

DERECHO Y RELIGIÓN EN EUROPA

El Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Después de las Guerras Mundiales los europeos fuimos conscientes de la importancia que tenía la construcción de una nueva sociedad sobre los valores de la democracia, el Estado de derecho y los derechos y libertades fundamentales, en cuanto un patrimonio común que sirviese para cohesionar una nueva Europa. No se trató de una aspiración exclusivamente europea, aunque puede que aquí se sintiera con más fuerza esta necesidad después de haber sido el escenario principal de dos conflictos mundiales. Este contexto explica la creación del Consejo de Europa, y el hecho de que una de sus primeras actuaciones fuera la elaboración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Los bienes jurídicos protegidos en materia de libertad de conciencia.

Como hemos visto, el reconocimiento y la protección del derecho de libertad de conciencia es una conquista histórica que ha contribuido al desarrollo político y social de los países europeos; de ahí que el CEDH garantice su ejercicio tanto de forma directa como indirecta. El artículo 9 CEDH protege directamente el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, incluyendo dentro de su contenido la libertad para cambiar de religión o de convicciones, así como para manifestar las mismas individual o colectivamente (en público o en privado), mediante el culto, la enseñanza, la práctica o la observancia de los ritos¹. La libertad de conciencia también se protege indirectamente en los artículos 10 y 11, donde se regulan respectivamente los derechos a la libertad de expresión y de reunión y asociación; en el 14 cuando se prohíbe que los individuos puedan ser discriminados por sus creencias en el ejercicio de su derecho a la libertad de conciencia; o por último, en el marco del derecho de los padres a que la educación de sus hijos sea conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, recogido en el protocolo adicional nº 1 al Convenio².

¹ Vid. TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH), AAVV- La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (coord. por Pablo Santolaya Machetti y Francisco Javier García Roca), 2005, pág. 588.

² La conexión entre los artículos del Convenio referidos ha servido para que el TEDH no se atreviera o no quisiera pronunciarse de forma específica sobre temáticas referidas al

Ahora bien ¿cuál es el bien jurídico protegido por el artículo 9 del Convenio? La respuesta a este interrogante es trascendental para el objeto de nuestro estudio, ya que supone la delimitación de su ámbito conceptual. La jurisprudencia del TEDH ha señalado que la libertad de pensamiento, conciencia y religión, protege “los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero también es un bienpreciado por los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”; asimismo, la libertad para manifestar las creencias religiosas no se agota en su dimensión colectiva, o en el acto de transmisión característico del círculo de aquellos que comparten la fe, sino que además “comporta el derecho de intentar convencer al prójimo, por ejemplo, mediante la enseñanza, puesto que la libertad de cambiar de religión o de convicción, consagrada en el artículo 9, correría el peligro de convertirse en letra muerta”³.

La doctrina ha sido especialmente crítica con la negativa del TEDH ha definir los bienes jurídicos protegidos por el artículo 9 del CEDH. Como ha expuesto Solar Cayón, “por lo que respecta al ámbito material de extensión del artículo 9.1, el TEDH no ha tenido reparos en otorgarle en principio un alcance sumamente expansivo, evitando así afrontar el delicadísimo problema de la delimitación de las creencias y convicciones merecedoras de tutela”⁴. En la misma línea, según Martín Sánchez, el término religión “aunque no ha sido definido jurisprudencialmente, cabe decir que para la Comisión las que pueden denominarse tradiciones religiosas principales, tales como el cristianismo, el judaísmo, el islamismo, el hinduismo y el budismo están claramente incluidas dentro de este término. Pero también ha sido reconocida la relevancia, respecto del artículo 9 de los Testigos de Jehová, de la Iglesia de la Cienciología y de la secta Moon”⁵.

libre ejercicio de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, hasta 1993 con ocasión del asunto Kokkinakis contra Grecia. Demanda núm. 14307/1988, Sentencia de 25 mayo 1993, TEDH 1993\21.

³ Kokkinakis contra Grecia, Demanda núm. 14307/1988, Sentencia de 25 mayo 1993, TEDH 1993\21, Parágrafos 12 y 16.

⁴ SOLAR CAYÓN, José Ignacio, Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en *Derechos y libertades*, Vol. 20, 2009, pág. 124.

