



PLURALISMO Y LIBERTAD RELIGIOSA: LA SITUACIÓN DE LAS MINORÍAS

Director: Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS
SOBRE MINORÍAS
RELIGIOSAS
(Conferencia II)

20. Los 47 Estados que integran el Consejo de Europa, entre ellos los 27 socios de la Unión Europea, han asumido intencionadamente el compromiso de respeto al Convenio Europeo de Derechos Humanos. De esta manera, tan señalado instrumento internacional se ha situado entre las reglas jurídicas que presiden el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos. De otra parte, ya se expuso como los Estados han ido incorporando a su Constitución el compromiso de respeto a la libertad de conciencia y de religión. Dejando ahora de lado cual haya sido la respuesta en el ámbito interno de cada uno de los Estados –en aplicación de su propio Derecho por sus propios tribunales-, en esta segunda lección vamos a prestar atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se destacó el importante papel del Tribunal como **pacificador**, pero quiero resaltar además otro matiz. Se insistió también en que si eran importantes las normas, había que comprobar sobre todo si eran objeto de aplicación efectiva, dado el fenómeno que algunos responsables públicos practican, de afanarse en lograr regulaciones adecuadas pero desentendiéndose luego de si se asumía la fase de proyección de la norma sobre la realidad. El papel del Tribunal ha sido relevante, aclarando el panorama con su jurisprudencia y marcando las líneas de comportamiento a la par que va resolviendo los aspectos polémicos que se le han sometido. Su conocimiento me parece una valiosísima ayuda para entender la realidad actual de la libertad de conciencia y de religión, bien que circunscrita al ámbito de los Estados integrados en el Consejo de Europa, que van a aglutinar a una población de más de 800 millones de personas. De ahí que me guste analizar y sistematizar periódicamente dicha jurisprudencia¹, ciertamente estimulante y clarificadora, marcando pautas para saber como actuar, al tiempo que va resolviendo los problemas surgidos. Pero además de ello, en este caso concreto de la libertad de conciencia y de religión, dicha jurisprudencia es un buen estimulante para espolear a aquellos países que por cualquier razón –inercia, olvido, acaso resistencia- se descuiden en adaptar su legislación o su práctica a las altas exigencias que hoy impone la libertad de conciencia y de religión. Aparecerán así casos con problemas nuevos o de difícil interpretación, quizá terrenos todavía no

¹ Me remito a mi citado libro, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa*, y más recientemente a mi trabajo, *La libertad religiosa en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, páginas 288 y sigs.

explorados, lo mismo que aspiraciones exageradas, de quienes no asumen que la libertad religiosa tiene también unos límites. Pero no faltan los casos que evidencian que Estados que han tenido históricamente una religión preponderante, no cumplen sus compromisos de respeto con quienes en ejercicio de la libertad de conciencia, sean organizaciones religiosas o sean personas que asumen la no creencia en religiones positivas, con toda legitimidad pretenden establecerse o desarrollar sus actividades, o exigir el respeto debido. Me parece por eso interesante hacer un análisis, aunque somero, de la jurisprudencia desde la **óptica de las minorías** que ven defraudadas sus legítimas aspiraciones².

Si habían ido apareciendo algunos temas colaterales, como el de las opciones de los padres en relación con la educación religiosa de los hijos –sobre el que luego se insistirá-, no deja de sorprender que la primera sentencia del Tribunal de Estrasburgo que se enfrenta directamente con problemas de la libertad religiosa, la citada de 23 de mayo de 1993, llegara sólo a los 30 años del inicio de su funcionamiento. Pero desde entonces, el flujo ha sido creciente y continuo, deparando intermitentemente nuevas decisiones el repertorio jurisprudencial, lo que acredita, de otra parte, la importancia del fenómeno religioso en la sociedad europea, así como la pluralidad de pequeños problemas que el ejercicio cotidiano puede suscitar. Y es que además, hoy la vida en los Estados contemporáneos está intensamente juridificada. Se predica en general la autonomía de las organizaciones religiosas, como ya se destacó, pero ello no obsta a que deban ser respetuosas con la ley, que normalmente exige que se inscriban en un registro para poder actuar, o encarga a las autoridades tributarias actuaciones que puedan beneficiarles, aparte de que buen número de sus actividades están sometidas a licencia o a autorización: para edificar un lugar de culto, para ejercer la enseñanza, para realizar determinadas concentraciones en la calle, al margen de que se les aplican las reglas generales de policía administrativa, en relación con la tutela de la convivencia (exigencias sanitarias, orden público, ruidos, etc.). Ello sin contar con que a veces

² En este sentido, me es grato recordar que el texto de esta segunda lección es prácticamente la versión escrita –que he ido adaptando a las circunstancias- de una conferencia que he tenido la oportunidad de exponer en diversos foros: En la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (29.XI.2010), en la Facultad de Derecho de Valencia, en un Seminario dedicado precisamente a las minorías religiosas (12.XI.2010), así como en Barbastro, en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, como conferencia inaugural de las IV Jornadas de Derecho Constitucional, centradas en el tema “Constitución y libertad religiosa” (4.III.2011).

habrá que aplicar la legislación penal, para defender precisamente la libertad de conciencia y de religión. Lo que implica que en los numerosos actos de aplicación pueden surgir roces y tensiones.

21. Han abundado los conflictos en algunos Estados que habían tenido históricamente una situación de exclusividad, como Grecia, que a través de la red de disposiciones existentes y de la rutina establecida como práctica, dificultaba la instalación en el país de otras religiones, por muy antiguas que pudieran ser. A veces, han hallado dificultad las organizaciones religiosas más modernas, sin perjuicio de que en ocasiones apareciera la duda de si las que se presentaban como tales eran en realidad religiosas o simple tapadera de otra cosa. Abundan también las tensiones en los Estados que han accedido recientemente al sistema democrático, como Georgia, Bulgaria, Moldavia, Rusia, pero sin que hayan dejado de aparecer conflictos en otros Estados con democracia más arraigada, como Francia, Suecia o Finlandia.

A veces, es la religión mayoritaria o más arraigada la que aparece planteando algún problema (así, en relación con el tema de la defensa de la propiedad, amenazada por el Estado, el asunto “Los Santos Monasterios c. Grecia”, 9.XII.1994), pero no son pocos los casos que afectan a organizaciones religiosas pequeñas, nuevas, o, aunque veteranas y populosas, que pretenden establecerse en un Estado donde no tenían presencia. De ahí, insisto, que la óptica de lo que habitualmente se denominan las **minorías**, nos depare una sugestiva perspectiva de estudio. Entre esa jurisprudencia hay abundantes casos en relación con la preceptiva inscripción en el registro correspondiente, el tema de la educación que se da a los hijos, las opciones que pueden desarrollar las organizaciones religiosas –lugares de culto, propagación, etc.-, las costumbres propias de algunas religiones que pueden chocar con las habituales en esa sociedad, como por ejemplo las referentes a la alimentación o a la llevanza de determinadas prendas de vestir y así una larga serie. Por fuerza, no habrá más remedio que seleccionar, dado que nuestras opciones son limitadas. En concreto, la vertiente dedicada a los atuendos ha dado bastante trabajo al Tribunal, testimonio de que era un problema al que se le concedía importancia, y por eso la analizaré de forma concentrada dedicándole la lección tercera, por lo que ahora no haré referencia a ella. Estimo también del

mayor interés la respuesta de cada Estado a la hora de mantener la neutralidad que es hoy exigencia inexcusable del pluralismo. No han faltado tampoco los litigios a este respecto, de los que prescindiré también ahora, pues serán analizados de forma separada en la cuarta lección. Con todo, son muy variados los aspectos que han sido abordados, que paso a exponer a continuación. Que evidencian además, como sucede en general y, salvo algunas excepciones, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo: no son pocos los problemas que se van repitiendo en unos y otros confines. Antes o después van apareciendo en muchos Estados las mismas dudas o tensiones. De ahí el interés de esta jurisprudencia, que preside el panorama jurídico de tantos Estados, que puede adelantar soluciones ante posibles dudas.

22. Pero antes de pasar al estudio de los supuestos me resta por hacer una observación. Destacaba el significado de la jurisprudencia y su importante papel de incentivo, ya a la hora de solventar las tensiones y resolver los casos, ya a la de orientar incluso la evolución constitucional, tanto en cuanto a la elaboración de los nuevos textos, como en lo que se refiere a la interpretación de los ya existentes. A pesar de ello, también aquí habrá que tener en cuenta la observación que es válida con carácter general: el derecho no puede resolver todos los problemas que se plantean en la sociedad. Y, por lo mismo los Tribunales, o el de Derechos Humanos en concreto, no están bocados a solventar todos los problemas que aparezcan. Lo veremos luego, casi al final, con alguna cuestión de relevancia. Y es que en la vida de cada día hay también otros factores u otros resortes sociales a tener en cuenta: educación, opinión pública, ambiente cultural o actuaciones políticas, incluso. Lo cual no impide reconocer la destacada labor de las decisiones del Tribunal Europeo.

