

Cuadernos de Integración Europea #7 - Diciembre 2006 - páginas 19-32  
<http://www.cuadernosie.info>

# La libertad religiosa en el Derecho Comunitario

 **José Landete Casas**

Profesor Ayudante Doctor  
Universidad de Valencia



## RESUMEN

Aunque, como es sabido, los Tratados constitutivos de la Unión Europea carecen de una *Bill of Rights*, de un catálogo oficial de derechos reconocidos, no les son ajenas las medidas de protección de los derechos y libertades fundamentales, máxime teniendo en cuenta la actividad en que en este punto ha desarrollado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Probar esta afirmación será el objetivo fundamental de este trabajo.

## SUMARIO

1. Introducción.- 2.- Los derechos humanos como principio general del Derecho comunitario.- 3. La cuestión de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.- 4. La formalización de un catálogo propio: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.- 5. El reconocimiento y la protección específica del derecho de libertad religiosa.-

## PALABRAS CLAVE

Derecho Comunitario, Libertad religiosa y derechos humanos.



## 1. Introducción

Una cuestión trascendental en la Unión Europea es el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales. En este sentido JUAN PABLO II afirmó que “este nuevo ordenamiento europeo, para ser verdaderamente adecuado a la promoción del auténtico bien común, debe reconocer y tutelar los *valores* que constituyen el patrimonio más valioso del humanismo europeo, que ha asegurado y sigue asegurando a Europa una irradiación singular en la historia de la civilización. Estos valores representan la aportación intelectual y espiritual más característica que ha forjado la identidad europea a lo largo de los siglos y pertenecen al tesoro cultural propio de este continente. Como he recordado otras veces, atañen a la dignidad de la persona; el carácter sagrado de la vida humana; el papel central de la familia fundada en el matrimonio; la importancia de la educación; la libertad de pensamiento, de palabra y de profesión de las propias convicciones y de la propia religión; la tutela legal de las personas y de los grupos; la colaboración de todos con vistas al bien común; el trabajo considerado como bien personal y social; y el poder político entendido como servicio, sometido a la ley y a la razón, y “limitado” por los derechos de la persona y de los pueblos... En particular, será necesario reconocer y salvaguardar en toda situación la dignidad de la persona humana y el derecho de libertad religiosa entendido en su triple dimensión: individual, colectiva e institucional. Además, se deberá dar espacio al principio de subsidiariedad en sus dimensiones horizontal y vertical, así como a una visión de las relaciones sociales y comunitarias fundada en una auténtica cultura y ética de la solidaridad»<sup>1</sup>.

Efectivamente, tal y como señaló el Romano Pontífice, el proceso de integración europea no puede quedarse simplemente en una simple coordinación de políticas, mediante una gestión más o menos efectiva de competencias comunitarias. Debe avanzar por el camino de asegurar aquellos valores que emanan de la radical dignidad del ser humano. Sin embargo, resultaría injusto afirmar que este interés de las Comunidades Europeas por los derechos humanos es algo novedoso o extrínseco a su propia naturaleza. De hecho, aunque los Tratados constitutivos carecen de una *Bill of Rights*, de un catálogo oficial de derechos reconocidos, no les son ajenas las medidas de protección de los derechos y libertades fundamentales. Probar esta afirmación será el objetivo fundamental de este trabajo, dedicando especial atención a la *prima libertas*, es decir, la libertad religiosa.

Esta ausencia originaria se puede atribuir «al momento histórico que atravesaba la integración europea en los años en que éstos fueron redactados. Dos ideas destacan al respecto: por un lado, la perspectiva esencialmente económica en la que se encuadraban los tratados constitutivos, que podía inducir a pensar que la aplicación de éstos no daría lugar a cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos y, por otro, el fracaso político que supuso el hecho de que no prosperaran las

---

<sup>1</sup> S.S. JUAN PABLO II, *Mensaje a los participantes en un Congreso sobre la nueva Constitución Europea*, Roma 2002, publicado en AA.VV., «Verso una Costituzione Europea», Lungro di Cosenza 2003, 7-10 —versión original en italiano— y en la página oficial de la Santa Sede en Internet <http://www.vatican.va> —traducción en español—.

proyectadas Comunidad Europea de Defensa y Comunidad Política Europea»<sup>2</sup>. Sin embargo, progresivamente se fue incluyendo esta materia entre aquellas que son objeto de competencia comunitaria, si bien es cierto que por vía jurisprudencial.

En un principio, el TJCE mostró una cierta actitud de rechazo a la posible alegación de motivos fundados en el respeto de derechos humanos a la hora de justificar una inaplicación de normas comunitarias. Parecía que el fin (económico) justificaba los medios (normativos), aunque éstos superasen el necesario respeto a los derechos fundamentales protegidos en las Constituciones de los Estados miembros. En este sentido afirmó que «el Derecho Comunitario no podía ser invalidado sobre la base del Derecho interno, aunque éste fuera constitucional»<sup>3</sup>. Sin embargo, desde finales de la década de los sesenta, el TJCE ha dado un giro copernicano en esta postura jurisprudencial, pudiendo encontrarse actualmente abundantes pronunciamientos a favor de la tutela comunitaria de los derechos humanos.

