

LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN LA UNIÓN EUROPEA: UN PROCESO INACABADO *

José María Contreras Mazarío

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 1. *Consideraciones generales.*—2. *Derechos humanos, grupos vulnerables y Unión Europea.*—3. *Tutela de la libertad de pensamiento y de conciencia en el marco de la Unión Europea:* 3.1 *Proceso normativo de formación.* 3.2 *Proceso jurisprudencial de formación.*—4. *La protección de las comunidades religiosas y filosóficas: especial referencia a las minorías.*—5. *Extranjería y derechos fundamentales.*—6. *Consideraciones finales: intento de una conformación conceptual del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia.*

1. CONSIDERACIONES GENERALES



L mundo del siglo XXI tiene ante sí un dilema social del que depende, sin lugar a dudas, el devenir de las distintas sociedades de nuestro planeta en el futuro. Dicho dilema puede decirse que está conformado por dos cuestiones íntimamente relacionadas y, sin embargo, claramente diferenciadas como son la glo-

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación PB98-1108-C04-03 del MEC (Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento).

balización y la diferencia. Las sociedades actuales se ven íntimamente interrelacionadas en un proceso de intercambio y de mutuas y dependientes relaciones que hace prácticamente inviable cualquier postura aislacionista o basada en economías autosuficientes. Los mercados hoy se nos muestran más que nunca como mercados interdependientes y externos, de tal manera que lo que sucede en cualquier parte del mundo repercute de una u otra forma y más tarde o temprano en la otra parte del mundo.

Pero en estas mismas sociedades de la tecnología, el bienestar, la televisión por satélite o por cable e internet, se está produciendo un cambio más o menos lento, más o menos rápido, que tiene que ver con nuestras formas culturales de vida y a las que estas mismas sociedades deben dar respuesta. Dicha transformación de la sociedad puede venir dada bien por el propio modelo de globalización de la comunicación y la cultura, toda vez que en la actualidad el acceso a los conocimientos y a la información ha adquirido dimensiones que aunque no puede afirmarse que sean universales, sí existen los medios para que dicho número sea cada vez mayor. Ahora bien, junto a ello tampoco puede obviarse que aunque existe un acceso mayor y más profundo al conocimiento y a la información, se está produciendo al mismo tiempo una concentración de dichos medios en grupos muy reducidos de personas o de empresas, las cuales tienen en sus manos el control y contenido de dichos medios con lo que ello puede suponer de quiebra no sólo del pluralismo, sino en la conformación de una opinión pública libre y con ello del propio sistema democrático de los países. La otra vía de transformación tiene su origen en los movimientos migratorios, tanto de los propios nacionales que viajan y conocen culturas diferentes, como de personas de terceros países que van a vivir a otros países distintos a los suyos de origen. A ello deben unirse la existencia de grupos diferenciados en el interior del propio Estado con culturas o caracteres distintos a los de la mayoría, los cuales quieren y desean seguir manteniendo su propia identidad.

Por último, no queda más que señalar que la respuesta a dichas situaciones puede concretarse a favor de la defensa y respeto de los derechos humanos, y con ello la protección de la identidad de dichos grupos siendo origen de sociedades multiculturales en las que las diferentes culturas se relacionan entre sí en pie de igualdad mediante un diálogo activo de interculturalidad, o bien a favor de la integración a través de la absorción o asi-

milación¹, pasando por el punto intermedio de la no discriminación², para concluir con la más extrema como es la de la represión o la persecución por el sólo motivo de tener una raza, una religión o una lengua distintas³. En cualquier caso es difícil escapar a la tentación de ver en los mencionados grupos un «problema-obstáculo»⁴ que ellos mismos crean y que, sin embargo, poco o nada hacen para solucionarlo. De esta forma de ver y analizar la situación no se ven excluidos ni tan siquiera los llamados Estados democráticos o Estados de Derecho, dentro de cuyas categorías pueden ser incluidos los países europeos, y en concreto países que en la actualidad integran la Unión Europea. También en éstos cabe encontrar reacciones de temor y miedo a la influencia, cuando no a la «invasión», de culturas distintas a las existentes en cada uno de ellos⁵, lo que en el campo de lo religioso tiene su concreción en la persecución de los nuevos movimientos religiosos o de las sectas⁶ seguido de una vuelta a favor de las religiones tradicionales o «propias». A esta realidad no ha podido escapar, ni siquiera, la propia Unión Europea en tanto que institución, la cual se está convirtiendo en los últimos tiempos, por mor del caso austriaco primero y ahora el italiano, en la salvaguardia de la propia existencia de la democracia⁷.