⁵ Respecto al término convicciones “ha manifestado que comprende las opiniones que alcanzan un cierto grado de obligatoriedad, de seriedad, de importancia y de coherencia en una sociedad democrática, que no son incompatibles con la dignidad de la persona y no se oponen al derecho fundamental a la educación del menor”. MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *La recepción por el Tribunal Constitucional...cit.*, págs. 19-20. Vid. MARTÍN Y PÉREZ

Por este motivo, algún autor ha expresado su preocupación sobre la posibilidad de que en el futuro colisionen las interpretaciones operadas por los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo sobre el alcance y contenido de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, debido a que los bienes jurídico en juego lejanos están en continua evolución como consecuencia del pluralismo y de la libertad individual⁶.

Sin embargo, la posición del TEDH es coherente tanto con el espíritu del CEDH, como con la formulación que la libertad de creencias o convicciones debe tener en el siglo XXI. A diferencia de lo que ha sido la tendencia hasta los años 90 en algunos países europeos –entre ellos España-, los ordenamientos jurídicos más avanzados en materia de libertad de conciencia han optado por no definir lo que son las creencias o convicciones. Todo ello por tres motivos. De una parte, el intento de definir que son las creencias o convicciones supone la limitación de un derecho fundamental, ya que implica dejar fuera de su conceptualización creencias que pueden ser importantes para los individuos. De otra parte, el único elemento relevante, para determinar cuando un conjunto de creencias o convicciones debe estar amparado por el artículo 9 del Convenio, es su relevancia en el fuero interno del sujeto, que es el legítimo titular del elenco de derechos protegidos. Y por último, el TEDH se ha visto obligado a utilizar una interpretación extensiva para evitar anular las concepciones locales de las creencias o convicciones, ya que el Convenio se aplica a países con diferentes entendimientos de lo que debe entenderse por creencias o convicciones, de ahí que la única fórmula compatible sea el uso de una interpretación lo suficiente amplia que abarque a todas.

Una solución a este problema sería que el TEDH utilizase, tal y como ha venido haciendo con otros derechos protegidos por el Convenio, el criterio del consenso

DE NANCLARES, José, Comentario al Título II, en AAVV., Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo, Fundación BBVA, Madrid, 2009, pág.268.

⁶ Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, Comentario al Título II...cit., pág.268. Por ello, se ha propuesto realizar una definición cerrada de lo que debe entenderse por religión, lo cual, si bien solucionaría el problema de la inseguridad jurídica inherente a la situación actual, generaría dos dificultades, de una parte, la limitación del ejercicio de un derecho individual y que fueran los poderes públicos y no los individuos los que decidiesen como quiere desarrollar su personalidad; y de otra, debido al pluralismo establecido en Europa es muy difícil, por no decir imposible, encontrar una definición que satisfaga a todos los intereses que no sea la que opera actualmente y es que la ausencia de definición, como posteriormente será objeto de nuestro estudio, no quiere decir que estemos ante derechos ilimitados, y precisamente son los límites que el propio CEDH prevé a su ejercicio los que permiten definir y conceptualizar en clave negativa el alcance y contenido de este derecho.

europeo en este terreno. Esta posibilidad no es factible en ámbito de las creencias y convicciones, pues, como ha señalado Solar Cayón, “no se puede discernir en Europa una concepción uniforme sobre el significado de la religión en la sociedad, y el significado o impacto de la expresión pública de una creencia diferirá según el momento y el contexto. Consecuentemente, las normas en esta esfera variarán de un país a otro según las tradiciones nacionales, así como las exigencias impuestas por la necesidad de proteger los derechos de los demás y mantener el orden público”⁷. En otras palabras, no se trata de que el TEDH no haya querido definir qué creencias o convicciones concretas protege el artículo 9, sino de que ha evitado discriminar entre las mismas utilizando elementos subjetivos y dejando esta labor a los propios individuos, para que sus creencias o convicciones gocen de la misma protección –independientemente de su carácter ideológico, filosófico o religioso–, siempre que respeten los límites que el Convenio establece en el propio artículo 9⁸. Por este motivo es tan relevante conocer la labor interpretativa operada por el TEDH, pues debido a su papel en el esquema jurisdiccional europeo va a verse obligado a limar poco a poco las posiciones nacionales e indirectamente a crear un estándar único para los diferentes países.