Pese a la temprana evolución de la línea jurisprudencial, su reflejo normativo ha sido bastante posterior. Iniciado tímidamente con el Acta Única Europea (1986), se consolidó con el TUE (1992) y sus sucesivas reformas (1997 y 2001). A través de estos tratados podemos trazar el lento camino que las instituciones comunitarias, excepción hecha del Tribunal como ya hemos señalado, han recorrido en su proceso de asimilación y protección de los derechos humanos.

Ahora bien, lejos de asimilar estos derechos en la medida en que se realiza en los Estados miembros, esto es, a través de la promulgación de una norma dogmática que recoja un catálogo más o menos detallado, la Unión ha seguido un camino singular. Esta formalización de los derechos humanos como competencia comunitaria se ha visto enormemente influida por la construcción jurisprudencial del TJCE, lo que explica que las alusiones a los derechos humanos incluidas en su articulado, particularmente en el artículo 6.2 TUE, recojan esencialmente la misma fórmula del Tribunal: su consideración entre los principios generales del Derecho comunitario.

## 2. Los derechos humanos como principio general del Derecho comunitario

En la temprana época en la que el TJCE comenzó su andadura en pro de los derechos fundamentales, la rigidez de los Textos constitutivos existentes impedía cualquier fórmula de inclusión, por no estar expresamente contemplada en el catálogo exclusivamente económico de competencias, que no fuese la de los principios generales del Derecho comunitario. Esta metodología

---

<sup>2</sup> M. PILLIOLENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona 1999, 19.

<sup>3</sup> STJCE *Storck c. Alta Autoridad*, de 4 de febrero de 1951 (1/58); cf. también la STJCE *Präsident e.a. c. Alta Autoridad*, de 15 de julio de 1960 (36-38/59 y 40/59).

argumentativa ha sido recibida por el legislador comunitario sin pretender innovación alguna sobre esta materia. El actual art. 6.2 TUE<sup>4</sup> recoge los tres factores tenidos en cuenta por el Tribunal:

- «los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los *principios generales del Derecho Comunitario*»<sup>5</sup> ;
- la protección de los derechos fundamentales «está inspirada en los *principios constitucionales comunes a los Estados miembros*»<sup>6</sup> ;
- «los *instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos*, en los que los Estados miembros ha cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo, indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario»<sup>7</sup>.

El recurso a esta categoría jurídica para amparar algo que, por propia naturaleza, no puede ser conceptualizado como «principio»<sup>8</sup> provoca que, con carácter general, no puede elaborarse un catálogo de derechos a partir de la jurisprudencia comunitaria, pues el Tribunal no distingue formalmente las ocasiones en que hace referencia a un principio de las que alude a un derecho. La distinción, por tanto, entre los derechos humanos y los demás principios generales es material, que no formal. De ahí que no estén claramente determinadas las consecuencias jurídicas de la calificación de un derecho como fundamental.

De hecho, se ha llegado a cuestionar el que puedan considerarse auténticos derechos subjetivos: «[...] los derechos fundamentales [en el ordenamiento comunitario] prácticamente no funcionan como genuinos derechos subjetivos; y ello porque, ante la falta de un reconocimiento previo al momento litigioso, no puede decirse que los particulares gocen de ciertas facultades de hacer, participar o recibir, que sólo en caso de ser desconocidas puedan ser hechas valer ante el TJCE. En pocas palabras, antes de que en cada caso se pronuncie el propio TJCE, no existe derecho fundamental alguno. Pero es más: esta pura determinación jurisprudencial de los derechos fundamentales conlleva dos ulteriores consecuencias. De un lado, no existe *a priori* un mínimo de

---

<sup>4</sup> «Artículo 6. [...] 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

<sup>5</sup> STJCE *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969 (29/69) [las cursivas son nuestras].

<sup>6</sup> STJCE *International Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 (17/70) [las cursivas son nuestras]. Acerca de la protección de los derechos humanos, vid. el sugerente estudio de M. C. MUSOLES CUBEDO, *¿Derechos humanos? (con motivo del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los derechos humanos)*, en «Estudios en homenaje al Prof. Martínez Valls, vol. I, Alicante 2000, 499-508.

<sup>7</sup> STJCE *Nold*, de 14 de mayo de 1974 (4/73) [las cursivas son nuestras]. Para un estudio pormenorizado de los principales tratados internacionales de protección de los derechos humanos vid. R. M. RAMÍREZ NAVALÓN, *La protección de las minorías en derecho internacional: la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio del Consejo de Europa*, en AA.VV., «Multiculturalismo y movimientos migratorios», Valencia 2003, 82-106.