¹ Cfr. VELASCO ARROYO, J. C.: «Derechos de las minorías en una sociedad democrática multicultural», en *Derechos y Libertades*, núm. 5 (1995), pp. 361-372.

² A este respecto, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Resolución 1993/20, de 26 de febrero, destaca que «a pesar de los esfuerzos para combatir la discriminación y la intolerancia, estos actos persisten y se manifiestan particularmente en los países desarrollados». Y más tarde precisa que «[...] La Comisión es consciente de la magnitud creciente del fenómeno del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia en los segmentos de muchas sociedades y sus consecuencias para los trabajadores migrantes».

³ Cfr. *Actitudes hacia los inmigrantes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.

⁴ Dicha expresión es empleada por JAVIER DE LUCAS en «¿Qué políticas de inmigración? (Reflexiones al hilo de la reforma de la Ley de Extranjería en España)», en *Tiempos de Paz*, núm. 55 (1999), p. 7.

⁵ Éste es el planteamiento, por ejemplo, de la extrema derecha en Austria, Alemania, Francia o Italia.

⁶ Aunque no se hace referencia directamente a la represión de este tipo de grupos, sí supone un ejemplo de desconfianza hacia los mismos. Estamos haciendo referencia a la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 1984, sobre una acción común de los Estados Miembros de la Comunidad Europea en torno a diversas violaciones de la Ley cometidas por nuevas organizaciones que actúan bajo la cobertura de la libertad religiosa.

⁷ Artículo 6.1 TUE: «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

Pues bien, el objeto del presente trabajo no es otro que el análisis de dos de las realidades mencionadas, esto es, el de los movimientos migratorios, en el ámbito específico de los derechos de los extranjeros, la primera, y el de las minorías, ya que es así como se denomina a la última de las situaciones reseñadas, la segunda, en su conexión con el derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia. Y todo ello en un ámbito espacial concreto como es la Unión Europea, entendida ésta como manifestación global y territorial en el que se ejercen y cumplen los principios y objetivos de las Comunidades Europeas.

2. DERECHOS HUMANOS, GRUPOS VULNERABLES Y UNIÓN EUROPEA

La primera cuestión que cabe afrontar es si la Unión Europea tiene una respuesta ante la presente problemática y si la tiene ¿cuál es ésta? Sin embargo, no resulta fácil determinar la respuesta adoptada, ya que cuestiones tales como los principios en que se inspira la Unión, el régimen de la libre circulación de personas, la definición del «espacio interior de libertad, seguridad y justicia» o la redefinición del Tercer Pilar, se ven afectados. Sin embargo, no debe olvidarse que todas estas cuestiones no son más que elementos instrumentales necesarios, eso sí, para la cuestión central de nuestro estudio, por lo que nos limitaremos a reflexionar únicamente sobre aquéllas en la medida en que permitan u ofrezcan soluciones en la formación a favor del reconocimiento y tutela del derecho a la libertad de conciencia, no sólo desde el plano individual sino también colectivo.

En este sentido, no cabe duda que en su origen las pretensiones de la Comunidad Económica Europea tenían poco que ver con los derechos humanos y las libertades fundamentales. Su objetivo básico no era otro que la creación de un espacio económico común por parte de los Estados miembros (cfr. art. 2 TCEE), para lo cual se establecieron mecanismos económicos tan importantes como la consecución plena de la libre circulación de trabajadores, mercancías, capitales y servicios (cfr. art. 3 TCEE)⁸. No obstante, este ámbito material presente en su «constitución» se fue transfor-

⁸ Cfr. STOFFELVALLOTTON, N.: «Algunas consideraciones sobre las nociones de “mercado común” y “mercado interior” en el Tratado de la Comunidad Europea», en *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. D-24 (1998), pp. 255-316.

mando, y con ello se ha ido incidiendo en el ejercicio de sus competencias en materias relacionadas con los derechos fundamentales, dando cabida a lo que, por ejemplo en el ámbito de la OSCE, se ha venido en llamar «la dimensión humana»⁹. Dimensión humana de la que forma parte la defensa y garantía de los derechos fundamentales en general¹⁰, y la libertad de conciencia en particular¹¹. Así, en las últimas décadas los derechos humanos

⁹ En relación con la dimensión humana de la OSCE, *vid.* AA.VV.: *I diritti dell'uomo da Helsinki a Belgrado*, Milán 1981; CASTRO-RIAL, F.: «El mecanismo de protección de la dimensión humana de la CSCE», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al prof. Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 197-229; FERNÁNDEZ SOLA, N.: *La dimensión humana en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa*, Madrid, 1993; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «La dimensión humana de la OSCE», en *Cuadernos de la escuela Diplomática*, núm. 11, pp. 153 y ss.