23. Empecemos por la primera sentencia en orden cronológico, que encaja directamente en nuestro tema de estudio, y que, aparte de apuntar una solución que estimo del todo correcta, deja planteado y resuelto un interesante problema jurídico, de gran interés para el sistema de relación del Derecho de los Estados con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En la propia sentencia reconoce el Tribunal que se trata del primer caso que tiene que resolver sobre libertad religiosa. El problema central estriba en la aptitud de las organizaciones religiosas para propagar sus creencias, lo que apropiándose símbolos de determinadas

organizaciones religiosas ha pasado al lenguaje vulgar como evangelización, que se expresa también con la palabra **proselitismo**, hoy generalizada, pero que no deja de tener alguna connotación negativa. ¿Se permite a las organizaciones religiosas hacer proselitismo?

No parece difícil deducir del texto del artículo 9 CEDH que forma parte de la libertad religiosa la acción de propagación de las ideas o de las propias organizaciones religiosas. De hecho, tal alternativa viene siendo algo común, salvo excepciones, a las religiones conocidas. Pero, ¿hasta dónde puede llevarse tal actividad? La mera presencia de lugares de culto con sus diversos atractivos, su suntuosidad, sus valores artísticos, el depósito de esculturas, cuadros, o la música que se interpreta, pueden ser elementos determinantes; o las actividades, sociales o humanitarias, o culturales, educativas –como luego se señalará-, la edición y publicaciones, transmisiones radiofónicas o televisivas, hoy las páginas Web y demás variantes informáticas tan facilitadoras de la comunicación, todo ello puede servir como instrumento de interesamiento y de captación. ¿Y en las relaciones personales? Es ahí donde va a entrar sobre todo la idea de proselitismo.

No me parece inoportuno avisar a los padres de que tengan cuidado con según que tipo de relaciones de sus hijos. Hay edades conflictivas, momentos de desorientación, o inseguridad, situaciones de zozobra o de duda, que pueden ser aprovechados por quienes están preparados a “pescar” la pieza que quede “a tiro”, incluso con una minuciosa preparación del terreno de juego. Sectas o no sectas, es importante que se sepa que la araña puede estar tejiendo su red³. Lo que digo de los adolescentes, me recuerda la genial descripción de Ramón Pérez de Ayala, en su conocida y tan interesante novela “AMDG”, de ciertos miembros de una conocida orden religiosa que, a la sazón, “estaban muy atentos” a determinadas damas de posición, de cuyo patrimonio acaso un buen pellizco podría llegar a pasar a la orden. Y es que puede haber un proselitismo que se aprovecha de determinadas circunstancias especiales. Al margen de ello, la labor leal y no abusiva, a través del

³ Por ejemplo, en un asunto referente a España –“Riera Blume y otros c. España, 14.IX.1999- aparece como fondo del caso, la situación de unos padres en Cataluña preocupados, y actuando, desde una asociación de lucha contra las sectas denominada “Pro juventud”, porque entienden que una “secta” –lo que se denomina “Centro Esotérico de Investigaciones”, CEIS, que, por cierto, nunca estuvo inscrito en el Registro de Organizaciones Religiosas, que se lleva en el Ministerio de Justicia- ha captado a sus hijos.

envío de publicaciones, llamadas, conversaciones, incluso visitas de puerta en puerta, parece que forma parte de la actividad normal de propaganda, inherente a la práctica de una religión, proyección por ende de la libertad religiosa.

El primer caso que llega al Tribunal Europeo es, en efecto, el asunto “Kokkinakis c. Grecia”, 25.V.1993. Se trata de un matrimonio de “testigos de Jehová” que, en sus visitas puerta a puerta, han querido adoctrinar a una señora, que los dejó pasar, conversan, debaten e intentan convencerla. El marido –que, por cierto es chantre de la Iglesia Ortodoxa: no sé si rara coincidencia de mala suerte o actuación a postolos denuncia a la policía, los detienen, y el tribunal correccional termina condenándoles a multa y a cuatro meses de privación de libertad, sustituible por el pago de una cantidad. Recuérdese lo que se dijo en la lección primera de la prohibición constitucional en Grecia del proselitismo, exigencia pormenorizada luego por la legislación ordinaria. En la vía de interna, al recurrir, se absuelve a la señora, mientras se mantiene la sanción al marido, que termina así dirigiéndose al TEDH. El asunto tiene otras implicaciones, aparte del argumento de la libertad religiosa, planteándose así también a lo vivo el tema del principio de legalidad. Pero, de eso, prescindiremos ahora. Ciñéndonos al argumento de la libertad religiosa, la posición del Tribunal Europeo es inequívoca: hay que distinguir el testimonio cristiano del proselitismo abusivo; el segundo sería la corrupción del primero, que no se concilia con el respeto debido a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión de los demás. Los criterios punitivos griegos pueden considerarse legítimos en la medida en que sólo pretendan reprimir el proselitismo abusivo. Que, por lo que parece deducirse de los hechos, no sería el caso en el supuesto contemplado. Lo que conduce a que la sentencia concluya que Grecia no habría respetado su compromiso de garantizar la libertad religiosa, añadiéndose por eso la condena, por daños morales, a la importante cantidad de cuatrocientas mil dracmas de la época.

Cinco años después llega al Tribunal un nuevo asunto sobre proselitismo en Grecia, que aporta significativos elementos de contraste. Me refiero a la sentencia “Larissis c. Grecia”, 24.II.1998. Se trata ahora de pentecostistas de religión que son condenados por actuaciones de adoctrinamiento religioso bien diferente a las del supuesto anterior. En el caso se trata de oficiales del Ejército del Aire que han sido condenados disciplinariamente por sus actividades de proselitismo. En este punto,

el Tribunal Europeo va a establecer una interesante distinción. Nada impide que estas personas, cuando estén libres de sus obligaciones militares, vayan de puerta en puerta intentando propagar su fe. La sanción por este tipo de actividades no puede justificarse. Pero cosa bien diferente es el intento de adoctrinar en el cuartel a sus subordinados. Esta variante del proselitismo no puede en cambio ser justificada pues hay un evidente abuso en el intento de prevalerse de la jerarquía, o simplemente de utilizarla. En resumen, no se puede prohibir el proselitismo que no sea abusivo o desproporcionado.

Dos palabras sólo sobre el otro aspecto anunciado. Si se observa con claridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está desactivando un precepto de la Constitución griega o, al menos, imponiendo una interpretación. En cuanto al proselitismo “abusivo” habría que decir que se considera como no admitido, lo diga o no la Constitución. Tratándose del proselitismo “no abusivo”, es como si hubiera que tener por no puesto el precepto constitucional. No valen hoy, desde el actual pluralismo religioso, los criterios defensivos que consiguió imponer la Iglesia Ortodoxa en el siglo XIX. Normalmente, el Tribunal Europeo insiste en que él no es juez de la legalidad ni menos de la constitucionalidad. Lo cierto es, empero, que al admitir determinados recursos es como si estuviera dejando sin validez algunos preceptos legales⁴. Del mismo modo que hay que decir que, en según que supuestos, como el ahora contemplado, de hecho, efectivamente está desactivando un precepto constitucional.

24. Hablando de Grecia hay un interesante asunto en que aparece en inferioridad de situación y, de hecho, sometida a restricciones injustificables, una religión que en otros Estados ha venido ocupando un lugar preponderante. Es decir, se encuentra allí en situación de minoría una religión que en otros países es, sin duda, mayoritaria. Buen ejemplo, el caso, del recelo tradicional y de la omisión de la debida diligencia para ponerse al día y superar situaciones de otros tiempos. Me

⁴ Valgan dos ejemplos de sobras significativos, de entre los muchos que se podrían citar. En la sentencia “Marckx c. Bélgica”, 13.VI.1979, se desactivan los preceptos del Código civil que consagraban el trato discriminatorio de los hijos nacidos fuera del matrimonio. El propio Gobierno belga, a consecuencia del caso, se comprometió a modificar la regulación. En otra dirección, en el supuesto “Ex Rey de Grecia y otros c. Grecia, 23.XI.2000, el Tribunal fuerza a llevar a cabo lo contrario de lo que había dispuesto una ley (que excluía cualquier indemnización por la ocupación de bienes que se consideraban no de la Nación sino propios de la familia que antes había ocupado el Trono).

refiero a la sentencia “Iglesia Católica de La Canea c. Grecia”, 16.XII.1997. Aparentemente se trata de un asunto simple pero que pone en evidencia descuidos injustificables. Terrenos pertenecientes a la catedral de la diócesis católica de Creta han sido ocupados –de forma incorrecta, se dice- por un vecino. Pero al intentar plantear la defensa en juicio resulta que las diócesis católicas no tienen reconocida **personalidad jurídica**, por lo que, en el caso, no se puede accionar ante los tribunales ni para algo tan simple como defender una propiedad usurpada. La autoridad católica acude ante el Tribunal Europeo en demanda de amparo alegando como argumento principal no la libertad religiosa sino el *derecho a un proceso equitativo*, ampliamente garantizado por el artículo 6 del Convenio Europeo. Un ejemplo significativo de cómo el Convenio funciona como un todo de manera que la protección auspiciada puede lograrse a través de diversas vías argumentales. El Tribunal entendió que era injustificable la omisión discriminatoria, condenando a Grecia.