<sup>8</sup> Esta ha sido una técnica frecuente en otras jurisdicciones constitucionales. Así, por ejemplo el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional franceses han ligado a la teoría de los principios generales del derecho la de las libertades públicas; cf. G. PECES-BARBA, *La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional*, en AA.VV., «Libertad, Poder, Socialismo», Madrid 1978, 101-131. Con carácter general, vid. AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid 1984.

certidumbre acerca de qué derechos fundamentales ostentan los individuos y cuál es el contenido razonablemente presumible de aquéllos; y es claro que, por más que se quiera dar relevancia a la función creadora del juez, esta situación es cualitativamente diferente de la que existe en cualquier ordenamiento provisto de una declaración de derechos. De otro, tampoco existe un marco mínimo que encauce y dote de sentido a la actividad jurisprudencial misma, de suerte que no sólo el TJCE es libre de decidir qué aspiraciones son dignas de ser elevadas a la categoría de derechos fundamentales, sino que, además, ello depende en gran medida de qué demandas han logrado, por razones que no siempre tienen que ver con su mérito sustancial, llegar ante él; y, de esta manera, el cuadro de los derechos fundamentales claramente reconocidos por el TJCE es, sin duda, fragmentario»<sup>9</sup>.

Pese a todo, la motivación profunda del TJCE para utilizar esta vía la explica claramente HARTLEY cuando afirma que el “Tribunal Europeo, por su parte, ha utilizado los principios generales del derecho para cubrir la creación judicial del derecho: la idea es que si puede demostrarse que una decisión deriva de un principio suficientemente general para obtener un consenso se conseguirá un fundamento legal firme para el juicio. Por esta razón, el Tribunal Europeo ha desarrollado una doctrina según la cual las normas del derecho comunitario derivan no sólo de los tratados y de la legislación, sino también de los principios generales del derecho»<sup>10</sup>.

Hasta aquí, el primero de los factores antes mencionados. Los dos restantes (la invocación de las tradiciones constitucionales comunes y el recurso al derecho internacional de los derechos humanos) surgieron como un intento de mayor concreción y fundamentación de los derechos humanos, dadas las abstracciones en las que el solo recurso a los principios generales incurría.

Los tres han sido promulgados conjuntamente en el art. 6.2 TUE, aunque en el caso del tercero, la mención se ciñe al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH<sup>11</sup>), promulgado en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Dado su encuadre entre las «Disposiciones comunes» (Título I), la garantía de los derechos humanos recogida en el art. 6.2 TUE afecta a la totalidad del Tratado, esto es, a todas y cada una de las políticas de los tres pilares de la Unión. Aunque recordemos que la garantía jurisdiccional dispensada por el TJCE se encuentra limitada al pilar comunitario, a la CPJP, al Título VII del TUE (cooperación reforzada) y demás Disposiciones del TUE, a excepción de todo lo relativo a la PESC.

---

<sup>9</sup> L. Díez-PICAZO, *¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)*, en «Revista Española de Derecho Constitucional» 32, 1991, 148. Compartimos con el autor la preocupación por garantizar la seguridad jurídica y la plena eficacia de los derechos fundamentales; ahora bien, no podemos sostener sus afirmaciones, por cuanto nos obligarían a admitir que los derechos fundamentales, hasta tanto no han sido transcritos a un texto positivo, no existen. Ello supondría reemplazar a la natural dignidad de la persona por el legislador en la autoría de sus derechos más básicos. Seguimos en este punto las enseñanzas de J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, 3ª edición, Pamplona 1996; ÍDEM, *Escritos de Derecho Natural*, 2ª edición ampliada, Pamplona 1993.

<sup>10</sup> T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 1981, 119.

<sup>11</sup> Pueden consultarse todos los textos legales citados en M. E. OLMOS ORTEGA – J. LANDETE CASAS (colab.), *Legislación Eclesiástica*, 19ª edición, Madrid 2007.

Pese a todo, debemos matizar el alcance y eficacia real de esta previsión constitutiva. Como señala LIÑÁN NOGUERAS, puede realizarse una valoración crítica del art. 6.2 TUE, por resultar «desde el punto de vista proclamatorio bastante deficiente. Al ceñirse exclusivamente al Convenio Europeo de Derechos Humanos, parece limitar innecesariamente el juego de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que, sin embargo, han sido tenidos en cuenta por el propio TJCE, como es el caso de la Carta Social Europea, el Convenio 111 de la OIT [...] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas [...]. Por otra parte, la referencia a los sistemas constitucionales internos es imprecisa, porque los ámbitos materiales de los derechos humanos son, hoy, extraordinariamente complejos y no hay, en ella, un solo elemento de identificación claro. Las Constituciones europeas dispensan, a veces, tratamientos muy distintos a los diferentes derechos según se trate de civiles y políticos, sociales y culturales o de la llamada “tercera generación”. Todo ello se ve adicionalmente afectado desde el punto de vista de su eficacia por la extraña carencia de personalidad jurídica de la Unión Europea»<sup>12</sup>.

Consecuentemente, no es este art. 6.2 TUE la mejor sede para fundamentar una decisiva acción comunitaria de protección y garantía de los derechos humanos. Se han barajado, paralelamente, dos opciones de *lege ferenda*:

- la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y trasladar así la tutela que allí se dispensa a los derechos humanos al espacio comunitario;
- la promulgación de un texto propio de derechos humanos.

### 3. La cuestión de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos

La primera propuesta de solución al problema de formalización de los derechos humanos en la Unión Europea consiste en que ésta se adhiera formalmente al sistema del CEDH. Para ello, debería dotársele a la Unión previamente de personalidad jurídica. En su defecto, debería ser la Comunidad Europea la firmante.