¹⁰ La doctrina sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea resulta abundante, por lo que se hará referencia únicamente a trabajos de la doctrina española. A este respecto, *vid.* ALONSO GARCÍA, R.: «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 779 y ss.; CARRILLO SALCEDO, J. A.: «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. II, Cívitas, Madrid, 1986, pp. 17 y ss.; CHUECA SANCHO, A. G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1999; DÍEZ PICAZO, L. M.: «¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», en *REDC*, núm. 32 (1991), pp. 135-155; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «La protección internacional de los derechos humanos (II)», en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999; FERNÁNDEZ LIESA, C.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea», en PECESBARBA, G.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid, 1995; LIÑÁN NOGUE-RAS, D. J.: «Los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea», en *XVI Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Andorra, 1995; LÓPEZ GARRIDO, D.: *Libertades económicas y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986; LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, M.: *Derechos y libertades en la Europa comunitaria, Sociedad Española para los Derechos Humanos*, Madrid, 1992; MANGAS MARTÍN, A.: «Derechos fundamentales en la Comunidad Europea», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1988, pp. 11-25; MARÍN LÓPEZ: «La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», en *El derecho de la Comunidad Europea*, UIMP, Madrid 1982; PI LLORENS, M.: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999; ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1988; RUIZ-JARABO, D.: «Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1990/1, pp. 151-182; SALINAS DE FRÍAS, A.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada 2000.

¹¹ Las únicas aportaciones doctrinales que cabe encontrar son un puñado de trabajos, que se cuentan con los dedos de una mano. *Vid.* FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «Posibilidades de un sistema supranacional de Derecho eclesiástico en el marco de la Unión Europea», en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 79-122; MARGIOTTA BROGLIO, F.: «La tutela della libertà religiosa nell'Unione Europea», en CASTRO, A.: *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999; MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: «La religion et le droit communautaire», en *Les religions dans le droit communautaire*, Giuffré, Milán, 1998, pp. 9-20.

han ido teniendo un mayor protagonismo, primero, por vía jurisprudencial¹² y, posteriormente, a través de su incorporación genérica en los tratados originarios, hasta llegar al Tratado de Amsterdam¹³.

Hasta el año 2001 no ha existido en el seno de la Unión un catálogo de derechos fundamentales, y aún en la actualidad —y a pesar de la existencia de dicho catálogo— se echa en falta una norma con carácter vinculante tanto para la Comunidad Europea como para los Estados miembros. Ello hace que la remisión que se realiza en los tratados constitutivos, tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos como a «*las tradiciones constitucionales de los Estados miembros en la materia*»¹⁴ se haya convertido hasta la actualidad en la fundamentación jurídica de toda pretensión en materia de derechos humanos y que, en cuanto a su eficacia, la misma siga dependiendo de la actividad pretoriana del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE). Y todo ello dentro lógicamente del ámbito material que le es propio, y que no es otro —hoy por hoy— que el establecimiento de un mercado común europeo¹⁵, para cuyo fin se reconoce la libre circulación de

¹² Cfr. DÍEZ DE VELASCO, M.: «La declaración de los derechos y libertades fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Estudios en homenaje al Profesor A. Ferrer-Correia*, Coimbra, 1991, pp. 428 y ss.; FARAMIÑAN GILBERT, J.: «La situación de los derechos humanos en el marco comunitario y las aportaciones jurisprudenciales del TJCE», en *IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad de Granada, Granada, 1980, pp. 111 y ss.; MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 109 y ss.; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, pp. 201-224; RUIZ JARABO, D.: «Los derechos humanos en la jurisprudencia del TJCE», en *Poder Judicial*, número especial VI.

¹³ Adoptado por los Estados miembros de la Unión Europea el día 2 de octubre de 1997. Su entrada en vigor se ha producido el 1 de mayo de 1999.

¹⁴ Artículo 6.2 TUE: «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».