Desde la perspectiva negativa del alcance y contenido del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, es decir teniendo en cuenta los límites que el CEDH ha previsto para el ejercicio de este derecho, hay que tener en cuenta tres principios. En primer lugar, dichas limitaciones han de estar previstas por la ley, esa noción de ley “no ha de interpretarse en sentido formal sino sustantivo, comprendiendo tanto la totalidad del derecho escrito como el *common law*. Y además requiere ciertas *calidades* en cuanto a su publicidad, previsibilidad y accesibilidad por parte de los destinatarios”⁹. En segundo lugar, el Convenio enumera una serie de bienes jurídicos que deben ser valorados en caso de conflicto con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, como son 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 terceros. Y en tercer lugar, las limitaciones descritas deben ser acordes con el modelo democrático, de forma que, como ha señalado Solar Cayón, “nos

⁷ *Ibíd*em, pág. 136

⁸ Aquellos inherentes a 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 terceros.

⁹ SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *Cautelas y excesos en el tratamiento...cit.*, pág. 133

encontramos aquí en el corazón mismo del Convenio: en el lugar donde confluyen la exigencia de proteger unos derechos dirigidos a garantizar el pluralismo consustancial al sistema democrático y, paradójicamente, la necesidad de restringirlos justamente en aras del funcionamiento del propio sistema”¹⁰.

Como puede apreciarse los términos utilizados en el terreno de los límites adolecen de un elevado nivel de inseguridad jurídica, y en cierta manera dejan las manos libres al TEDH para utilizar un concepto de democracia que, si bien debe ser lo suficientemente sólido para actuar como límite, al mismo tiempo sirve de fundamentación al ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Precisamente aquí se encuentra una de los principales retos que el tribunal tiene que abordar en este terreno, ya que, como se ha dicho, la neutralidad de los poderes públicos puede entenderse como una manifestación del principio de no discriminación contenido en el Convenio, pero será muy interesante conocer si dicho elemento se fundamenta también en la propia naturaleza del Estado democrático, a semejanza de lo que ocurre en algunos ordenamientos jurídicos europeos como, por ejemplo, el francés.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH tiene asignada la labor de ser el guardián del CEDH, lo que supone que controla y juzga la legislación y jurisprudencia de los Estados miembros del Consejo de Europa, decidiendo su congruencia o incongruencia con las disposiciones del CEDH. Esta función jurisdiccional ha permitido que el CEDH no se conforme como un mero catálogo de derechos y libertades, pues gracias a la labor de control judicial del TEDH se ha creado un “estándar mínimo en materia de derechos humanos que se impone a los Estados miembros del Consejo de Europa y contribuye a la formación de un Derecho común europeo, cuyo núcleo son los derechos fundamentales. Función que ha sido reconocida por el propio tribunal”¹¹. En otras palabras, a semejanza de los tribunales nacionales encargados de velar por el respeto a las Constituciones de los Estados, el TEDH ha venido definiendo y adaptando las disposiciones del CEDH a los retos y necesidades que le ha planteado la sociedad europea.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 134.

¹¹ MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Comares, Granada, 2002, pág. 2.

Las decisiones del TEDH no pueden ser objeto de apelación ante ningún otro tribunal u órgano jurisdiccional, y los Estados se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes¹². Sin embargo, existe cierto debate sobre si las sentencias del TEDH tienen un carácter declarativo o ejecutivo¹³, aunque parece evidente que una vez que el TEDH ha estimado que una norma estatal lesiona el CEDH, aunque su resolución no suponga la anulación de dicha norma, su ignorancia o incumplimiento por parte de los Estados no parece factible por diversos motivos. En primer lugar, en algunos ordenamientos jurídicos como el español supondría incumplir el mandato constitucional contenido en el artículo 10.1, salvo que la norma en cuestión fuera interpretada de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. En segundo lugar, si bien el Convenio prevé la posibilidad de que los Estados puedan pagar una indemnización cuando el daño causado no pueda repararse¹⁴, esta posibilidad no es factible cuando lo que está en juego es el ejercicio de un derecho fundamental, y