Las ventajas que, desde un punto de vista jurídico, ello supondría, a fin de cuentas, consisten en que se lograría colmar las lagunas y deficiencias del actual sistema. Sin embargo, la opción presenta numerosas desventajas<sup>13</sup>:

- en el actual régimen legal, la Unión no tiene competencias específicas expresas o implícitas para adherirse al Convenio. Así lo dejó zanjado el TJCE en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996;

---

<sup>12</sup> A. MANGAS MARTÍN - D. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Madrid 2002, 555

<sup>13</sup> Cf. *Ibidem*, 556-557.

- presentaría una grave dificultad admitir «la compatibilidad de la jurisdicción comunitaria con el mecanismo de control jurisdiccional del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre este particular el TJCE no se pronunció en su Dictamen 2/94 por no haber recibido “precisión alguna sobre las soluciones previstas”. Sin embargo, algunos Estados pusieron de manifiesto que la adhesión podría afectar a la “autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y al monopolio jurisdiccional del TJCE”»<sup>14</sup> ;
- dado que sería necesaria una reforma constitucional para dotar de personalidad jurídica a la Unión Europea, por el momento quien estaría legitimada para adherirse al convenio sería la Comunidad Europea. Con ello se agrandarían las diferencias entre los tres pilares: el comunitario y los dos basados en estructuras de cooperación.

En consecuencia, pese a que se trata de un debate abierto, parece más oportuno dotar a la Unión de un documento propio de derechos humanos. Si acaso, la ventaja que ofrece esta solución y no encontramos en la siguiente consiste en el sometimiento de las instituciones comunitarias al mecanismo de control y tutela del CEDH. En efecto, tal y como señalaba la Comisión al proponer la adhesión al Convenio, «existe una laguna inherente al ordenamiento jurídico comunitario que se deja sentir de forma patente: la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos creados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH) de 1950 controlan que todos los actos jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad respeten los derechos humanos. Por el contrario, la Comunidad, que proclama su adhesión a los valores democráticos y a los derechos humanos, no está sometida a este mecanismo de control y sus instituciones gozan, respecto al Convenio, de una especie de “inmunidad” en cuanto a sus actos»<sup>15</sup> .

#### 4. La formalización de un catálogo propio: La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La otra posible solución para suplir las deficiencias del art. 6.2 TUE es la redacción de un catálogo propio de derechos fundamentales. Los intentos por llevar a cabo esta labor se remontan a 5 de abril de 1977, con la Declaración conjunta Parlamento-Consejo-Comisión, a la que siguió la Declaración del Consejo Europeo de Copenhague de 1978, donde se exigía el respeto de los derechos fundamentales como requisito para la adhesión a las Comunidades Europeas<sup>16</sup> .

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, 556.

<sup>15</sup> *Comunicación de la Comisión sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como a algunos de sus Protocolos Adicionales*, de 19 de noviembre de 1990.

<sup>16</sup> Otros antecedentes significativos son la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989, por la que aprobaba la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales y la resolución del Consejo y de los Estados miembros sobre derechos humanos, democracia y desarrollo de 28 de noviembre de 1991, sin olvidar intentos tan relevantes como el Proyecto de Tratado de Unión Europea de 1984 y el Proyecto de Constitución Europea de 1992, ambos del Parlamento Europeo.

La culminación, por el momento, de este trabajo de redacción de una *Bill of rights* comunitaria llegó durante el Consejo Europeo de Niza (2000) con la aprobación de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Sin embargo, este texto presenta algunas sombras acerca de su naturaleza jurídica y su valor. En efecto, la Carta carece de forma jurídica vinculante, pero no por ello carece de eficacia jurídica<sup>17</sup>. De hecho, ya aparecen indicios de su utilización por la Comisión en el marco de su iniciativa legislativa y de su poder reglamentario<sup>18</sup> y por los Abogados Generales del TJCE en la elaboración de sus conclusiones<sup>19</sup>.

Con carácter general, la Carta puede ser calificada como un acto de *soft-law* comunitario, es decir, actos jurídicos de naturaleza recomendatoria o, al menos, actos no obligatorios por razón de la forma jurídica con la que son adoptados<sup>20</sup>. A este respecto, ALONSO GARCÍA ha destacado cuatro funciones que puede desempeñar este tipo de actos: como avance normativo<sup>21</sup>; como alternativa al *hard-law*; como complemento del *hard-law*; y como parámetro interpretativo del mismo<sup>22</sup>. En cualquier caso, la eficacia jurídica *directa* y *vinculante* de la Carta es inexistente por el momento.

La estructura de la Carta se compone de cincuenta y cuatro artículos, ordenados en siete capítulos (seis valores superiores del ordenamiento comunitario: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia, más uno de «Disposiciones generales»), precedidos de un Preámbulo.