¹⁵ Artículo 2 TCE: «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenido de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros».



personas, mercancías y capitales¹⁶. Es justamente en el marco de la libre circulación de personas donde se encuadra y encuentra su fundamento respectivo, por un lado, el reconocimiento de la ciudadanía europea¹⁷, y, por otro, la abolición o supresión técnica de las fronteras interiores¹⁸ mediante la creación de un «espacio interior de libertad, seguridad y justicia»¹⁹.

Pero junto a todas estas actividades dirigidas a la igualdad entre los ciudadanos europeos, la Unión ha adoptado por lo que se refiere a las llamadas «fronteras exteriores» una posición de mayor endurecimiento en las políticas de vigilancia y control aduanero²⁰, a través de medidas más restric-

¹⁶ Artículo 3.1.c) TCE: «Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado:

[...] c) un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales».

Veánse también artículos 39 a 42 TCE.

Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, P.: *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994; LIROLA DELGADO, I.: *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Cívitas, Madrid, 1994.

¹⁷ Artículo 2 TUE: «La Unión tendrá los siguientes objetivos:

[...]

– reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión».

Ver también artículos 17 a 22, Declaración aneja al TUE, adoptada en Maastricht relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, así como la Declaración de Dinamarca y el Tratado de la Unión Europea, anexos 1 (sección A) y 2, adoptada en Edimburgo, el 12 de diciembre de 1992 (DOCE núm. C 348, de 21 de diciembre de 1992).

Cfr. BLÁZQUEZ PEINADO, M. D.: *La ciudadanía de la Unión*, Tirant lo Blanch/Universitat de València, Valencia, 1998; BRU PURÓN, C. M.: *La ciudadanía europea*, Fundación Sistema, Madrid, 1994; JUÁREZ PÉREZ, P.: *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, UNED/Marcial Pons, Madrid, 1998; LIÑÁN NOGUERAS, D.: «La ciudadanía de la Unión Europea», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑÁN NOGUERAS, D. (eds): *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Ed. Cívitas, Madrid, 1993, pp. 271-295; VV.AA.: *Les aspects nouveaux de la libre circulation des personnes: vers une citoyenneté européenne*, Actas del XV Congreso de la Federación Internacional para el Derecho Europeo, Lisboa, 1992, en especial vol. III.

¹⁸ Artículo 2 TUE: «La Unión tendrá los siguientes objetivos: (...)

– promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado (...).

Ver asimismo artículo 14.2 TUE, Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea y Declaraciones núms. 44, 45, 46 y 47 anejas al TUE.

¹⁹ Cfr. artículos 2 TUE y 29 TCE.

²⁰ Artículo 2 TUE: «La Unión tendrá los siguientes objetivos: (...)

– mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respec-

tivas en cuanto a la política de visados²¹ o permisos de residencia²², que afecta de manera directa tanto a las políticas de inmigración, como en relación con la aplicación de las instituciones de asilo y refugio²³. Y ello porque la Europa del bienestar, que ha sentido el temor de ser invadida por todas aquellas personas que quedan fuera de «sus fronteras» y que miran a Europa como su única forma y lugar de supervivencia, sólo ha visto como solución viable políticas dirigidas a limitar y controlar la entrada²⁴, al tiempo que se ha visto igualmente con graves dificultades para dar una respuesta adecuada a la situación de vida de esas personas en sus países de origen²⁵.

to al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia (...).

Ver igualmente Declaración sobre el mantenimiento del nivel de protección y seguridad que ofrece el acervo de Schengen, así como la Decisión núm. 88/384 de la Comisión, de 8 de junio de 1988, por la que se establece un procedimiento de notificación y de concertación sobre políticas migratorias en relación con Terceros Estados (DOCE L 183, de 14 de julio de 1988). Asimismo, ver las Conclusiones del Consejo Europeo, celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 (Comisión de las Comunidades Europeas SI (1999) 800, SN 200/99).

Cfr. ARENAS MORALES, F.: «El espacio Schengen: controles fronterizos», en *Ciencia Policial*, núm. 24 (1994), pp. 21-31.

²¹ Ver Reglamento 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado (DOCE C 16, de 14 de julio de 1995) y Reglamento 2317/95 del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (DOCE L 234, de 30 de octubre de 1995).

Cfr. FERNÁNDEZ ROMO, M.: «Discrecionalidad administrativa en el control de entrada de los extranjeros: visados, cupos, reagrupación familiar», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 37 (1994), pp. 531-561.