25. Una vertiente interesante de la libertad de conciencia –que tiene que ver además con las relaciones paterno-filiales- es la concerniente al **derecho de los padres de predeterminar el tipo de educación, religiosa o no, que hayan de recibir sus hijos**. Se trata de una opción afianzada en las Declaraciones⁵ y Constituciones –algo se dijo en la lección primera- y expresamente llevada al Convenio Europeo, cuando en el “Protocolo Adicional” –el número Uno-, al añadirse el *derecho a la instrucción*, en el artículo 2, se aseveraba que el Estado “respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas”⁶. Es tema que ha interesado sobremanera, y la prueba es que continuamente están aflorando a la jurisprudencia nuevos casos, en secuela incesante casi desde el inicio de funcionamiento del Tribunal⁷.

El problema, tal y como ahora se plantea, surge de manera especial a la vista de la actual organización del servicio público de enseñanza. Se parte de la base de que los padres, legalmente responsables de la educación de los hijos, determinan

⁵ La Declaración Universal de Derechos Humanos la incluyó en el artículo 26.3, dedicado a la enseñanza. Luego, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la llevó al precepto dedicado a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, artículo 18.4.

⁶ De donde ha pasado, casi literalmente, al artículo 14.3 de la Carta Europea.

⁷ Me remito a mi libro, *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de dar a sus hijos*.

también la orientación de éstos desde el punto de vista de las ideas religiosas. Cuando puedan discernir y tengan su criterio, y en todo caso con la mayoría de edad, los muchachos asumirán su responsabilidad y optarán, pero antes las cosas de la conciencia se considera que pertenecen al acervo educativo que los padres transmiten a los hijos. Hoy, hay que contar con el prestigio de la enseñanza pública, aparte de que, al consagrarse el derecho a la educación y la obligatoriedad de la enseñanza, se marca también la responsabilidad del Estado obligado a organizar el servicio educativo. Antes de que se generalizara la educación para todos, estaban muy presentes los centros religiosos de enseñanza, fenómeno aparecido en las diversas culturas y Estados, con el protagonismo que solía asumir la religión preponderante. En el caso de los países de tradición católica, sabido es como varias órdenes religiosas se dedicaban de manera muy especial a la enseñanza, normalmente desde la idea, que luego evolucionaría, de órdenes femeninas dedicadas a la enseñanza de las niñas, y órdenes masculinas con la intención de atender a los muchachos. Solía haber varias opciones, incluso no religiosas, y de ahí que los padres pudieran optar: el que quería que sus hijos recibieran una formación religiosa determinada, mandaba a sus hijos al colegio que respondía a sus ideas. Dicha situación, que he simplificado por fuerza, se complica cuando, de una parte, se generalizan los centros públicos y, de otra parte, impera efectivamente en la sociedad el criterio del pluralismo. Cuando se alcanza tal estadio, cobra especial relieve el criterio de que los padres tienen el derecho a predeterminar la enseñanza religiosa que hayan de recibir sus hijos. Surgirá así un vivo y complejo debate que los Estados han intentado abordar y resolver de manera bien diversa, apostando por variadas alternativas. Una fórmula generalizada, y bien correcta, consiste en que en los centros públicos no se dé enseñanza religiosa, y que ésta la reciban los niños en las propias organizaciones religiosas. Cabe también, en fórmula cara y no exenta de complejidad, que los centros públicos den enseñanza religiosa según la elección que hayan formulado los padres. Otra variante, dentro de una realidad compleja que, por fuerza no me queda más remedio que simplificar, es que la enseñanza pública aborde el fenómeno de las creencias y de la religión desde una visión histórica y cultural, cuidando de que sea objetiva y delicada, respetuosa, y que no esté centrada en ninguna respuesta religiosa concreta. Esta tercera variante tiene también sus ventajas y complejidades, siempre desde el recelo de que en países con una religión históricamente preponderante no se

alcance el grado de objetividad y respeto que parece deseable. Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal Europeo es rica en enseñanzas en relación con este problema, dado que periódicamente van haciendo su presencia padres que estimaban que con las enseñanzas impartidas en las clases no se respetaban sus ideas religiosas. De esa sugestiva historia, a la que he dedicado especial atención como antes dije, ofreceré ahora sólo tres supuestos, bien claros desde el punto de vista de la tutela directa de minorías, en dos de los cuales se da la razón a los padres recurrentes –contrarios a la educación religiosa desde la libertad de creencias, en el primer supuesto, o por tratarse de religión distinta a la por ellos practicada, en el segundo-, mientras que en el tercero se rechaza el recurso desde el punto de vista de la defensa de los niños.

El caso “Folgero y otros c. Noruega”, 25.VI.2007, nos sitúa ante una situación en la que, diré simplificando, miembros de la “Asociación Humanista Noruega” entienden que en la enseñanza de la religión en las escuelas públicas no se guarda la debida objetividad y deferencia, estando las clases especialmente volcadas hacia la fe evangélica luterana, propia de la ha venido siendo la religión oficial del Estado, la de la Iglesia de Noruega. El TEDH, a la vista de los programas y de la impartición efectiva de las clases, entiende que la enseñanza está excesivamente volcada hacia la orientación apuntada, y que no se guarda el debido equilibrio, por lo que la sentencia termina condenando a Noruega entendiendo que no respeta las exigencias del Convenio, y, en concreto, del Protocolo número I. Parecido en cuanto al esquema, aunque varían los contenidos, resulta el supuesto contemplado en la sentencia “Hasan y Eylon Zengin c. Turquía”, 9.X.2007. Los Zengin pertenecen a la rama alevita del Islam, y de hecho la niña Eylon tiene que recibir obligatoriamente la clase de “Cultura religiosa y ética”. Se destaca que, en cambio, los niños de las comunidades católica y judía pueden exonerarse de recibir dicha asignatura. Los Zengin no consiguen en cambio que su hija sea dispensada de la citada enseñanza. Están disconformes con las ideas que se imparten pues, aparte de que se omita cualquier referencia a la rama alevita –más liberal y abierta a la modernidad, sostienen-, estiman que la enseñanza no se imparte de manera objetiva, crítica y plural, sino que, por el contrario se adoctrina a los niños en el Islam, pero de acuerdo con los criterios y valores de la rama mayoritaria, la de los suníes. De ahí el recurso, al estimar el padre que no se respetaban sus creencias. Y el Tribunal, tras

comprobar minuciosamente los programas y la práctica seguida, les dará la razón, con la consiguiente condena a Turquía.

Una nueva variante para concluir este punto, sobre un asunto de bien diferente significado, que me lleva a una bien interesante declaración de inadmisibilidad del Tribunal, sobre la que he llamado también la atención en el libro citado, dado su interés: la “Konrad y otros c. Alemania”, 11.X.2006. El Alemania, los niños están obligados a ir a la escuela, como sucede en muchos países, entre ellos España, aunque hay otros en que los padres se responsabilizan de que los niños aprendan sin necesidad de enviarlos a la escuela. En el caso contemplado, unos padres, por razones religiosas, solicitan que se dispense a sus hijos de acudir a la escuela, entre otras cosas, se dice, porque alegan que allí entrarán en contacto con la violencia, que les llenarán la cabeza de ideas sin fundamento, como los cuentos de hadas, de ogros, etc., así como que les darán educación sexual, enseñanzas a las que los padres se oponen. El Tribunal, en una decisión muy bien fundada, valora la razonable argumentación de los Tribunales internos y, dando por buena la alternativa del Estado de hacer obligatoria la enseñanza, se asume la importancia del criterio del valor formativo de la escuela, donde el niño se acostumbra a familiarizarse con un mundo diferente al que vive cotidianamente en su casa. Se valora el derecho de los padres pero sin dejar de considerar que en el supuesto pesa más la posición de los niños, a los que hay que favorecer enviándolos a la escuela.

Por cierto, que recientemente el Tribunal Constitucional español ha tenido que resolver un asunto parecido, aunque no entraban en juego las ideas religiosas ni fundamentación que tuviera cualquier parecido con el caso anterior. Solicitaban simplemente la no escolarización de los niños. El TC, en interesante sentencia de la que fue ponente la entonces Presidente del Tribunal, María Emilia Casas Bahamonde, rechaza el amparo, con argumentos muy parecidos a los de la decisión recién señalada, con numerosas referencias a la doctrina del TEDH. Se dirá, así, en el fundamento jurídico 8.b), que no es sólo la adquisición de conocimientos lo que importa, sino que las enseñanzas, “han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los

principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización” (STC 133/2010, de 2 de diciembre).