¹². Según el artículo 46 del CEDH (Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias) “1 Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2 La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”. Como ha señalado FERNÁNDEZ CORONADO, “el CEDH vincula jurídicamente a todos los Estados de la Unión, que deberán interpretar conforme a él su legislación constitucional. Además contiene un sistema jurisdiccional de garantía de su contenido: el TEDH, cuyas sentencias tienen fuerza obligatoria y son de ejecución inmediata por los Estados”. FERNANDEZ CORONADO, Ana. Las Bases para la Construcción del Derecho de la Libertad de Conciencia en el marco de la Unión Europea (I), en AAVV, El Derecho de la Libertad...cit. pág. 129

¹³. Vid. FERNANDEZ CORONADO, Ana, La influencia de la religión...cit., pág. 35. FERNANDEZ CORONADO, Ana, La armonización legislativa de la Unión Europea (II): [II] jornadas sobre "la armonización legislativa en la Unión Europea" C.E.S.S.J. Ramón Carande, marzo 1999, págs. 79-122. El Tribunal Constitucional ha dicho sobre este particular que “el Convenio ni ha introducido en el ordenamiento jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o de control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de acuerdo con el art. 32 del Convenio) El Convenio no obliga a los Estados miembros a eliminar las consecuencias del acto contrario a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado” STC 245/1991 de 16 de diciembre, fundamento jurídico 2, tomado de MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, La recepción por el Tribunal Constitucional...cit., pág. 93.

¹⁴. Según el artículo 41 del CEDH “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

el sentido común indica que la solución debe pasar por modificar la legislación estatal para permitir el ejercicio del derecho. Y en tercer lugar, los motivos que justificaron la creación del CEDH indican que serán los propios Estados los que, interesados en conservar su prestigio internacional y muy especialmente en un terreno tan delicado como éste, se encarguen del cumplimiento de las sentencias¹⁵.

Como ha expuesto Jimena Quesada, “con independencia del controvertido tema relativa al hecho de que la ejecución por parte de los Estados de las decisiones del TEDH deba realizarse de acuerdo con el derecho interno de cada Estado, la relevancia de las sentencias del TEDH no es baladí pues, de una parte, existe un guardián encargado –y reconocido por los Estados y el derecho internacional- de velar por el efectivo cumplimiento del CEDH; y por la otra, y de forma autónoma a la ejecución concreta que tengan los fallos del TEDH, esta jurisprudencia tiene el valor de servir como fuente de derecho para los tribunales internos”¹⁶. Esta posición se justifica, además, en el hecho de que a partir del Tratado de Ámsterdam, la Unión abandona su conformación netamente económica para intentar convertirse en un espacio para la convivencia común de todos los ciudadanos europeos, donde el respeto a los derechos humanos y su activa promoción es una obligación jurídica comunitaria que se conforma tanto como un requisito expreso de ingreso como un requisito tácito de permanencia para los Estados¹⁷.

Un último aspecto a tener en cuenta es la relación que existe entre el TEDH y el Tribunal de Justicia, pues los 27 países miembros de la Unión Europea han ratificado el Convenio Europeo, y los ciudadanos de la Unión se benefician de ambas jurisdicciones¹⁸. Por este motivo, la doctrina ha venido preguntándose qué ocurriría en

¹⁵ Asimismo, se ha señalado que “debido a este efecto de cosa interpretada, que está íntimamente vinculado a la *auctoritas* del Tribunal, puede decirse sin duda alguna que la jurisprudencia de éste influye decisivamente sobre las legislaciones nacionales”. MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, La recepción por el Tribunal Constitucional...cit., pág. 41.

¹⁶ JIMENA QUESADA, Luis, Sistema europeo de derechos fundamentales, Madrid, Colex, 2006, pág. 63.

¹⁷ Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli, Introducción a AAVV., Carta de los derechos...cit., pág. 53.

