDH *Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993.

9 STEDH *Keldsen, Busk Madsen y Petersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976.

10 STEDH *Iglesia Metropolitana de Besarabia c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2002.

11 STEDH *Partido de la Prosperidad c. Turquía*, de 13 de febrero de 2003.

12 STEDH *Darby c. Suecia*, de 23 de octubre de 1990.

esto es precisamente lo que aún sucede en algunos países europeos de incuestionable trayectoria democrática. Aunque se trate de temas íntimamente relacionados entre sí, la libertad religiosa y las relaciones entre el Estado y las Iglesias han de diferenciarse. Parece acertado pensar que los regímenes de separación entre el Estado y las confesiones son más respetuosos con la libertad religiosa y, sin duda, con la no discriminación por razón de creencias, pero la lógica constitucional europea no conduce a día de hoy a una solución tendencialmente unitaria. Mucho depende de las singularidades de cada país¹³.

También desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal de Estrasburgo viene considerando que la libertad religiosa no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que está sometido a límites más allá de los cuales su ejercicio resulta ilegítimo. Todas las libertades tienen sus límites y, en ocasiones, se justifican ciertas restricciones. La sociedad democrática no puede ni siquiera tolerar lo que implique o represente, ya sea como doctrina, ya sea como práctica, una clara negación de los valores ínsitos en esa sociedad democrática. El artículo 9 del Convenio no protege en absoluto cualquier acto motivado o inspirado por una religión o creencia.

Dicho artículo vincula las posibles restricciones a la *manifestación* de las creencias, puesto que la adhesión interna a una religión, el sentimiento religioso íntimo, son actos esencialmente incoercibles. En cambio, cuando las percepciones internas trascienden al orden exterior perturbando la convivencia, entonces han de operar los

mecanismos limitadores de la libertad. Es la dimensión externa de la libertad religiosa la realmente conflictiva. Y es con ocasión de la manifestación pública de las creencias cuando suelen darse colisiones con otros valores dignos de protección. En tal sentido, el apartado segundo del artículo 9 recoge una cláusula muy amplia: «medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás». De su lectura se deduce que la cláusula del orden público como límite a la libre manifestación de creencias ha de interpretarse en sentido amplio. Abarca el sentido restringido de orden policial, de incolumidad de personas y bienes, y también el más amplio de pacífico ejercicio de los derechos por parte de todos.

Ello ha permitido al Tribunal Europeo afirmar que la prohibición del sacrificio privado de reses no vulnera la libertad religiosa de una comunidad judía, en la medida en que se trata de una limitación respaldada por razones sanitarias¹⁴. Del mismo modo, ha estimado que la neutralidad de la escuela pública justifica la prohibición de llevar el velo islámico¹⁵. Y, más recientemente, ha considerado que las previsiones urbanísticas, sentadas para proteger objetivamente los intereses generales, se imponen sin excusas al ejercicio de la religión¹⁶. La denegación de una licencia para construir un templo no cercena la libertad religiosa. Se puede, en suma, limitar la manifestación de las creencias religiosas no ya para proteger los bienes a los que alude expresamente el Convenio —el orden público y los dere-

13 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Las libertades de conciencia en el ordenamiento español*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 2/2003, Parte Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona 2003. Véase también ROBBERS, G. (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996.

14 STEDH *Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000.

15 STEDH *Lucía Dablab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001.

16 STEDH *Vergos c. Grecia*, de 24 de junio de 2004.

chos ajenos—, sino incluso para amparar otros bienes y valores democráticos.

El contrapeso de esta limitabilidad general de la libertad de religión es que la limitación precisa ser justificada. La proporcionalidad se concibe así como un límite frente a la actividad limitadora de la libertad a fin de filtrar o moderar el sacrificio. Se trata de medir o comparar la relación que media entre dos magnitudes: los medios, limitadores, de un lado, y la finalidad por ellos perseguida, de otro. Es decir: si el fin justifica los medios. Una restricción, para ser legítima, ha de estar, en primer lugar, *prevista en la ley*, que el ordenamiento la haya previsto con anterioridad a su aplicación efectiva; ha de ser, en segundo lugar, *necesaria* en una sociedad democrática, lo que no es sinónimo de indispensable, pues son las autoridades nacionales las que han de juzgar la realidad de la necesidad social imperiosa; y, por último, *proporcionada* con relación al fin legítimo perseguido, esto es, debe darse una relación razonable entre costes y beneficios. Ninguna restricción puede ser excesiva por desproporcionada.

Teniendo presente, por otro lado, que la finalidad del Convenio no es proclamar derechos ilusorios o retóricos, sino garantizar la efectividad de los mismos, el Tribunal Europeo, sin desconocer que el artículo 9 nació para proteger a los individuos frente a las injerencias ilegítimas de los poderes públicos, ha extendido la obligación negativa de no interferencia a las relaciones entre particulares. Este posicionamiento del Tribunal abre nuevas vías de interpretación del Convenio, postulando no únicamente una ac-

ción de protección de la libertad religiosa contra el poder público, sino incluyendo la protección frente a violaciones de los particulares, lo cual rompe con la función clásica de los tratados internacionales de creación de obligaciones interestatales para dotarlos de eficacia horizontal. Sujeto pasivo o destinatario de la libertad religiosa no son sólo los poderes públicos, sino que este derecho fundamental puede desplegar eficacia en las relaciones entre particulares¹⁷.