26. No es infrecuente que las religiones exijan de sus fieles formas de vida y respuestas positivas que predeterminan su actuar en sociedad: oraciones, visitas a los lugares de culto, a veces en cuanto al atuendo y, en no pocas ocasiones, en relación con los **alimentos**, ya en cuanto a los tiempos –observando el ayuno, por ejemplo-, ya en forma de prohibiciones de ingerir con carácter general determinadas sustancias. Lo que, en la vida cotidiana puede no tener trascendencia exterior –a nadie importa en principio, diríamos, si uno consume o no alcohol, por ejemplo-, pero a veces puede tener trascendencia⁸ en cuanto, por determinadas circunstancias, tales hábitos pueden chocar con las prácticas habituales en el ambiente concreto. Un caso reciente, referido a una situación sin duda excepcional, es buen exponente de cómo, en ciertas ocasiones, pueden aparecer tensiones a causa de lo que una determinada persona pretenda no comer. Me refiero a la sentencia “Jakobski c. Polonia”, 7.XII.2010. Se trata, en concreto de un budista que está cumpliendo en una prisión de Polonia una pena de privación de libertad de ocho años por un delito de violación. Es decir, se trata de una situación en la que la persona no es libre de optar por sí misma, sino que tiene que estar a las reglas de funcionamiento del servicio. Y aquí surge la pregunta interesante: ¿Habrá que adaptar las reglas de funcionamiento del servicio para no violentar los hábitos y las exigencias religiosas, aunque se trate de una exigua minoría? Tan exigua la minoría que, si se dice que en una de las etapas de su privación, había seis musulmanes en la cárcel, él es en concreto el único budista.

⁸ Hay una sentencia de hace unos años ya en que aparece el problema de la forma de sacrificar los animales, dado que algunas religiones –como la judía y la musulmana- exigen por razones históricas una forma de sacrificio distinta a la que se ha normalizado en nuestras sociedades tratando de evitar dolor a los animales. He analizado con detenimiento este caso –“Cha’are Shalom Ve Tsedk c. Francia”, 27.VI.2000- en mi trabajo, *Las exigencias de respeto a los animales y las tradiciones religiosas: sacrificios rituales, autorización administrativa y libertad religiosa*, recogido ahora en mi reciente libro, *Estudios sobre libertad religiosa*, páginas 125 y sigs.

La sentencia describe una compleja historia de solicitudes, recursos, incluso una huelga de hambre, pretensión de que el ministerio fiscal ponga en marcha la correspondiente acusación, gestiones reiteradas de la Misión Budista en Polonia, con requerimiento también al “Ombudsman”, que trataré de simplificar. El caso es que en cada ocasión se rechaza en principio⁹ su aspiración de conseguir comida en que no haya carne, para dar cumplimiento a las exigencias de su religión budista.

Ante su reiterado fracaso, el recurrente acude ante el Tribunal Europeo solicitando que se condene a Polonia por violación de la libertad religiosa, tal como la contempla el artículo 9 del Convenio. Sostendrá así que conseguir una dieta vegetariana, tal como prescribe su religión, no encaja en ninguno de los motivos para restringir la libertad religiosa que enumera el apartado segundo del artículo 9 del Convenio. El Gobierno se opone alegando que, según varias enciclopedias, el budismo aconseja la dieta vegetariana, pero no la impone. Sostiene, además, que si cada recluso pretendiera una dieta diferente por razones religiosas, la prisión sería ingobernable, y, en concreto, se dice que tal pretensión para una única persona dentro de un colectivo de 1.200 reclusos implica demasiadas dificultades de naturaleza técnica y financiera.

El Tribunal Europeo parte de que el budismo es una de las mayores religiones del mundo reconocida en numerosos países. Asume también su doctrina asentada por anterior jurisprudencia de que la observancia de dietas alimenticias puede ser considerada como directa expresión de las creencias en práctica, en el sentido del artículo 9. Igualmente considera que la opción del recurrente por una dieta vegetariana bien puede ser considerada como inspirada o motivada por su religión, por lo que no parece carente de razón (párrafo 45 de la sentencia). El Tribunal ponderará también la reiterada solicitud del recurrente ante las autoridades, y la respuesta de éstas en el sentido de que resultaría costosa y complicaría el funcionamiento de las cocinas de la cárcel, para concluir en la necesidad de un balance y de contrapesar ambos puntos de vista. Constata así que no es que se exijan determinados productos, ni que haya que cocinar de una determinada manera, lo que le lleva a la afirmación de que no acaba de convencerse de que

⁹ A veces, obtiene pequeñas concesiones, como la de recibir comida que no tenga carne de cerdo y con muy escasa cantidad de carne.

preparar una dieta vegetariana implique perturbaciones en el funcionamiento de la prisión ni perjuicio alguno para la variedad de comidas servidas a los otros reclusos. Recuerda incluso el Tribunal la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 2006, sobre reglas europeas para las cárceles –que se transcribe expresamente en los antecedentes- en el sentido de atender en lo posible las aspiraciones de los reclusos en cuanto a las dietas exigidas por razones religiosas, previsión no obligatoria pero que el Tribunal había recordado expresamente a Polonia en otro caso reciente. Lo que le lleva al convencimiento de que, a pesar del margen de apreciación de que dispone el Estado, no ha sido correcta la actuación de éste a la hora de buscar un equilibrio entre las posiciones contrapuestas. De ahí la conclusión, por unanimidad, de que Polonia ha violado el artículo 9 del Convenio. Se trata, como se ve, de un caso bien interesante, testimonio claro de la proyección de las exigencias de la libertad religiosa.

27. Incluso, en algún supuesto aislado y excepcional aparece la **violencia**, que implica la agresividad hacia algún grupo minoritario desde sectores ultraconservadores de la religión tradicional en el territorio, cerrados ante la posibilidad de que aparezcan nuevos grupos, pero que, desde un punto de vista sistemático, compromete ante todo a las autoridades por su pasividad. La excepción confirma la regla, como se decía. Resulta patética la descripción¹⁰ de hechos en el asunto “97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gdani y otros c. Georgia”, 3.V.2007, con una larga secuela de actuaciones violentas que causan estupor e indignación. La descripción nos aproxima a páginas históricas que hoy se considerarían superadas en el ámbito europeo, y nos retan a todos a seguir afirmando el “nunca jamás”: nunca jamás deben volver a repetirse conductas similares en los conflictos religiosos. Con motivo de una asamblea de la Congregación, que se celebraba el 17 de octubre de 1999 en un teatro, fueron atacados por un grupo de miembros de la religión ortodoxa liderados por un tal “Padre Basilio”, antiguo sacerdote que había sido suspendido. El grupo, varios de cuyos componentes iban vestidos con sotana –obviamente, ahora, como en general en cualquier otro caso, la descripción que doy es la que figura en la sentencia-

¹⁰ Sigo muy de cerca, en este punto, lo que había señalado en mi citado trabajo, *La libertad religiosa en la reciente jurisprudencia*.

avanzaba enarbolando grandes cruces y bastones, y gritando. El resultado de la refriega es que hubo violencia a mansalva, quema de libros, agresiones y heridos. A partir de ahí, y ante la práctica ausencia de reacción de las autoridades, los actos de violencia se repetirían reiteradamente, con ataques y destrucción de las sedes y quema de libros. No pocos de los sucesos serían filmados, e incluso, retransmitidos por televisión. Insistiendo los testigos de Jehová en achacar dichas actuaciones a la falta de reacción de las autoridades. Además de lo anterior, “los recurrentes afirman que los propietarios de los lugares de reunión se niegan a alquilárselos amedrentados por el temor de que sean saqueados y dañados” (p. 69). Como se dice en la sentencia, en la afirmación que culmina la exposición de los hechos, “En total, entre octubre de 1999 y noviembre de 2002, los testigos de Jehová habrían sido objeto de 138 ataques violentos habiéndose registrado 784 denuncias ante las autoridades competentes. Ninguna de tales denuncias dio lugar a una encuesta diligente y seria” (p. 70).

La sentencia, sobre la que quiero insistir dada la gravedad de los hechos, es un serio aviso para Georgia, pero también para cualquiera que pretendiera seguir sus pasos, y concluye estimando por unanimidad, que se ha violado el derecho a la libertad religiosa, apreciando incluso en unos cuantos puntos que se ha infringido el precepto que prohíbe la tortura y los malos tratos (artículo 3), cerrándose con la decisión ejemplarizante de que el Estado deberá compensar a los perjudicados con numerosas indemnizaciones.

28. El grupo religioso recién citado, me lleva ahora a otra perspectiva. Se habló de requisitos y trámites. Ya se dijo como es normal que las organizaciones religiosas deban inscribirse en el oportuno **registro**, organizado según las características de cada Estado. Pues bien, no son pocos los supuestos, que afectan específicamente a grupos minoritarios que quieren iniciar su presencia en el país correspondiente, en los que aparecen muestras de dilaciones, silencios, trámites incoherentes o retardatarios, cuando no situaciones injustificables de rechazo. Hay que resaltar por eso que la jurisprudencia del Tribunal Europeo suele ser decididamente contraria a los trámites obstativos, es decir, facilitadora de las inscripciones que parecen correctas. Me remito así, a modo de ejemplo, a las sentencias “Comunidad religiosa de los testigos de Jehová y otros c. Austria”, 31.VII.2008, “Verdadera Iglesia

Ortodoxa en Moldavia c. Moldavia”, 27.V.2007 así como “Ivanova c. Bulgaria”, 12.IV.2007.