²² Ver Protocolo sobre las relaciones exteriores de los Estados miembros con respecto al cruce de fronteras exteriores y la Declaración núm. 16 aneja al TUE, así como la Decisión del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa al seguimiento de los actos adoptados por el Consejo en materia de inmigración ilegal, de readmisión y de empleo ilícito de nacionales de terceros países y de cooperación en la ejecución de órdenes de expulsión (DOCE núm. 342, de 31 de diciembre de 1996).

²³ Ver Convenio de Dublín, de 15 de junio de 1990 (DOCE C 191, de 23 de junio de 1997) y su Protocolo de corrección de errores, hecho en Dublín el 24 de noviembre de 1993, la Posición común del Consejo, de 4 de marzo de 1996, relativa a la aplicación uniforme del término «refugiado» en el sentido del artículo 1 del Convenio de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados (DOCE L 63, de 13 de marzo de 1996), así como el Protocolo al TUE sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y Declaraciones núm. 48 y 49 anejas al TUE.

Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «La regulación del asilo en el ámbito de la Unión Europea: el Convenio de Dublín y el Convenio de aplicación de Schengen», en MARINO MENÉNDEZ, F. M.: *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pp. 669-706.

²⁴ Cfr. LUCAS, J. de: *Puertas que se cierran: Europa como frontera*, Icara, Barcelona, 1996.

²⁵ A este respecto, nos parece muy esperanzador el nuevo planteamiento acogido por el Consejo Europeo en la sesión celebrada en Tampere, en 1999.

Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «La reciente evolución de la problemática del asilo y la inmigración en la Unión Europea: algunas notas sobre la cumbre de Tampere», en *Tiempos de Paz*, núm. 55 (1999), pp. 41-49.

A pesar de todo lo anterior, o mejor por todo lo anterior, es claro que la libre circulación de personas en el interior de la Unión Europea conlleva potencialmente cambios profundos en los componentes humanos que integran cada una de sus sociedades. Los grupos étnicos, lingüísticos y religiosos tradicionalmente existentes en un determinado Estado se pueden ver modificados por los movimientos de personas que a este respecto se produzcan. Incluso las relaciones entre mayorías y minorías ahora existentes se pueden ver modificadas en un futuro. Y ello es visto por los Estados como un elemento de preocupación, en este momento esencialmente desde la perspectiva de la igualdad entre nacionales; aunque tampoco a nadie debe escapar el trasfondo político de alcance más general que ello encierra desde la perspectiva que ahora nos interesa. Y si no piénsese en el tema del «sador» o velo islámico en Francia ²⁶, o en el no reconocimiento legal como confesión religiosa de determinados grupos en España ²⁷ o, incluso, su consideración apriorística como «sectas» en Grecia o asociaciones ilícitas o peligrosas en Alemania y el Reino Unido; e incluso a nivel de la propia Comunidad ²⁸ Europea y el Consejo de Europa ²⁹.

En este contexto, y por lo que a la protección de la libertad de conciencia respecta en su conexión con la libre circulación de personas, se ha afirmado «le droit communautaire dispose, en général, des moyens nécessaires pour combattre toutes sortes de discrimination fondées sur des convictions religieuses» ³⁰. Pero, ¿sucede igual respecto del fenómeno de la extranjería? A efectos de dar respuesta tanto al primero de los planos como al segundo, la problemática de la libertad de conciencia será analizada desde una doble perspectiva, a saber: *ad intra*, esto es, de relación entre las personas nacionales de alguno de los Estados miembros ³¹, la primera,

²⁶ Desde una perspectiva estricta de conflicto entre derechos, *vid.* LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 36-39.

²⁷ *Vid.* Resoluciones de la Dirección General de Asuntos Religiosos, de 22 de abril de 1985, relativa a la Iglesia de la Cienciología y de 12 de abril de 1983 y 22 de diciembre de 1992, relativas a la Iglesia de la Unificación.

²⁸ *En este sentido, vid.* las Resoluciones del PE, de 22 de mayo de 1984, sobre una acción común de los Estados miembros de la Comunidad Europea en torno a diversas violaciones de la ley cometidas por nuevas organizaciones que actúan bajo la cobertura de la libertad religiosa (*DOCE* núm. C 172, de 2 de julio de 1984) y, de 29 de febrero de 1996, sobre las sectas en Europa.