¹⁸ A diferencia de lo que ocurre con la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo, de acuerdo con el artículo 1 del CEDH, “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio”, entre los que se encuentra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

el caso hipotético de que un Estado fuera condenado por el TEDH por aplicar el Derecho comunitario, ya que “se estaría castigando indirectamente a la Comunidad y cuestionando su normativa. E incluso se pone al Estado en el dilema de aplicar el Derecho comunitario vulnerando el CEDH, o aplicar el CEDH incumpliendo su obligación de aplicar el Derecho comunitario”¹⁹. Asimismo, en la medida en que la Unión no se adhiera al CEDH, ésta no puede defender la validez y aplicabilidad del Derecho comunitario ante el TEDH; aunque hay que señalar que este conflicto se solucionaría con la aplicación del Tratado de Lisboa, ya que éste prevé la adhesión de la Unión Europea al CEDH²⁰.

En resumen, la jurisprudencia del TEDH en el terreno de los derechos y libertades fundamentales es capital por dos motivos. En primer lugar, debido al mandato contenido en nuestra Carta magna de que los derechos y libertades recogidos contenidos en ella, se interpreten de acuerdo con los Tratados y acuerdos internacionales sobre

¹⁹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, Marta, La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales...cit., pág. 224. La autora utiliza como ejemplo de esta situación la posibilidad de que la política de asilo de la Unión, que se aplica en los Estados miembros, lesionase los derechos de un ciudadano no comunitario que reside en algún país firmante del CEDH, pues, en el caso de que se den las condiciones de admisibilidad, el TEDH puede conocer del supuesto ya que el CEDH se aplica con independencia de cuál sea la nacionalidad de los individuos, lo que supondría que el TEDH se pronunciase sobre la potencial lesión de un derecho fundamental de un ciudadano no comunitario por actos comunitarios. En este sentido Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique, El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en Revista de derecho de la Unión Europea, N.º. 15, 2008, págs. 27-44.

²⁰ Las propuestas doctrinales partidarias de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo no son nuevas, y se remontan a los años setenta pero en aquel momento no tuvieron el apoyo de los Estados, toda vez que “el Tribunal de Justicia no tuvo reparos en invocar y comparar las normas comunitarias con el Convenio Europeo en tanto que concreción del principio general de derecho de protección de derechos humanos”. Asimismo, ésta es la consecuencia de que los Tratados constitutivos no reconociesen a la Unión competencia en este terreno. El siguiente paso relevante en este terreno se produjo en los años ochenta, cuando se intentó elaborar un texto propio y se abandonó la idea de adhesión al CEDH; sin embargo, “tales progresos no satisfacían la idea de configurar los derechos humanos como criterio de legitimación del proceso mismo de integración. A este objetivo respondía la doble aspiración de la adopción de un texto normativo propio y de la adhesión de la Unión Europea al CEDH para someter a las instituciones europeas a un control judicial externo, al igual que se someten al control del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo los tribunales supremos y constitucionales de los Estados”. MANGAS MARTÍN, Araceli, Introducción a AAVV., Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo, Fundación BBVA, Madrid, 2009, págs. 49 y 51.

Derechos Humanos ratificados por España, entre los que se encuentra el CEDH²¹. Y en segundo lugar, el TEDH se pronuncia sobre posibles violaciones del CEDH por Estados concretos pero, dado el carácter global de su aplicación, sus decisiones son conocidas por los demás Estados así como por sus ciudadanos, lo cual significa que indirectamente el TEDH se está dirigiendo a todos los países miembros del Consejo de Europa y, por lo tanto, incidiendo en el alcance y contenido de los derechos y libertades fundamentales protegidos al mismo tiempo en las legislaciones estatales y en el CEDH.

Así las cosas, la labor de control del TEDH no parece baladí, toda vez que es evidente su contribución a la elaboración de un derecho común europeo en materia de derechos y libertades fundamentales y, por lo tanto, de libertad de conciencia.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El proceso de construcción europea del siglo XXI bascula sobre una doble realidad, de una parte, la necesidad de acercar Europa a sus ciudadanos, y de otra, la cohesión de las realidades europeas locales en torno a una unidad política con identidad propia y con proyección internacional²². Las fórmulas por las que podría decantarse la Unión en el terreno de los derechos y libertades fundamentales son variadas: bien renunciar a ejercer su competencia en este terreno dejando su regulación a los Estados miembros; bien aprobar una Constitución que recoja una serie de derechos y libertades fundamentales y crear un órgano que garantice su ejercicio, al estilo de los tribunales constitucionales o supremos nacionales; o bien, tal y como parece que ha ocurrido, aprovechas las inercias que ya existen en este terreno desde la perspectiva supranacional, y en especial el trabajo que viene realizando el TEDH.