Finalmente, la *dimensión axiológica* o *funcional* de la libertad religiosa ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a reconocer que del artículo 9 CE se pueden deducir obligaciones positivas para los Estados. Entendida como un *principio objetivo* y como uno de los pilares de cualquier sociedad democrática, la libertad de religión impone a los Estados la obligación de garantizarla. Así, pues, junto a su consideración como derecho subjetivo o defensivo, se afirma su carácter objetivo. Esta doble configuración, subjetiva y objetiva, de la libertad da pie, en último análisis, a una interpretación que extiende sus efectos mucho más allá de las pretensiones originarias de sus titulares. Los poderes públicos vienen obligados a proteger efectivamente el ejercicio del derecho y a proporcionar las garantías necesarias para que adquiera toda su plenitud. Una omisión de las autoridades nacionales puede entrañar violación del artículo 9 del Convenio¹⁸. Como en alguna otra ocasión ha destacado el profesor Martín-Retortillo, la respuesta pública ante las exigencias de la libertad religiosa se diversifica¹⁹. Ante todo, se exige y espera

17 Quede claro, de otra parte, que sujeto activo o titular de la libertad religiosa no es sólo el ciudadano o nacional sino, dada su íntima relación con la dignidad humana, todos los seres humanos. Además, teniendo en cuenta que, en agrupaciones de basamento religioso, el elemento solidario, comunitario, es a todas luces trascendental, la libertad religiosa es

un derecho fundamental del que también son titulares los grupos o personas jurídicas (*vid. STEDH Iglesia Metropolitana de Besarabia c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001).

18 STEDH *Ouranio Toxo y otros c. Grecia*, de 20 de octubre de 2005.

19 MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., «El marco normativo de la libertad religiosa», en

una respuesta del más clásico abstencionismo: que el poder público no haga nada, que deje hacer sin interferencias. En cambio, en otras ocasiones, el Estado ha de actuar directamente, no debe interferir, pero tiene que tomar medidas para que la libertad pueda desarrollarse. Habrá casos en los que incluso tenga que poner en funcionamiento las previsiones penales para desaconsejar las conductas contrarias a los bienes jurídicos connaturales a la libertad de religión²⁰. El contenido de la libertad religiosa reclama respuestas positivas de los órganos del Estado, la asunción de prestaciones. Se impone, en suma, una *función prestacional* que incida positivamente en la realización del derecho.

Habría que reconocer, comoquiera que sea, que los Estados gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la concreción de las medidas tendentes a conseguir la efectividad plena del derecho. Pero la existencia de un margen de discrecionalidad no exime a los Estados de hacer frente a tales obligaciones positivas. Antes al contrario, dejando en sus manos la elección de los medios formales, materiales y temporales se asegura el resultado final deseado por el Convenio, esto es, la eficacia de los derechos por él reconocidos.

Éstas vendrían a ser, a mi juicio, las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de conciencia y religión y que se infieren de la lectura de *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*. Las pautas y los estándares básicos para la interpretación del derecho consagrado en el artículo 9 del Convenio y en las Constituciones de los Estados miembros del Consejo de Europa. Como ya se ha dicho, la integración de estas pautas en

nuestro sistema interno de derechos queda reforzada no sólo por la consideración del Tribunal Europeo como órgano de interpretación y aplicación del Convenio, sino también a partir del mandato interpretativo del artículo 10.2 CE. Estos criterios interpretativos habrán de ser valorados por el Tribunal Constitucional y por los jueces y tribunales ordinarios encargados del amparo de la libertad religiosa.

Adviértase, en cualquier caso, que integración no significa aplicación automática. El Convenio incorpora el estándar o nivel mínimo que, en materia de derechos, deben observar los Estados. Un estándar que ha de analizarse en el contexto de cada sistema constitucional y en relación con el caso concreto al que deba ser aplicado. Su integración ha de ser, pues, ponderada. A nivel interno hay que efectuar un examen razonado acerca de la observancia de tales criterios hermenéuticos. En nuestro caso, se trataría de determinar en qué medida estos criterios son aplicables a la interpretación de la «libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades», según la expresión utilizada por el artículo 16 CE. Sobre todo ello nos invita a reflexionar el profesor Lorenzo Martín-Retortillo en la magnífica obra de la que tan sólo he dado alguna noticia. Que el lector profundice y la disfrute como bien merecen el valioso proyecto de la editorial Civitas y el sobresaliente esfuerzo intelectual que hay detrás.

ABRAHAM BARRERO ORTEGA
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

* * *

ABSTRACT. *In his last book, Lorenzo Martín-Retortillo analyzes the jurisprudence of the European Court of*

AAVV., *La libertad religiosa en España a los veinte años de su ley orgánica*, Ministerio de Justicia, Madrid 1999, pp. 178-183.

20 STEDH *Otto Preminger-Institut c. Austria*.

Human Rights regarding to religious freedom. What can we learn about this jurisprudence? According to the 10.2 of Spanish Constitution, provisions relating to the fundamental rights and liberties

recognized by the Constitution shall be construed in conformity with the international treaties and agreements thereon ratified by our State.