Esta línea es un testimonio claro de los compromisos positivos que los Estados tendrán que prepararse para abordar con corrección las tan variadas implicaciones de la libertad religiosa.

29. En un puñado de casos se han planteado problemas en relación con la **masonería**. Bien sé que no se trata de una organización religiosa en sentido propio, pero aparte de la proximidad en la vertiente de los sentimientos, reflexionando sobre la libertad de pensamiento y de conciencia, no será ocioso aludir a ella. Todos los casos provienen de Italia, donde a los miembros de las organizaciones masónicas se les ponían dificultades, a la hora de ocupar determinados cargos de responsabilidad, por ejemplo. La jurisprudencia del Tribunal había condenado tales prácticas¹¹, que normalmente se planteaban desde la óptica del derecho de asociación y no desde la del derecho a la libertad de creencias. Ahora me referiré sólo al caso más reciente¹²: el asunto “Gran Oriente de Italia del Palacio Giustiniani c. Italia”, 31.V.2007, se enfrenta con una ley de la Región Friuli Venecia Julia que establece para el acceso a determinados altos puestos, no ya una prohibición, sino la obligación de declarar la pertenencia a sociedades masónicas o de carácter secreto. La demanda ante el Tribunal Europeo había sido interpuesta alegando como fundamento la discriminación (artículo 14 CEDH) referida al derecho de asociación (artículo 11). Por cierto que el caso ofrece un debate interesante –que se resuelve en sentido positivo- acerca de si una asociación puede considerarse como “víctima de una violación” (requisito que exige el artículo 34 para poder recurrir), en relación con algo que afecta directamente a sus integrantes. En cuanto al fondo, entiende el Tribunal que, en ocasiones, la presencia de miembros de determinado tipo de asociaciones podría ser problemática, y podría incluso justificar prohibiciones, como en el caso de partidos o grupos que proclaman ideas racistas o xenófobas, o sectas o asociaciones con una organización interna de tipo militar, o propugnando una ideología contraria a las reglas de la democracia. El que para

¹¹ Recuérdese lo que indico en mi citado libro, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa*, 106 ss.

¹² En este punto sigo muy de cerca lo que había expuesto en mi trabajo, *La libertad religiosa en la reciente jurisprudencia del TEDH*, página 293.

nada se mencione a organizaciones de esas y la exigencia se incluya en exclusiva para los masones, constituye sin duda, a juicio del Tribunal, una medida discriminatoria, de ahí que se acepte el recurso (por seis votos contra uno).

30. Un asunto reciente, para ir concluyendo ya, me dará pié a una doble reflexión. De una parte, lo que se decía al inicio de que el Derecho no puede resolverlo todo, y que, en concreto, los tribunales tienen sus limitaciones institucionales, que no les permiten por tanto abarcar todos los problemas que interesan. De otra parte, aparece frontalmente la más reciente reforma constitucional a que se aludía en la lección primera, la realizada en la Confederación Helvética el 2009. Por otro lado, dado que se trata de decisiones del Tribunal bien recientes, que apenas han trascendido todavía, ocasionadas por el grave problema de la **xenofobia**, que por desgracia se va expandiendo por no pocos países europeos, considerados tradicionalmente objetivos y ecuánimes –y que no ha dejado de aparecer en España en algunas zonas-, dedicaré al problema una cierta atención, aún consciente de que en este caso el Tribunal no ha podido decir apenas nada. Se va a tratar, en concreto, de las Decisiones “Hafid OUARDIRI” y “LIGA DE MUSULMANES DE SUIZA y otros”, ambas contra Suiza, ambas de 28 de junio de 2011.

Como vamos viendo, la jurisprudencia, reflejo del diario acontecer en sociedad, va deparando los más diferentes supuestos, dentro de esa riqueza de contenidos que proporciona la vida cotidiana. El problema de fondo contemplado –y en cuya valoración o interpretación no van a entrar las decisiones- no deja de sorprendernos a primera vista, de chocarnos incluso, lo que no nos impide asumir que se trata, como se va a comprobar, de una decisión intencionadamente tomada y reiterada desde una instancia participativa. El dato real lo constituye, en efecto, la inclusión en la Constitución suiza, por reforma de 2009, de una cláusula que literalmente dice: “**Queda prohibida la construcción de minaretes**”. Tal sería la redacción del nuevo apartado 3 del artículo 72. El alcance de la reforma no se refiere a lo que puedan determinar los instrumentos urbanísticos pertinentes en orden a situación, alturas, materiales o estilos utilizados, etc., ni a prohibiciones específicas para delimitar el uso de los minaretes delimitando horas adecuadas, ni a cualquiera de las opciones de la policía administrativa, sino que se plasma como una prohibición universal, por lo que, según la interpretación más aparente, queda radicalmente

prohibida la erección de minares cualquiera que sea su tamaño o funcionalidad, en todo el territorio de la Confederación Helvética.

Como se deduce fácilmente, la medida apunta directamente a la religión musulmana para la que el minarete suele ser elemento característico de sus templos, las mezquitas.

Cierto que, también en este punto, el Derecho exige precisión y habría que determinar previamente qué se entiende por minarete, en el sentido, por ejemplo de si lo que se quiere prohibir es que suba el almuédano a llamar para la oración, o de si afecta, sin más, a cualquier modalidad de torre que pudiera tener un destino ornamental. Del mismo modo que otros templos, por ejemplo los católicos, suelen también completarse con torres, originariamente para la colocación de campanas, aunque con frecuencia vayan quedando en su efecto ornamental. Pero una hipotética pregunta paralela podría ser en este último caso: ¿prohibir las campanas, o, más precisamente, el toque de campanas, o, sin más, prohibir las torres?

La medida es el resultado de una de las variantes de participación ciudadana tan asumidas por la sociedad helvética. En efecto, a consecuencia de una iniciativa popular respaldada por 113.540 firmas de ciudadanos suizos, se redactó el correspondiente proyecto, al que se dio la tramitación prevista. No obstante las claras advertencias que se formularon al respecto en sentido contrario, a las que enseguida me referiré, la votación popular arrojó la aprobación del proyecto, con el 57'5 de los votos favorables, en cuanto a los ciudadanos, y con el apoyo positivo, en cuanto a los territorios, de 17 cantones y 5 semicantones, por lo que pasaría a integrarse en la Constitución.

Tan polémico resultado fue, en efecto, querido y asumido. Dos cualificados órganos del sistema político suizo advirtieron expresamente a ciudadanos y cantones, con energía y con amplitud de argumentos, para que votaran en contra. Así, cuando el Gobierno suizo (el Consejo Federal) acompañó el correspondiente proyecto de decisión –en cumplimiento de los trámites constitucionalmente previstos-, adjuntó una enérgica advertencia en la que con precisión de argumentos se explicaba la

ilegalidad de la medida. Será oportuno transcribir el razonado párrafo que incluyen ambas decisiones:

“El análisis [...] evidencia que la iniciativa <Contra la construcción de minaretes> atenta contra la libertad religiosa garantizada por el artículo 9 CEDH. La medida que se solicita no tiene justificación en el apartado segundo del precepto citado pues resulta carente de cualquier objetivo legítimo, y es, además desproporcionada, es decir, no necesaria en una sociedad democrática. [...] A la vista de las consideraciones precedentes se constata que la prohibición de construir minaretes contradice la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH, que podría ser invocada en relación con el artículo 9 CEDH: crea una desigualdad de trato entre grupos de personas en situaciones similares desde el punto de vista del criterio eminentemente personal de la religión; tal diferencia de trato no ofrece justificación legítima alguna; por último, la interdicción contemplada resulta desproporcionada...”

No menos tajante resultaba el punto de vista del Parlamento Federal Suizo, la Asamblea Federal. En la decisión que adoptó para dar el trámite previsto a la iniciativa, tras un artículo primero, en que se describía el alcance de la iniciativa popular, se incluía un artículo segundo con la siguiente tajante redacción: “La Asamblea Federal recomienda tanto al pueblo como a los cantones que rechacen la iniciativa”.

En inequívoca por tanto la posición de tan cualificados órganos del sistema constitucional suizo. En el que también ocupan un lugar destacado las iniciativas de los ciudadanos, contempladas ampliamente en el artículo 139 de la Constitución Federal, que transcriben ambas decisiones. Y tanto los ciudadanos, como los cantones, como se dijo, hicieron caso omiso de las advertencias, votaron a favor por una señalada mayoría, por lo que fue modificada expresamente la Constitución suiza.