²¹. Nuestro Tribunal Constitucional viene utilizando la jurisprudencia del TEDH para fundamentar sus decisiones en su labor interpretativa del derecho a la libertad de conciencia contenido en el artículo 16.1 de nuestra Carta Magna, o en derechos conexos con el mismo como el de los padres a elegir el tipo de educación religiosa o moral que quieren dar a sus hijos. Respecto a las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, su estudio no es abordado de forma directa en este trabajo, pues, como se ha señalado, el Tribunal Constitucional nunca se ha referido a sus sentencias en materia de libertad religiosa. MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, La recepción por el Tribunal Constitucional Español...cit., pág. 5.

²² “La explicación de ambos parámetros se concreta actualmente en el estatuto de la ciudadanía de la Unión y en la exigencia para ser miembro de la Unión de ser un Estado de derecho con un régimen democrático” ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, Los Derechos Humanos en la Unión Europea...cit., pág. 38.

La aprobación de una Constitución para Europa plantea numerosos problemas, tanto en lo relativo al sistema de funcionamiento orgánico, la representatividad de los Estados o los contrapesos de poder de las Instituciones comunitarias, como desde la perspectiva de los derechos y libertades fundamentales. Ahora bien, pese a que parece que es evidente que los derechos y libertades fundamentales gozan de una salud robusta en el contexto europeo, y de que ya existen órganos jurisdiccionales que tutelan su ejercicio, es muy difícil concebir una Constitución que no recoja un catálogo de derechos y libertades fundamentales, pues carecería de “uno de los elementos esenciales del constitucionalismo moderno: sin derechos fundamentales no hay organización democrática posible”²³.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada solemnemente en la cumbre de Niza del 2000, y su valor jurídico se remitía a la Declaración sobre el futuro de la Unión anexa al Tratado de Niza. Sin embargo, la posición del Reino Unido y de Polonia durante el proceso de elaboración del Tratado de Lisboa provocó que la Carta fuera excluida del texto de los Tratados; asimismo, pese a que la Carta ha sido proclamada como tal por las instituciones europeas (Consejo, Parlamento y Comisión), será de aplicación parcial tanto al Reino Unido como a Polonia. Por todo ello, en palabras de Sáenz de Santa María, “el valor jurídico vinculante de la Carta depende de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo que no impide que ya esté produciendo efectos indirectos [...] Hasta que no adquiera valor jurídico obligatorio, la Carta forma parte del grupo de actos atípicos, fenómeno bastante frecuente en el derecho de la UE”²⁴. En esta línea, se ha señalado que la Carta “en tanto no entre en vigor el Tratado de Lisboa, es un texto que muestra un acuerdo político desde su primera proclamación el 7 de diciembre del 2000 en Niza y lo sigue siendo en la nueva redacción tras su segunda proclamación el 12 de diciembre de 2007; formalmente no es una norma jurídica inmediatamente exigible, como tal Declaración, ante los tribunales hasta que no entre en vigor el Tratado de Lisboa que le dará fuerza vinculante, pero nada impide su alegación ante los jueces y tribunales sobre la base del

²³ Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique, El ámbito de aplicación...cit., pág. 42.

²⁴ Vid. SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española, en Revista de derecho de la Unión Europea, N.º. 15, 2008, pág. 234.

principio general del Derecho Comunitario de respeto a los derechos humanos y en calidad de uno de los textos que los concretan”²⁵.

La reforma operada por el Tratado de Lisboa sobre el Tratado de la Unión reconoce a la Carta de derechos el mismo valor jurídico que a los tratados, pues, en palabras de Mangas, “se reiteran dos veces más por si acaso: el hecho de que la Carta sea un texto vinculante y garantice determinados derechos frente a los Estados e instituciones y organismos comunitarios no le confiere competencias normativas en tales ámbitos a la Unión [...] el nuevo artículo 6 no se limita a introducir la Carta como un sustitutivo de los parámetros aceptados por todos desde 1974 y codificados por el Tratado de Maastricht [...] los poderes públicos y nacionales no sólo deben atenerse a la Carta de Niza, no quedan encerrados los derechos humanos en eso sólo (y parco) instrumento normativo. Al contrario con ese sabio párrafo del artículo 6.3 se garantiza la imbricación y apertura a las constituciones nacionales y a los convenios internacionales de derechos humanos, y así el Tribunal de Justicia recurrirá a más fuentes de protección”²⁶.