²⁹ *Vid.* Recomendación 1178 (1992) del Consejo de Europa relativa a las sectas y los nuevos movimientos religiosos.

³⁰ MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: «La religión et le droit communautaire», en *Religions in European Union Law*, Milán 1998, p. 19.

³¹ *Cfr.* JUÁREZ PÉREZ, P.: *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, UNED/Marcial Pons, Madrid, 1998; PÉREZ VERA, E.: «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition

y *ad extra*, identificable³² con las políticas de inmigración y extranjería en la Unión Europea, la segunda.

3. TUTELA DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Por lo que se refiere al ámbito *ad intra* cabe distinguir el estudio de dos temáticas que, aunque conexas, conviene analizar de manera separada, como son la relativa a la garantía del derecho a la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea, la primera, y la referida a los modelos de relación entre los Estados y el fenómeno religioso, con especial referencia al estatuto de las comunidades religiosas y filosóficas, así como a la posición de los grupos minoritarios, la segunda. Al estudio de la primera de las temáticas reseñadas estará dedicado el presente apartado, mientras que del tema relativo a la relación entre el Estado y el fenómeno religioso y al estatuto de las comunidades religiosas y filosóficas y la protección de las minorías nos ocuparemos en el apartado siguiente (4).

Por lo que respecta a la garantía de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea, señalar que la misma –al igual que sucedía con los derechos fundamentales– encontraron su origen en la salvaguarda del principio de no discriminación por motivos de nacionalidad, conectado con otros dos principios básicos del Derecho comunitario como eran la libre circulación de personas (trabajadores y de establecimiento), servicios, mercancías y capitales [antiguos arts. 3.c) y 48 a 73 HTCE] y la subsidiariedad (antiguos arts. B TUE y 3.B TCE); y ello dentro del objetivo de alcanzar una integración económica (antiguos arts. 2 TCE y B TUE). En un segundo estadio, la actividad se centró en la asunción, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros en materia de derechos humanos, así como de algunas normas convencionales en la materia, y de un

des étrangers», en *Reçueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 261(1996), pp. 247-425.

³² Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.): *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998; LORCA, A.: *Inmigración en las fronteras de la UE*, Ed. Encuentro, Madrid, 1997; MARIÑO, F. (ed.): *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995; ORTIZ ARCE, A.: «La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica Europea: hacia la configuración de una política migratoria comunitaria y el reforzamiento de los controles exteriores», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12 (1992), pp. 207-231.



modo especial el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, de 1950. En la actualidad, dicho proceso encuentra su plasmación más desarrollada a nivel normativo, pero aún inconclusa, con el reconocimiento dentro del Derecho originario del principio de no discriminación, y en concreto con la inclusión de la religión y las convicciones, además de la raza y lo étnico, como motivos que lo integran (art. 13 TCE). Ello hace necesario, por tanto, analizar de manera más pormenorizada el desarrollo evolutivo de formación alcanzado en uno y otro ámbito (normativo y jurisprudencial), tanto desde la perspectiva de la configuración y su alcance subjetivo cuando desde la perspectiva del contenido esencial y límites del derecho de libertad de conciencia.

3.1 Desarrollo normativo de formación

1. En cuanto al plano normativo, cabe señalar que ni en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ni durante el primer período de creación de esta Organización, se encuentran referencias a los derechos humanos, salvo las escasas que pudieran encontrarse contenidas en algunas resoluciones del Parlamento Europeo o en algunas declaraciones del Consejo Europeo, entonces de los Nueve. En este sentido, una de las primeras referencias se encuentra en la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 1973³³, relativa a la salvaguardia de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros en la elaboración del Derecho comunitario; mientras que por lo que respecta a las Declaraciones, la primera es la realizada por los Nueve, en la Cumbre de Copenhague de 1973, relativa a la identidad europea. Tanto a una como a otra siguieron una serie de resoluciones³⁴ o declaraciones³⁵ que han conducido

³³ DOCE núm. C 26, de 30 de abril de 1973.