El que un texto tal haya llegado a instalarse en la Constitución Federal suiza sorprende sobremanera, a la par que desde un punto de vista jurídico chirría y resulta injustificable. Más, si se tiene en cuenta la compleja historia de tensiones religiosas acaecidas en la Confederación Helvética, con enfrentamientos tan encarnecidos en otros tiempos. Sin dejar de tener en cuenta que, como se recuerda

habitualmente¹³ y ya se advirtió, Suiza debió modificar algún viejo precepto que lucía en su Constitución, a la hora de ingresar en el Consejo de Europa dada la radical contradicción con el CEDH. Me refiero en concreto, a la prohibición que se establecía –fruto de bien antiguas tensiones- para que los miembros de la Compañía de Jesús –los jesuitas- no pudieran dedicarse a la enseñanza. Disposición tan manifiestamente contradictoria con el Convenio, en cuanto garantiza la libertad religiosa, fue suprimida. Y ahora no encontramos con que se da cabida a una nueva disposición no menos contradictoria con el Convenio.

Quedamos a la espera de que tan discutible disposición sea sacada del texto constitucional, de acuerdo con las peculiaridades del sistema jurídico federal helvético. Por volver a las dos decisiones comentadas, alguna referencia hay en ellas que de alguna manera – si bien de forma infructuosa- tienen que ver con lo que se acaba de decir.

Se aborda, en efecto la cuestión de la posible contradicción de la Constitución Federal Suiza con el Convenio Europeo. En un apartado dedicado a la jurisprudencia del Tribunal Federal, se alude a una doble metodología, lo que nos lleva a la clásica distinción que suele denominarse con los nombres de recurso directo y recurso indirecto. Se recuerda, en efecto, que el Tribunal Federal suizo ha declarado inadmisibles varios recursos directos contra la prohibición de construcción de minaretes. En cambio, en el supuesto de que se impugnara un concreto acto administrativo o judicial incidiendo directamente sobre una persona, se recoge jurisprudencia en el sentido de que el Tribunal acepta entrar en el contraste de la Constitución con el Convenio, aunque admitido el principio, en el caso que se aporta se estimó que no se había producido violación del Convenio Europeo.

Lo que se acaba de exponer tiene que ver con el sistema jurídico suizo. Volvamos ahora al núcleo de los recursos suscitados ante el Tribunal Europeo. Las dos decisiones son, como se dijo, de la misma fecha, coincidieron los jueces que integraban la Sala y la argumentación y el texto van a coincidir prácticamente, a

¹³ Véase Antonio TRUYOL Y SERRA, *Los derechos humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*, 4ª edición, 72.

salvo de pequeños detalles y la distinta referencia a los actores. Estos fueron, de una parte, el Señor Hafid Ouardiri, francés, pero residente en Suiza, musulmán de confesión, antiguo portavoz de la mezquita de Ginebra, trabajando a la sazón para una fundación suiza, del cantón de Ginebra, la “Fundación para el conocimiento recíproco”, que tiene por objetivo “crear lazos entre la civilización islámica y el resto del mundo y trabajar para el conocimiento recíproco entre las culturas y los pueblos”. En el otro recurso fueron cuatro personas jurídicas las que actuaron conjuntamente: la “Liga de musulmanes de Suiza”, la “Asociación Cultural de Musulmanes de Neuchâtel”, la “Asociación Ginebrina de Musulmanes” y la “Comunidad Musulmana de Ginebra”, asociaciones las tres primeras y fundación la cuarta, radicadas en Suiza todas ellas, con finalidad representativa y de defensa de intereses, también de integración y de cooperación con los demás.

Argumento común en los dos recursos será el de que los minaretes están íntimamente ligados a la religión musulmana por lo que se produciría una injustificable lesión conjuntamente de los artículos del CEDH 9 (libertad religiosa) y 14 (no discriminación, en concreto desde el punto de vista de la religión). El recurrente individual alegaría también infracción del artículo 13 al no disponer de un recurso efectivo que permitiera constatar que la modificación constitucional controvertida era contraria al CEDH.

Ninguna de las decisiones, que como se dijo son de inadmisión, va a entrar en la problemática que sería de esperar de la libertad religiosa, dado que se detienen en la fase de admisibilidad, que es la que va a pesar. Y es que, en efecto, en la dinámica habitual del Tribunal, fase previa al análisis de los agravios planteados, es la consideración de si se dan en el recurrente los requisitos que le legitimen para poder acudir ante el Tribunal Europeo, lo que nos conduce, entre otros, al artículo 34 del CEDH, en el que se sienta el criterio básico de ser “víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio”, sugestiva problemática que he estudiado con detenimiento en otra ocasión¹⁴.

¹⁴ Véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *El concepto “víctima de una violación de los derechos” como determinante para el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, a aparecer en los *Estudios en homenaje al Profesor José Antonio Escudero López*, adelantado en “Revista de Administración Pública”, 175 (2008), 253-283.

Punto central en el debate desde una perspectiva general sería el de si una previsión constitucional prohibitiva está afectando ya a la libertad religiosa o si habrá que esperar a un acto formal de denegación una vez que se solicitara la edificación de un minarete, todo ello a la luz del sistema específico del TEDH y de sus peculiaridades procesales.

Desde un punto de vista general, parece inequívoco que la inclusión de la previsión en el sistema jurídico-constitucional representa ya, por sí misma, un notable cercenamiento de la libertad religiosa al mismo tiempo que una discriminación manifiesta respecto a otros creyentes. Tiene evidentes efectos de rechazo y deslegitimación. Desde una óptica de la convivencia y de la libertad religiosa, la reciente reforma constitucional suiza, a mi modo de ver, no puede recibir más que reproches. Pero al margen de ese planteamiento general, está empero la manera de poder acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como las pretensiones que pueden sustentarse ante él, teniendo en cuenta que cada orden jurisdiccional tiene sus especialidades sustantivas y procesales. Hay una gran disparidad todavía en cuanto a la forma de proceder ante los tribunales internos de cada Estado del Consejo de Europa, con sus fórmulas características el propio Tribunal de Estrasburgo también. De hecho, las partes contendientes en los litigios que se examinan se decantarán por distintas posiciones.

En efecto, los recurrentes, alegan lo que consideran una inequívoca infracción de la libertad religiosa y de la prohibición de discriminación. El Gobierno, en cambio, se inclinará por las reglas procesales exigibles y alegará así que “el Tribunal no es competente para examinar la conformidad de una disposición constitucional con el Convenio más que cuando se de un caso concreto de aplicación o una de las excepciones admitidas por su jurisprudencia. Destaca así que al recurrente no se le ha denegado licencia alguna para construir una mezquita provista del minarete”. Se subraya la diferencia con otros asuntos que habían llegado al Tribunal en los que una reforma constitucional había afectado directamente a los derechos del recurrente al mismo tiempo que se destaca, ofreciendo algún ejemplo jurisdiccional, que el sistema jurídico suizo permite que al revisar ante el Tribunal Federal un acto concreto se pueda llegar al análisis de si la norma en que se apoya dicho acto – Constitución incluida- resulta compatible con el Convenio Europeo (asunto Ouardiri).

En sentido similar, en la otra decisión, recalca el Gobierno que incluso si las entidades recurrentes representaran a una gran parte de los musulmanes de Suiza, las violaciones alegadas no podrían ser tomadas en consideración más que en la hipótesis de un rechazo de la autorización para construir un minarete. "El Gobierno es de la opinión –se afirmará expresamente- de que los recurrentes no tienen la condición de víctimas de las violaciones del Convenio denunciadas y que su demanda constituye una *acción popular*".

A estas razones de carácter procesal va a acogerse el Tribunal. Quizá, desde un punto de vista general, pensando en el sistema del CEDH, el mayor interés de ambas decisiones –coincidentes prácticamente en el argumento- radique en la minuciosa exposición que hace el Tribunal de su propia jurisprudencia a la hora de interpretar el concepto "víctima de una violación", decisivo, de acuerdo con el artículo 34 del Convenio, para que un asunto pueda llegar al Tribunal. Como si se asumiera que la nueva regulación resulta claramente contraria el Convenio, parece que el Tribunal, para cargarse de razón al inadmitir los asuntos, ha querido dejar muy clara cual es la arraigada interpretación que lleva directamente a inadmitir los recursos, no sin advertir que el sistema de admisión ante el TEDH difiere con frecuencia de las fórmulas del derecho interno de los Estados. Se codifican así los criterios que, con cita de reiteradísima jurisprudencia, conducen a establecer una triple fórmula para el concepto de "víctima". Se desarrolla, ante todo, la variante de las víctimas "directas"; después, y de manera excepcional, se asume el concepto de víctima "indirecta", en la que encajarían los "familiares" de una víctima directa, como el marido o el sobrino; y, en tercer lugar, "y a título muy excepcional", las que llama víctimas "potenciales", personas que pueden ser afectadas por los hechos que presuntamente se consideran constitutivos de injerencia, en tres supuestos concretos: ante el carácter secreto de las actuaciones controvertidas, cuando el recurrente se ha visto obligado a modificar su comportamiento ante la amenaza de persecución penal, y cuando el recurrente forma parte de una categoría de personas expuestas a sufrir directamente los efectos de la legislación cuestionada. Del estudio de las circunstancias se colige que los recurrentes no encajan en ninguna de las tres categorías, no son ni víctima directa, ni indirecta, ni potencial, pues no demuestran que la disposición controvertida pudiera aplicárseles en el futuro. Dando por sentado, además, que en el orden interno, la jurisprudencia del

Tribunal Federal referida permite suponer que si en efecto se produjera el rechazo ante la pertinente solicitud de edificación de un minarete, el Tribunal Federal entraría a examinar el recurso y a contrastar la negativa, derivada de la aplicación de la nueva regla constitucional, con el Convenio Europeo. Partiendo de la idea asumida de que, en todo caso, de producirse un acto concreto de rechazo, en tal supuesto sería indiscutible la condición de “víctima de una violación”, lo que llevaría al Tribunal Europeo a entrar en el fondo.