Pese al atípico valor jurídico que presenta la Carta, con independencia de su enorme valor como documento político²⁷, el TJCE se ha referido en sus decisiones a la

²⁵ MANGAS MARTÍN, Araceli, Introducción a AAVV., Carta de los derechos...cit., pág. 73.

²⁶ Desde esta perspectiva, la Carta ha sido conceptuada como un límite “al ejercicio de las competencias de las instituciones comunitarias y órganos de la Unión: límites que se sitúa en el respeto a los derechos fundamentales allí contenidos. De aquí que, en caso de transgresión de ese límite, la garantía jurisdiccional del TJC sólo entraría en juego respecto del acto de esas instituciones (o, en su caso, de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión), y sólo en la medida en que el TUE o los tratados de las Comunidades Europeas le hayan conferido competencia para ello”. ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, Los Derechos Humanos en la Unión Europea...cit., págs. 50, 65 y 66.

²⁷ Como se ha señalado acertadamente García Manrique, “es posible ofrecer algunas razones para valorar positivamente la mera existencia de la Carta: en primer lugar, el hecho de que las declaraciones de derechos han jugado un papel muy importante en la historia del mundo moderno, incluso al margen de su valor jurídico formal, en tanto criterios supremos de legitimidad política y jurídica (piénsese, por ejemplo, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y en su larga y formidable influencia); en segundo lugar, la Carta ha sido redactada «como si» fuese a tener valor jurídico formal, de modo que su entrada en vigor no requeriría reajustes en su texto; en tercer lugar, al margen de la posición jurídica que le corresponda, la Carta no podrá ser ignorada por las instituciones comunitarias, en especial por el Tribunal de Justicia; cuando menos, supondrá una referencia programática e interpretativa ineludible”. Vid. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, Los derechos de ciudadanía en la

Carta diciendo que aunque “no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no sólo por el artículo 8 del CEDH, sino también por la Carta. Por otra parte, el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es *reafirmar los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del SEDH, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”²⁸. De forma complementaria, siguiendo a Sáenz de Santa María, hay que tener en cuenta que en diversas decisiones relativas a la tutela judicial efectiva, al principio de legalidad de los delitos y las penas, o al principio de igualdad y no discriminación (todos ellos recogidos en los artículos 47, 49, 20 y 21 respectivamente de la Carta) el TJCE ha valorado expresamente la existencia de la Carta²⁹. Asimismo, los tribunales españoles, nuestro legislador nacional y la Dirección General de Registros y del Notariado, han venido referenciando el texto de la Carta en sus actuaciones, ya sea “como un parámetro interpretativo o para corroborar el razonamiento judicial en materia de reconocimiento, protección y garantía de derechos”, por lo que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una “actitud receptiva que permite superar el problema técnico de la falta de valor vinculante de la Carta de Derechos”³⁰.

El ámbito de aplicación de la Carta se recoge en su artículo 51.1, de forma que “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”. De esta manera, los Estados no están obligados a aplicar los derechos y libertades fundamentales protegidos por la Carta, salvo en aquellos supuestos en los que apliquen Derecho comunitario; con lo cual cabe hablar de dos

Carta Europea de Derechos, en Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N^o. 7, 2003. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, Los derechos de la Carta Europea de derechos, en Derechos y libertades, Año n^o 7, N^o 11, 2002, pág. 376.

²⁸ Vid. SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, La Carta de los Derechos...cit., pág. 238.

²⁹ *Ibidem*. Pág. 238.

³⁰ *Ibidem*. Pág. 254.

niveles de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los Estados apliquen el Derecho comunitario –quedando aquí vinculados por la Carta-, o cuando apliquen su Derecho interno³¹.