³⁴ En el ámbito del PE puede hacerse referencia a las siguientes resoluciones: Res. de 1976, sobre la primacía del Derecho comunitario y la salvaguardia de los derechos fundamentales (DOCE núm. C 159/13, de 12 de julio); Res. de 12 de octubre de 1976, sobre protección de derechos fundamentales (DOCE núm. C 259, de 4 de noviembre); Res. de 11 de mayo de 1977, sobre protección y defensa de los derechos humanos; Res. de 16 de noviembre de 1977, sobre la atribución de derechos especiales a los ciudadanos de la Comunidad Europea (DOCE núm. C 299, de 12 de diciembre); Res. de 21 de noviembre de 1980 y de 18 de junio de 1981, sobre la abolición de la pena de muerte; Res. de 29 de octubre de 1982, sobre la enseñanza de los derechos humanos en la Comunidad Europea (DOCE núm. C 304, de 22 de noviembre) y Res. de 14 de marzo de 1984, sobre la libertad de educación y enseñanza en la Comunidad (DOCE núm. C 104/68, de 16 de abril).

³⁵ En este nivel normativo destacan la Declaración sobre la Democracia adoptada por el Consejo Europeo de Copenhague de 8 de abril de 1978 (*Boletín de las Comunidades Europeas*,

de manera lenta pero ininterrumpida hasta el Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea o Proyecto SPINELLI, de 1984³⁶.

2. No obstante, en cuanto a la reseña de un primer precedente el mismo se podría situar en el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. Y de manera concreta en el preámbulo del mismo, toda vez que puede observarse como los Estados miembros manifiestan, por un lado, su decisión «a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social». Y, por el otro, su deseo por «defender muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del derecho y de los derechos humanos que reafirman».

Dentro de este contexto, fue aprobada asimismo la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 1989, por la que se aprueba la Declaración de los derechos y libertades fundamentales³⁷. En ésta se encuentra un precedente de catálogo de derechos humanos, aunque sin valor vinculante alguno, que nos aproxima muy cerca de la actual Carta de Derechos Fundamentales. En dicha declaración, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión aparece reconocida en el precepto 4 de su articulado, limitándose a garantizar dicho contenido a favor de «toda persona»³⁸. Se trata, por tanto, de un precepto que por sí solo tiene un escaso interés, pero que —sin embargo— puesto en conexión con otros artículos de la Declaración puede alcanzar un desarrollo más importante y trascendente. A este respecto, cabe hacer mención de los siguientes artículos: 1 (dignidad)³⁹, 3 (igualdad ante la ley)⁴⁰, 5 (libertad de expresión y de informa-

núm. 3, 1978, p. 5) y la Declaración del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 1989, de los Derechos y Libertades Fundamentales (DOCE C 120, de 16 de mayo de 1989, p. 51).

³⁶ Vid. Proyecto de Tratado de la Unión Europea, adoptado por el PE el 14 de febrero de 1984.

³⁷ DOCE núm. C 120/51, de 12 de abril de 1989 (doc. A 2-3/89).

³⁸ Art. 4: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión».

³⁹ Art. 1: «La dignidad humana es inviolable».

⁴⁰ Art 3: «1. Toda persona es igual ante la ley, en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario».

2. Se prohíbe toda discriminación por razón en particular de raza, color, sexo, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

ción)⁴¹, 6 (vida privada)⁴², 7 (protección de la familia)⁴³, 10 (derecho de reunión)⁴⁴, 11 (derecho de asociación)⁴⁵ y 16 (derecho a la educación)⁴⁶. Junto a este contenido material, debe destacarse que desde la perspectiva subjetiva de aplicación la misma no tiene como titulares de los derechos humanos mencionados únicamente a los ciudadanos europeos o nacionales de Estados miembros, sino que se proyecta sobre «todos» (art. 25.1), por lo que cabe entender que el término «todos» es sin distinción de nacionalidad o de origen nacional, y —por tanto— todas las personas son titulares de los derechos reconocidos en la presente Declaración dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario, salvo en el supuesto expreso de que un derecho concreto se circunscriba a los ciudadanos de la Comunidad (art. 25.2)⁴⁷.

3. Sin embargo, la primera referencia expresa a la temática de los derechos humanos en general como contenido del Derecho comunitario originario, no se ha producido hasta la aprobación del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Por lo que al tema

3. *Se prohíbe toda discriminación entre los ciudadanos europeos por razón de nacionalidad.*

4. *Se garantizará la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, en especial en los ámbitos de trabajo, educación, familia, protección social y formación».*

⁴¹ Art. 5: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas, en particular filosóficas, políticas y religiosas.

2. *El arte, la ciencia y la investigación son libres. Se respetará la libertad académica».*

⁴² Art. 6: «1. Toda persona tiene derecho al respeto y a la protección de su intimidad.