Esta estructura, sin embargo, no resulta tan impecable como era de esperar desde una estricta perspectiva de dogmática jurídica. Los avances científicos alcanzados en cuestiones tales como la distinción entre derechos y libertades, o la diferenciación de las tres generaciones de derechos, no tiene un reflejo claro en el texto de la Carta. De hecho, la recomendación del Consejo Europeo de Colonia a la Convención encargada de su redacción de que en la Carta se recogiesen tres grupos de

---

<sup>17</sup> A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia 2001, 82; J. A. CARRILLO SALCEDO, *Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en «Revista de Derecho Comunitario Europeo», 2001, 7 y ss.; A. MANGAS MARTÍN - D. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, op. cit., 558-560.

<sup>18</sup> Vid. Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2001.

<sup>19</sup> Vid. Conclusiones de los Abogados Generales Sr. Tizziano de 8 de febrero de 2001 (C-173/99), punto 28; Sr. Léger de 10 de julio de 2001 (C-353/99 P), puntos 82-83; Sr. Ruiz-Jarabo de 4 de diciembre de 2001 (C-208/00), punto 59.

<sup>20</sup> Cf. A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales...*, op. cit., 84-100.

<sup>21</sup> «Puede el *soft-law* ser remedio en momentos no idóneos, desde un punto de vista político, económico, o incluso técnico, para una intervención de la Comunidad con carácter imperativo en un determinado sector, actuando como preparación [...] de intervenciones imperativas futuras vía *hard-law*», R. ALONSO GARCÍA, *El soft-law comunitario*, en «Revista de la Administración Pública» 154, 2001, 74.

<sup>22</sup> «Pues bien, lo afirmado en relación con la DUDH bien pudiera decirse en un futuro próximo también de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues ésta está llamada a constituir un necesario parámetro interpretativo tanto para las instituciones europeas, especialmente el TJCE, como para los jueces nacionales en su labor de aplicación del Derecho Comunitario europeo», Cf. A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales...*, op. cit., 92. Por su parte, e incidiendo en este futuro vinculante de la Carta, CARRILLO afirma: «La Carta llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho comunitario», J. A. CARRILLO SALCEDO, *Notas sobre el significado...*, op. cit., 19.

derechos —los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales; los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión; y los derechos económicos y sociales—, fue acogida de forma muy dispersa<sup>23</sup>.

Es más, la propia estructura de la Carta se sostiene en una división de valores que resulta algo descompensada. En este sentido, hablar de la «dignidad humana» como un valor del que emanan ciertos derechos y no otros, que parecen emanar de las libertades o de la igualdad es poco recomendable. Tradicionalmente, es cierto, se ha distinguido entre derechos de libertad y derechos de igualdad (primera y segunda generación de derechos humanos), pero no es correcto afirmar una tercera categoría, correspondiente a unos hipotéticos «derechos de dignidad humana». La dignidad es el sostén ontológico de todo derecho humano, y por ello no parece propio hablar de una especial vinculación de tales o cuales derechos con la dignidad humana que otros<sup>24</sup>.

GARCÍA MANRIQUE añade un tercer motivo de crítica a esta estructura jurídica al afirmar que la CDF reduce el contenido de los derechos de igualdad a su significación puramente formal. En efecto, «*todos los derechos fundamentales son derechos de igualdad, en el sentido de que son atribuidos a todos los individuos por igual, pero sólo algunos derechos fundamentales son considerados, en sentido estricto, derechos de igualdad, en el sentido de que promueven la igualación de las condiciones materiales de vida. Sin embargo, la Carta recoge buena parte de estos derechos de igualdad en sentido estricto bajo la rúbrica de la “solidaridad”, y como “derechos de igualdad” incluye la igualdad ante a ley, la no discriminación, la igualdad entre los sexos, y los derechos del menor, de las personas mayores y de los discapacitados*»<sup>25</sup>. Y concluye afirmando que la Carta reduce la igualdad a su sentido formal, obviando la vertiente material que parece remitida a la sección dedicada a la «solidaridad», y además incluye entre los derechos de igualdad (formal) medidas especiales de protección de grupos de especial debilidad que difícilmente pueden ser calificados como tales derechos de igualdad formal.

Además, y posiblemente en previsión de su futura ineficacia vinculante, no regula ni prevé los mecanismos necesarios de tutela jurisdiccional de tales derechos, lo cual refuerza su consideración de simple declaración política o programática, más que una verdadera carta jurídica de derechos.

---

<sup>23</sup> Podemos intuir que los derechos de libertad e igualdad se recogen en los capítulos I (dignidad), II (libertades) y III (igualdad), los principios y garantías procesales fundamentales en el capítulo VI (justicia), los derechos exclusivos del ciudadano comunitario en el capítulo V (ciudadanía) y los derechos económicos y sociales en el capítulo IV (solidaridad). Sin embargo, esto es *prima facie*, pues ni todos los derechos recogidos en esos Capítulos pertenecen a las categorías marcadas por el Consejo Europeo, ni todos los derechos pertenecientes a esas tres categorías se encuentran dentro de los capítulos señalados de la Carta. Cf., por ejemplo, artículos 3, 14, 24 o 32.

<sup>24</sup> A mayor abundamiento, este defecto es especialmente más sobresaliente en materia religiosa, pues, según el articulado de la Carta, las libertades religiosa, ideológica y de conciencia no están bajo el epígrafe «dignidad», sino bajo el de «libertades», y aún así no ocupan el primer lugar del catálogo.