Al no haberse aportado prueba de que los recurrentes puedan ser incluidos en la categoría “víctima de una violación”, en cualquiera de las tres opciones, incluso en la calificada como muy excepcional de víctimas “potenciales”¹⁵, el Tribunal entiende que el recurso en puridad equivale a una “acción popular”, a través de la cual se pretendería hacer controlar “en abstracto” la disposición constitucional discutida confrontándola con el Convenio Europeo, opción que no encaja en la regulación establecida¹⁶. Desde este punto de vista el Tribunal entiende que hay una incompatibilidad “ratione personae”, por lo que se acuerda inadmitir el recurso¹⁷ y rechazar la solicitud.

El recurrente individual había planteado también otro agravio, en cuanto entendía que no había podido disponer de una vía de recurso interno, tal y como se contempla en el artículo 13 del Convenio: no habría dispuesto de ninguna opción jurisdiccional para poder impugnar la nueva regulación constitucional.

¹⁵ En el asunto de las personas jurídicas, se recalca que al no haber aportado indicios razonables y convincentes de la probabilidad de una violación que les afectara personalmente, las quejas presentadas constituyen “simples conjeturas que no pueden justificar la cualidad de víctimas”.

¹⁶ Las decisiones dan pie también para plantearse el importante problema de en qué medida si los representados o defendidos por una asociación pudieran encajar en el concepto de “víctimas”, en la medida en que hubiera una decisión que les afectara directamente, podría también accionar ante el Tribunal la referida asociación. En el caso, se concluye con que no hay una “víctima”, dado que a ningún particular ni a la persona jurídica que les defendería se les ha rechazado la construcción de un minarete. Pero el Tribunal hace una defensa de su línea de comportamiento, aludiendo expresamente a una de las sentencias sobre la masonería: sí se habría incidido sobre una persona individual –sí habría una “víctima”-, por lo que se admite la “legitimación” de la asociación correspondiente para acudir al Tribunal Europeo. La que se menciona es, en concreto, la sentencia “Grande Oriente d’Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia”, 2.VIII.2001.

¹⁷ Como se dice literalmente en el asunto de las personas jurídicas, “En vista de lo señalado, el Tribunal considera que la presente disposiciones demanda constituye una *actio popularis* y resulta por tanto incompatible *ratione personae* con las del Convenio, por lo que debe ser rechazada”

El Tribunal será tajante y escueto en su respuesta, una vez que se ha constatado, como decíamos, que no se está en presencia de una víctima de una violación, en los términos del CEDH. Dirá así: “El Tribunal debe recordar con todo que el artículo 13 del Convenio no va tan lejos como para exigir que exista un recurso interno que permita constatar que la legislación de un Estado como tal es contraria al Convenio Europeo”. Y a continuación se consignan un par de sentencias para confirmar la doctrina deducida de la jurisprudencia del Tribunal. Planteamiento que me recuerda el dato de que en España, a diferencia de lo que ocurre en otros países –como no pocos americanos- no existe acción popular para instar la inconstitucionalidad de una ley, menos para pretender que se revise la posible contradicción de la Constitución con el Convenio Europeo. El razonamiento reflejado, en cuanto acredita que el recurso se refiere a una disposición constitucional y no a una medida individual de aplicación, lleva a la conclusión de que el agravio derivado de la violación del artículo 13 del Convenio está manifiestamente mal fundado, por lo que se rechaza la admisión del recurso.

Destacaré a título anecdótico, para terminar, que la decisión de inadmisión por los dos argumentos, se toma en ambos casos por mayoría y no por unanimidad. Es decir, que hubo algún voto disidente, si bien la estructura habitual de las decisiones de inadmisión no nos permite concretar más, ni quiénes ni cuántos fueron los jueces que disentían de la opinión mayoritaria de rechazo.

Las decisiones dejan un cierto mal sabor de boca en cuanto, si se entiende la lógica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vinculado por su regulación y su jurisprudencia, no es menos cierto que salta a la vista la incorrección y la falta de justificación de la nueva regla constitucional. En los casos, pesa mucho la decidida recomendación de los órganos constitucionales suizos recomendando a ciudadanos y a cantones que no votaran a favor de la iniciativa popular. Se salva el honor de la Confederación Helvética, podríamos decir. Del mismo modo que tiene que ser muy negativo el juicio sobre la mayoría de ciudadanos y cantones que apoyaron la medida. Aires represivos que no encajan en la Europa de la tolerancia. Es como si se estuviera diciendo a los fieles del Islam que su religión, no tiene cabida en la Confederación centroeuropea cuando se prohíbe un elemento determinante de sus lugares de culto. Desde la otra perspectiva señalada, advertimos, en resumen, que

tampoco el Tribunal Europeo puede llegar a todo. Esperemos que haya algún medio para limpiar la Constitución helvética de tan incorrecta como inoportuna mácula.

31. Pero la libertad religiosa tiene unos límites, hay conductas que no deben legitimarse en nombre de ella. Hay que proyectar a la libertad de conciencia lo que se afirma de todos los derechos fundamentales y libertades públicas: que no son ilimitados. También desde esta perspectiva resulta muy estimulante el papel del Tribunal Europeo. Al hacer expreso reconocimiento de los límites, el Tribunal Europeo contribuye de manera destacada a acotar el alcance efectivo de dicha libertad. Por eso termino esta muestra con un caso en el que el Tribunal no sólo no ampara la reclamación presentada, sino que la rechaza, contribuyendo con la solución del caso, a recordar a todos que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ha de respetar por fuerza unas barreras que nunca debieran ser traspasadas.

Se hablaba en la lección primera de la evolución histórica producida, y se consideraba enormemente positivo el proceso que ha significado, en el desarrollo de los Estados, la **superación de las teocracias**. Pero, por lo visto, también hay nostálgicos de según qué fórmulas y lo malo es, incluso, cuando, al parecer hay quién está dispuesto a todo. Hay un supuesto muy expresivo que, por su significado he procurado recordar en diversas ocasiones¹⁸.

El caso que paso a exponer ahora nos depara otra variante que permite reflexionar también sobre un problema del mayor interés en nuestros Estados: ¿Qué pueden pretender hacer grupos de personas que con costumbres o aspiraciones diferentes se instalan en un Estado europeo? Y no me refiero ahora a los comunitarios, equiparados de hecho en tantas cosas a los nacionales. Ocasiones hay en que lo religioso aparece íntimamente vinculado a lo político, de forma que, en algún caso, no es fácil separar y saber si se esta llevando a cabo actividad religiosa o actividad política. Pues bien, el propio Convenio Europeo asume con normalidad que se puedan imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros, como se expresa sin equívocos en el artículo 16, que lleva el expresivo rótulo de

¹⁸ Así, recientemente, en mi libro, *La doctrina del TEDH sobre el entorno de ETA*, páginas 41 y sigs.

“Restricciones a la actividad política de los extranjeros”. Aunque lo cierto es que hoy, con carácter general y desde una tónica permisiva, se ha tendido a hacer una equiparación.

En el caso que se propone ahora, se va a tratar de un pequeño grupo, pero muy activo, integrado en su mayoría por extranjeros, con programa y fundamento bien diversos a los del sistema constitucional de Alemania, donde el grupo se había instalado. En un momento determinado se reorganiza una asociación anterior, adecuadamente registrada en el Tribunal correspondiente, que pasa a denominarse “Kalifatstaat”. La persona que protagoniza las actuaciones, M. Kaplan, tras la muerte de su padre que se había proclamado “califa” y “emir de los creyentes”, fue nombrado califa. Y citaré literalmente: “La organización recurrente no se consideraba una institución nueva ya que tenía por objetivo el restablecimiento del califato, que había sido abolido en Turquía en 1924 por Kemal Atatürk. Su objetivo consistía en la instauración de un Estado islámico basado en la “sharia”, inicialmente en Anatolia y después en el resto de países. Estaba compuesta en su mayor parte por personas originarias de Turquía y por alemanes de origen turco. Con una estricta disciplina jerárquica, el grupo disponía también de periódico, de una librería, de un sitio en Internet y de una emisión semanal de televisión”. Se consigna también, que “el Tribunal de Apelación de Dusseldorf había condenado a M. Kaplan a una pena de cuatro años de privación de libertad por haber instado en dos ocasiones el asesinato de su adversario político que también se había proclamado califa”.