Por lo tanto, la Carta no es un instrumento que transfiere a la Unión la competencia en materia de derechos y libertades fundamentales; es más, al contrario, tiene por objeto añadir límites a la capacidad de actuación de la Unión en el terreno comunitario. Esta circunstancia supone que, si bien los Estados han creado la Unión y le han dotado de una serie de competencias, en el terreno de los derechos y libertades fundamentales no confían en cederle parcelas de poder y prefieren ser ellos los encargados de su tutela. Por lo tanto, la Unión se conforma como un sistema político bipolar, en el cual se afirman los derechos y libertades fundamentales frente a las estructuras supranacional y nacional, pero el alcance y contenido de dichos derechos será diferente en función de la interpretación que de los mismos hagan ambas estructuras políticas. De ahí la relevancia que presenta el CEDH, ya que gracias al mismo es factible unificar ambas posiciones y que el alcance y contenido de los derechos y libertades fundamentales no diverjan según nos situamos en el plano comunitario o nacional.

La relación entre la Carta de derechos y el CEDH se formula en el apartado 3 del artículo 52 de la Carta, de forma que “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a 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 impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. De esta manera, la Carta se limita a reiterar las disposiciones del CEDH relativas o conexas con la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y, tal y como señalan las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, “de ello resulta en particular que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del derecho comunitario y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos. El sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de

³¹ Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique, El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles...cit., pág. 28.

estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

Así las cosas, la única razón para no realizar una remisión expresa al texto del CEDH está en la posibilidad de que la Unión pueda garantizar un nivel superior de protección a los derechos contenidos en la Carta. Esta situación ha llevado a señalar que la propia lógica interna del sistema permite, tal y como ha establecido nuestra doctrina constitucional, que la interpretación de los derechos y libertades fundamentales protegidos por el orden constitucional, en la medida en la que coincidan con los del CEDH debe realizarse de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, lo cual permitiría evitar potenciales conflictos interpretativos entre la jurisdicción nacional (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo) y la operada por los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo .

En este sentido, es interesante conocer las explicaciones que elaboró el *Praesidium* sobre el alcance y contenido de los derechos contenidos en la carta, pues, si bien carecen de valor jurídico y tienen simplemente por objeto aclarar las disposiciones de la Carta, pueden servir para conocer cuál es su relación con los derechos contenidos en el CEDH en el terreno del derecho de libertad de conciencia³². En primer lugar, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión protegido en el artículo 10 de la Carta corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, tiene el mismo alcance y contenido. En otras palabras, la libertad de pensamiento, conciencia y religión protegida en la Carta se refiere a la Unión Europea, mientras que en el caso del CEDH los sujetos pasivos son los Estados³³. En segundo lugar, el derecho a la educación se formula en la Carta³⁴ de acuerdo tanto con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en este terreno, como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH. En tercer lugar, la formulación del principio de no discriminación contenida en el artículo 21 de la Carta ha sido copiada del artículo 14 del CEDH. Y por último, la

³² El Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50 ha sido recogidas de la página web del Parlamento Europeo: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_es.pdf

³³ Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, Comentario al Título II...cit., pág.261.

³⁴ En su artículo 14 de forma que: “Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

inclusión del derecho a la diversidad cultural, religiosa y lingüística en el artículo 22 de la Carta se basa en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, en los apartados 1 y 4 del artículo 151 del tratado CE relativos a la cultura, y en la declaración nº 11 del Acta final del Tratado de Ámsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales.

En resumen, la Carta de derechos es tanto un documento jurídico como político, cuya mera existencia permite afirmar que la Unión ha dado un pase firme, y probablemente sin marchas atrás, que le permite abandonar su naturaleza fundacional meramente mercantilista y comenzar a conformarse como la Europa de los derechos y los ciudadanos. Sin embargo, en el caso concreto del derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión, al tratarse de un derecho protegido por el CEDH, y al existir una remisión de la Carta a la interpretación que de este derecho haga el TEDH, la clave del sistema continua siendo la jurisprudencia del TEDH. Asimismo, debido al enorme paralelismo que existe en la Carta y el CEDH en el terreno de los derechos y libertades garantizados, y en especial en lo referente al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el grado de protección que actualmente nuestro ordenamiento jurídico concede a éste derecho no tiene porque diferir del que existiría en el caso de que la Carta tuviera plena eficacia jurídica.