<sup>25</sup> R. GARCÍA MANRIQUE, *Los derechos de la Carta Europea de derechos*, en AA.VV., «Verso una Costituzione...», op. cit., 407.

En definitiva, «la Carta deja sin resolver los grandes problemas jurídicos. Reducida su función proclamatoria en un espacio político, deja en pie dos elementos irrenunciables en un sistema de protección de derechos fundamentales. A saber: a) el blindaje de tales contenidos frente al “legislador comunitario”, así como el mandato sobre su desarrollo (incluidos los procedimientos) y la regulación precisa de las consecuencias de la actividad o inactividad vulneradora, y b) la protección jurisdiccional de los derechos, en particular, las vías de recurso y la responsabilidad»<sup>26</sup>.

En este sentido, debemos recordar que el frustrado *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, sorprendentemente adoptaba ambas soluciones, pues su artículo I-7 recogía que «la Unión tiene personalidad jurídica», solventando así el principal escollo para la adhesión al CEDH, mientras que el artículo I-9.2 establecía que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

Al mismo tiempo, el texto recogía en su segunda parte un detallado catálogo de Derechos fundamentales, muy semejante al de la CDF, tal y como se anunciaba en el art. I-9.1: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II». Esta segunda solución limitaba formal y materialmente a la primera, pues el segundo inciso del art. I-9.2 afirmaba: « Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución». Es decir, la adhesión se hace en tanto en cuanto las competencias de la Unión que pudieran incidir en materia de Derechos humanos lo permitan.

Finalmente, y como paradójico contraste con estas dos soluciones (recordemos que ambas intentan subsanar el problema que se ha descrito anteriormente y que venía provocado por el art. 6.2 TUE), el tercer párrafo del art. I-9 repetía el tenor literal del precepto del anterior Tratado: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales». ¿Son principios o son derechos? Claramente, la solución se nos antojaba peor que el problema originario.

## 5. El reconocimiento y la protección específica del derecho de libertad religiosa

Lo dicho hasta ahora nos permite centrarnos en el objetivo inicial de nuestro trabajo: la libertad religiosa. ¿En qué medida se encuentra reconocida y garantizada esta libertad fundamental en el Derecho comunitario? Del tratamiento y garantía que la Unión dispense a la primera de las libertades, tanto por su temprana reivindicación como por su posición prioritaria en la escala axiológica de la persona, se podrá extraer una sólida opinión acerca del nivel de garantía del resto de derechos. Es

<sup>26</sup> A. MANGAS MARTÍN - D. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, op. cit., 559.

más, la libertad religiosa, juntamente con la ideológica y la de conciencia, pueden ser estudiadas a modo de «termómetro» del grado de sensibilidad democrática de las instituciones europeas, pues como afirma el profesor ESCRIVÁ, en «el ámbito propio de su racionalidad y de su conciencia personales, el hombre busca y establece su acto personal de relación con la verdad, con el bien, con la belleza y con Dios. Sobre este ámbito, sobre tales actos y sobre la actuación personal en consonancia con ellos al vivirlos en sociedad, el hombre no puede ser sustituido, coaccionado o ignorado por el Estado. El Estado es absolutamente incompetente. El ámbito de la racionalidad y de la conciencia de los ciudadanos —de cada singular e irrepetible ser humano— no pertenece a la esencia o identidad del Estado»<sup>27</sup>. La necesaria brevedad de esta contribución nos obliga a detenernos únicamente en el Derecho originario, reservando el examen del derecho derivado a otras publicaciones.

La mención de la religión en los Tratados Constitutivos es muy escasa. Con carácter específico, conviene subrayar la Declaración conjunta n.º 4 entre la República Helénica y los países miembros de la Comunidad Europea aneja al Acta de Adhesión de Grecia a la CE reconoce, «únicamente por motivos de carácter espiritual y religioso» el estatuto peculiar de la *Politeia* ortodoxa del Monte Athos o Monte Santo (Hágion Óros)<sup>28</sup>. Este régimen jurídico especial, por ejemplo, prohíbe «la instalación en su territorio (alrededor de 336 km<sup>2</sup> frente a los 0,44 km<sup>2</sup> del Vaticano) de heterodoxos o cismáticos contra el principio de libre circulación y de establecimiento de los ciudadanos de la Unión; interdice la presencia de las mujeres, contra el principio general de igualdad; [...] veta la constitución de asociaciones en el territorio de la Politeia; prohíbe todo tipo de proselitismo y propaganda religiosa y moral y el ejercicio de cualquier actividad comercial que no se limite a los bienes necesarios para la vida de los monjes»<sup>29</sup>.

Más allá de esta concreta previsión, merecen señalarse los siguientes textos:

a) La Declaración n.º 11 aneja al TUE, sobre el Estatuto de las Iglesias y de las Organizaciones no confesionales, aprobada por el Tratado de Ámsterdam (1997), a la que antes nos hemos referido.