En el caso, van a aparecer íntimamente unidos el derecho de libertad religiosa con el derecho de asociación. De hecho, en el recurso, se alegarían tanto el artículo 9 del Convenio Europeo (libertad religiosa), como el 11 (libertad de asociación), y asimismo el 10 (libertad de expresión) y el 14 (no discriminación). El caso ofrece también otro detalle interesante a consignar. La legislación alemana contempla la posibilidad de disolver asociaciones integradas mayoritariamente por extranjeros cuando se den determinadas circunstancias minuciosamente enumeradas. En cambio, se partía de la base de que las corporaciones religiosas no podían ser disueltas. En este punto, se modificó la legislación de manera que las religiosas se equiparaban al régimen general de asociaciones. El caso es que la asociación en

cuestión fue prohibida por el Ministerio Federal del Interior y confiscados sus bienes, criterio que fue confirmado con muy minucioso razonamiento por el Tribunal Administrativo Federal. Luego, el Tribunal Constitucional Federal inadmitiría el correspondiente recurso.

El Ministerio habría justificado la prohibición basándose en que la asociación era contraria al orden constitucional y a la idea de entendimiento entre los pueblos, así como en que amenazaba la seguridad nacional y otros intereses de la República Federal Alemana, es especial sus relaciones con Turquía. Y es que, “en efecto, el objetivo final de la recurrente no era sólo la abolición de las instituciones laicas en Turquía sino, a largo plazo, la creación de un orden islámico nacional baso en la “charía”. Aparte de que la recurrente consideraba que la democracia era nociva e incompatible con el Islam, por lo que sostenía abiertamente el recurso a la violencia para alcanzar sus objetivos”. Sostenían también que el orden estatal “no se apoya en la libre voluntad del pueblo sino exclusivamente en la voluntad de Alá. Imposible que un Estado exista al margen de la religión islámica”. Los miembros de la organización hacían gala de una actitud antidemocrática. Se describe también: “La recurrente justificaba el hecho de que sus miembros no respetaran las leyes alemanas y trataran de conseguir por la fuerza los objetivos del califato. El propio M. Kaplan por su parte, en nombre de Alá, había incitado al asesinato del “falso califa”, poniendo en evidencia que, incluso en Alemania, el uso de la fuerza no es sólo un concepto teórico sino real. De ahí que la organización recurrente combatiera activamente el orden estatal de la RFA basado en la Ley Fundamental. Pues si, como sostenía la organización, la democracia era una enfermedad y obra del diablo, sus miembros debían combatirla por todos los medios. No respetaban tampoco los derechos del hombre inscritos en la Ley Fundamental a la par que en sus referencias a los judíos y a las autoridades turcas manifestaban una intolerancia injustificable en relación con los seres humanos.

El Tribunal Europeo decide el asunto declarando su inadmisión por unanimidad. Se aprecia que el Tribunal Administrativo Federal procedió a un examen minucioso y riguroso de los motivos que justificaron la prohibición. Y añadirá poco más. Comprueba que se había aplicado correctamente la ley, una ley clara y previsible. Se reconoce también que las libertades garantizadas por los artículos 11, 9 y 10 del

Convenio no pueden impedir que las autoridades de un Estado actúen contra una asociación que ponga en peligro las instituciones. Y es que no cabe excluir, en efecto –se sigue diciendo- que una asociación, apoyándose en dichos preceptos intentara hacer uso del derecho de llevar a cabo actividades que buscaran la destrucción de los derechos y libertades reconocidos por el convenio, así como el fin de la democracia. “Teniendo en cuenta la neta relación entre el Convenio y la democracia –se dirá expresamente-, nadie debe estar autorizado a prevalerse de las disposiciones del Convenio para debilitar o destruir los ideales y valores de una sociedad democrática”. Y es que, como señala Rodríguez Adrados en su sugestivo y tan personal libro sobre la democracia, las democracias tienen la obligación de defenderse, incluso restringiendo en ocasiones las libertades, si no, están perdidas¹⁹.

En el escueto razonamiento, aún se añade otra afirmación importante que conviene que tengamos muy presente, y que por eso la quiero recalcar expresamente, al pensar en los Estados árabes de nuestro entorno, desde la óptica que antes se señalaba, de la superación que en nuestro entorno cultural se ha ido produciendo del **Estado teocrático**. Se dice, en efecto: “El Tribunal advierte que la propia recurrente intenta instaurar a la larga un régimen islámico mundial basado en la “charía” y recuerda al respecto la incompatibilidad de la “charía” con los principios fundamentales de la democracia tal y como resultan del Convenio Europeo”²⁰. Y es que, debo decir, con toda claridad, que, en mi opinión, y desde el punto de vista de la globalidad en que hoy vivimos, un Estado que con aires reformistas quiera darse una constitución introduciendo aires nuevos, debe tener bien claro que la cláusula de sometimiento a la “charía”, es cualquier cosa menos símbolo de modernidad y de progreso. La libertad de conciencia y religiosa no puede ser hoy un obsequio para extranjeros: también los ciudadanos del propio país deben tener derecho a optar por un dios u otro, a elegir una u otra religión, o a no decantarse por ninguna. Ciertamente que la evolución a este respecto en América o en Europa ha sido larga y duradera, pero ya se ha señalado como al final se había optado por descartar el Estado teocrático.

¹⁹ Véase Francisco RODRÍGUEZ ADRADOS, *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, página, 423.

²⁰ A esta inequívoca y reiterada doctrina del Tribunal, me he referido con detenimiento en mi trabajo, de 2002, *El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia?*, recogido ahora en mi libro citado, *Estudios sobre libertad religiosa*, 93 y sigs.

Tal es el alcance de la decisión de inadmisión “Kalifatstaat c. Alemania”, 11.XII.2006, buen testimonio de la diversidad de situaciones que pueden llegar a aparecer en la vieja Europa, frente a algunas de las cuales no queda más remedio que reaccionar con energía²¹. Con ella se puede concluir, por el momento, la exposición de esta selección jurisprudencial. Una muestra breve, sin duda, a la vista de lo mucho que hay, dado que las opciones de este foro imponen sus límites, pero me parece que suficientemente expresiva tanto para valorar el importante valor pacificador del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como para ir viendo como se va afianzando la libertad de conciencia y de religión en sus múltiples manifestaciones. Por otro lado, ya se avanzó que en las dos lecciones siguientes, al estudiar sectores monográficos –la llevanza de atuendos o prendas o prendas de vestir y la neutralidad en los espacios públicos-, numerosas decisiones del Tribunal seguirán marcando la pauta.

²¹ Puede sorprender, pero habrá que acostumbrarse a todo, y a tomar las medidas oportunas. A veces, puede aparecer un “ministro de culto” como implicado gravemente por la justicia penal, como reo de delitos relacionados con el terrorismo y la violencia. Muy ilustradora en este sentido la reciente decisión “Mustafa Kamal MUSTAFA (ABU HAMZA) c. Reino Unido”, 18.I.2011. Sus problemas traen causa en gran medida de sus prédicas en la mezquita. Su abogado defensor alegará que sus palabras estarían justificadas por la teología, y de ahí una posible conexión con la libertad religiosa. Pero, en concreto, el asunto referido se aplica desde la perspectiva del derecho a un proceso justo, en los términos garantizados por el artículo 6 del Convenio Europeo. El recurrente estaba pendiente de la extradición a Estados Unidos, reclamado como responsable de un secuestro en Yemen, y al que el Presidente de los EEUU había calificado de “terrorista global”, a la par que se congelaban sus cuentas bancarias. Pero la extradición se pospone dado que tiene que responder en el Reino Unido de otros delitos. Y es que en este país fue procesado y condenado por diversos delitos de incitación al asesinato, de uso de amenazas, de incitación al odio racial así como de tener material divulgativo de cómo preparar y cometer actos de terrorismo. El argumento principal del recurso es el de que la intensa campaña de prensa en que aparecía implicado imposibilitaba un juicio justo dado que quedaba afectada la objetividad de los jurados. La decisión del Tribunal Europeo describe con detenimiento los interesantes razonamientos de los jueces británicos que intervinieron en la vía interna, y se concluirá inadmitiendo el recurso. Se rompe una lanza a favor de la objetividad de los jurados correctamente presididos y aconsejados por el juez del proceso, desde el argumento principal además de que con el punto de vista alegado nunca se podría juzgar a los autores de los delitos de mayor trascendencia dada la repercusión mediática que suelen tener, no siempre objetiva, por supuesto. Pero ahora no interesan tales detalles sino el dato de que una persona directamente vinculada con responsabilidades de un grupo religioso –del todo respetable, en principio-, puede aparecer como utilizando el soporte o la apariencia religiosa para conductas absolutamente incompatibles con la democracia y por eso justamente rechazables y condenables.