---

<sup>27</sup> J. ESCRIVÁ IVARS, *Pluralismo, multiculturalismo y objeción de conciencia en una sociedad democrática avanzada*, en AA.VV., «Multiculturalismo y movimientos migratorios», Valencia 2003, 301-302.

<sup>28</sup> «Reconociendo que el estatuto especial atribuido al Monte Athos, tal como está garantizado por el artículo 105 de la Constitución griega, está justificado únicamente por motivos de carácter espiritual y religioso, la Comunidad se encargará de tenerlo en cuenta en la aplicación y elaboración ulterior de las disposiciones de derecho comunitario, sobretudo en lo referente a las franquicias aduaneras y fiscales y el derecho de establecimiento». Sobre el estatuto comunitario del Monte Athos, vid. AA.VV., *The Mount Athos and the European Community*, Tesalónica 1993; Ch. K. PAPANATHIS, *Le traitement juridique spécial des Hagiorites*, Salónica 1988; Th. PAGANOPOULOS, *Le statut juridique du Monte Athos*, en «Christianos» 273, 1985, 13-16. Para un pormenorizado estudio del régimen jurídico del Monte Athos, véase el excelente estudio de J. BONET NAVARRO, *El estatuto especial del Monte Athos ante la tradición religiosa, el Derecho eclesiástico griego y el Derecho comunitario europeo*, en «UNED. Boletín de la Facultad de Derecho» 27, 2005, 93-120.

<sup>29</sup> F. MARGIOTTA BROGLIO – C. MIRABELLI – F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al Diritto Ecclesiastico comparato*, Bolonia 1997, 106-107.

b) El art. 13 del TCE, reformado por el Tratado de Ámsterdam (1997) encomienda expresamente al Consejo la adopción de medidas tendentes a evitar las discriminaciones por motivos religiosos<sup>30</sup>. Como señala MARGIOTTA, este artículo 13 debe interpretarse teniendo presente el artículo 308 del mismo texto constitutivo, pues constituye una especificidad de éste<sup>31</sup>. Esta es, en definitiva, la única vía de tutela, en el nivel del Derecho originario, que de forma vinculante se le ofrece al derecho fundamental de libertad religiosa. Más concretamente, del derecho de igualdad religiosa (o de trato igual en el ejercicio de la libertad religiosa). Sin embargo, visto el procedimiento (a iniciativa de la Comisión, oído el Parlamento y acordado *por unanimidad* del Consejo) puede deducirse la poca agilidad y, por ende, utilidad del mismo.

c) El art. 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, con un carácter universal («Toda persona»)<sup>32</sup>. Señaladas antes las luces y las sombras de este texto comunitario, podemos centrarnos en el reconocimiento que hace de los derechos en materia religiosa.

El derecho de libertad religiosa reconocido en el texto de la Carta aparece proclamado de forma idéntica<sup>33</sup> a como se proclama en el CEDH. Ello es congruente con el deseo expresado en la decisión adoptada en el Consejo Europeo de Colonia, en junio de 1999, relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales: tal texto debería recoger los derechos de libertad e igualdad, así como las garantías procesales fundamentales, «tal y como se recogen en el CEDH». Concordamos con GONZÁLEZ-VARAS en que, puesto que «el derecho a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia del artículo 10.1 de la Carta se corresponde con un derecho garantizado por el CEDH, podemos comprender de antemano su contenido en cuanto que el artículo 52.3 de la Carta dice que en estos casos el sentido y alcance de los derechos serán iguales a los que confiere el CEDH»<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> «Artículo 13.

Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

<sup>31</sup> F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fattore religioso nell'Unione Europea. Continuità e nuovi problemi*, en AA.VV., «Studi in onore di Francesco Finocchiaro», vol. II, Padua 2000, 1262.

<sup>32</sup> «Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

Sobre la extensión y contenido de este reconocimiento, vid. I. MARTÍN SÁNCHEZ, *La protección de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza en la Unión Europea*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 2, ed. electrónica en <http://www.iustel.com>.

<sup>33</sup> Con la única excepción del uso de la locución adverbial «a través del culto» en la CDF, mientras que el CEDH utiliza la expresión «por medio del culto». Sin embargo, hay diferencia en los párrafos segundos de cada artículo, pues uno reconoce un derecho a la objeción de conciencia *secundum legem* (CDF), mientras que el otro hace referencia a los límites del derecho de libertad religiosa (CEDH).

<sup>34</sup> A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Las innovaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en materia de libertad religiosa*, en «Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense», 2002, 277-278. Sobre el contenido del derecho de libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La protección internacional de la libertad religiosa...*, op. cit., 141-239; Ídem, *Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 2, ed. electrónica en <http://www.iustel.com>.

Sin embargo, un problema surgiría del art. 10 CDF —en caso de ser vinculante— que no surge del art. 9 CEDH: su consideración de *standard mínimo de protección*. En efecto, el catálogo de derechos humanos recogido en ambos textos supone el *minimum* infranqueable por los Estados, los cuales a partir del contenido en ellos plasmado, deben elevar el nivel de tutela. Pero habría una característica, propia de las normas comunitarias, que plantearían una dificultad interpretativa en general y, en nuestro caso, con particular gravedad: el principio de primacía del Derecho comunitario podría exigir a los Estados que acordasen su legislación a los mínimos requeridos por la Carta. Pero, ¿qué sucedería con aquellos Estados que ya disponen de una protección superior a la recogida en la Carta?, ¿Deberían «reducir» su nivel de protección para no contradecir una norma primada?, ¿Se produciría el típico efecto de la primacía consistente en el desplazamiento de la norma interna contradictoria? Decíamos que en nuestra materia revisten una especial gravedad estas cuestiones porque nuestra constitución (art. 16 C.E.) reconoce, no sólo la titularidad individual de la libertad religiosa, sino también la colectiva. Esta última es desconocida en los textos que estamos comentando<sup>35</sup>. Incluso, el art. 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa<sup>36</sup>, desarrolla de forma autónoma el contenido de ambas dimensiones del único derecho de libertad religiosa<sup>37</sup>.

Parece que la única solución a este dilema queda en manos del TJCE. Si, como ha venido demostrando a lo largo de los años, opta por proteger la individualidad de los derechos objeto de controversia, por encima de mantener una uniformidad jurídica entre los Estados, progresivamente se iría elevando el nivel de protección de los derechos fundamentales, con independencia de cómo quedaron configurados en el Tratado correspondiente<sup>38</sup>. De este modo, a modo de ejemplo, si a instancias de una Confesión religiosa española se reconociese su titularidad del derecho de libertad religiosa, *pro vice sua* el Tribunal comunitario extendería esa titularidad al resto de Confesiones presentes en todos y cada uno de los Estados miembros.

En estrecha conexión con este derecho se encuentra el derecho a contraer matrimonio (art. 9

---

<sup>35</sup> Si el texto de la CDF fuese jurídicamente vinculante para los Estados, podría plantearse, incluso, su colisión con la Declaración n.º 11 aneja al TUE. Por su eficacia, en España las Confesiones seguirían gozando de titularidad jurídica de la libertad religiosa, al estar de este modo prescrito para su estatus jurídico.

<sup>36</sup> B.O.E. n.º 177, de 24 de junio de 1980. En adelante será citada como LOLR.

<sup>37</sup> El párrafo primero del art. 2 LOLR desarrolla el contenido esencial del derecho individual, mientras que los dos restantes hacen lo propio con el derecho de las Confesiones religiosas.

<sup>38</sup> Cf. R. ALONSO GARCÍA, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia» 209, 2000, principalmente 16-17.

CDF<sup>39</sup>), el derecho a la educación (art. 14 CDF<sup>40</sup>), el derecho a la igualdad formal religiosa (art. 21 CDF<sup>41</sup>) o el reconocimiento de la diversidad religiosa europea (art. 22 CDF<sup>42</sup>).

Por último, antes de concluir, debemos hacer mención del frustrado Tratado «Constitucional». Este Tratado pretendía unificar la actual diversidad existente en el Derecho originario, a través de una unificación de los textos de los tres tratados vigentes, así como dotar de eficacia jurídica plena al catálogo europeo de derechos humanos, mediante su inclusión en el propio articulado de la Constitución<sup>43</sup>. Sin embargo, debemos tener presente que en ese proyecto se incluyen los artículos de la Carta de Derechos Fundamentales *tal y como están actualmente* redactados<sup>44</sup>, con lo cual, las fantasías antes señaladas podrían devenir realidades.

En conclusión, para encontrar la auténtica protección de la libertad religiosa parece que no resulta conveniente acudir al texto positivo del conjunto de Tratados, normas o Declaraciones que integran el Derecho originario y lo complementan. Todavía pesa demasiado el lastre «economicista» en el proceso de integración europea para que, hoy por hoy, se halle en los textos constitutivos de la Unión auténticos mecanismos de tutela de los derechos fundamentales del hombre. Por ello, y a salvo de la regulación que en desarrollo del Derecho originario ha realizado el legislador comunitario donde expresamente se tiene presente el hecho religioso, es el Tribunal de Justicia quien se encuentra en mejor posición para llevar a la práctica la salvaguardia de tales derechos, entre los que destaca el derecho de libertad religiosa.



---

<sup>39</sup> «Artículo 9. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia

Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Para una mayor profundización en la naturaleza e implicaciones de este derecho en la sociedad contemporánea, vid. E. OLMOS ORTEGA, *Sociedad plural, familia y derechos humanos: una aproximación a los derechos de la familia*, trabajo inédito cedido gentilmente para su consulta por su autora.

<sup>40</sup> «Artículo 14. Derecho a la educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.  
2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.  
3. 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».

<sup>41</sup> «Artículo 21. No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual [...].».

<sup>42</sup> «Artículo 22. Diversidad cultural, religiosa y lingüística

La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística».

<sup>43</sup> Vid. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Hacia una Constitución Europea: comentarios sobre los trabajos de la convención*, en «Revista General de Derecho Europeo» 1, ed. electrónica en <http://www.iustel.com>.

<sup>44</sup> Cf. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *El contenido del derecho de libertad de conciencia en la futura Constitución Europea*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 2, ed. electrónica en <http://www.iustel.com>.