2. *Se garantizará el respeto de la esfera privada y de la vida familiar, del honor, del domicilio y de las comunicaciones privadas».*

⁴³ Art. 7: «Se protegerá a la familia en los ámbitos jurídico, económico y social».

⁴⁴ Art. 10: «Toda persona tiene derecho a participar en reuniones y manifestaciones públicas».

⁴⁵ Art. 11: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar con otras personas partidos políticos y sindicatos, y a afiliarse a ellos.

2. *No podrá obligarse a nadie, en su vida privada, a revelar su pertenencia a una asociación, a no ser que ésta sea ilegal».*

⁴⁶ Art. 16: «Todos tienen derecho a la educación y a una formación profesional de acuerdo con sus capacidades.

La enseñanza será libre.

Se asegurará el derecho de los padres a hacer impartir esta educación de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas».

⁴⁷ Dentro de este período se podría entender necesario hacer referencia asimismo a la Carta comunitaria de Derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada el 9 de diciembre de 1989 en el Consejo Europeo de Estrasburgo. Sin embargo, en la misma no se contiene referencia alguna a la materia que nos ocupa, salvo únicamente el derecho al descanso semanal (art. 8), por lo que su importancia resulta escasa, por no decir nula.

específico de la libertad de conciencia se refiere, se puede distinguir una doble vía de referencia: directa, la primera, e indirecta, la segunda. En cuando a la vía directa, ésta se encuentra en el artículo 6 (antiguo art. F), apartados 1 y 2, al disponer que:

- «1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.
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»⁴⁸.

La inclusión del presente precepto supuso, sin lugar a dudas, un cambio cualitativo fundamental en lo relativo a la tutela y fundamentación de los derechos humanos en la Unión Europea⁴⁹, que sin suponer la inclusión del Convenio Europeo sobre la materia dentro del ámbito normativo del ordenamiento jurídico comunitario⁵⁰, si supuso la consideración de los derechos humanos en ella reconocidos, por un lado, como principios informadores y, por el otro como criterios de legitimación de la actuación de los órganos e instituciones de la Comunidad, así como de los propios Estados miembros⁵¹. Y en concreto por lo que a la presente temática se refiere, la consideración del artículo 9 del citado Convenio como fundamento jurídico de protección del derecho analizado.

La segunda de las referencias en las normas originarias, en este caso indirecta, la encontramos en el artículo 29 (antiguo art. K. 1), en el que se encomienda a la Unión «ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación poli-

⁴⁸ Junto a los preceptos citados, debe hacerse referencia, dentro de las «Disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común» (título V), al art. 11 (antiguo art. J.1) del TUE, apartado 2.

⁴⁹ A este respecto *vid.* GAJA, G.: «The protection of Human Rights under the Maastricht Treaty», en *International Dynamics on European Integration. Essays in honour of H. G. Schermers*, vol. II, Dordrecht-Boston-Londres, 1994, pp. 549-560.

⁵⁰ En contra, *vid.* PESCATORE, P.: «La Cour de Justice des Communautés européennes et la convention européenne des droits de l'homme», en *Mélanges en l'honneur de Gerard Ji Wiarda*, Haymann, Colonia, 1988, pp. 441 y ss.

⁵¹ RODRÍGUEZ IGLESIAS califica a los derechos fundamentales de «elementos básicos del patrimonio común en el que descansan los propios fundamentos de la Comunidad y presupuesto indispensable para la adhesión de un Estado a ésta» («La protección de los derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 203).

cial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia». Basado en dicho precepto, cabe afirmar que muchas de las actividades de tutela de la libertad de conciencia y religiosa se han producido a través de la prevención de las acciones de origen racista o xenóforo⁵². A este respecto, una de las actividades más relevantes que cabe reseñar fue la adopción por el Consejo de la Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996⁵³, por la cual cada Estado miembro se comprometía, de conformidad con el procedimiento previsto en el título II del TUE, a garantizar una cooperación judicial efectiva en materia de infracciones basadas en comportamientos dirigidos a la incitación pública a la discriminación, a la violencia o al odio racial respecto a un grupo de personas o de miembros de dichos grupos definidos por el color, la raza, *la religión* o el origen nacional o étnico.

Dentro de este marco temporal debe hacerse mención de una manera especial, no por la naturaleza de la norma sino por su contenido, al Proyecto de Constitución de la Unión Europea, introducido como anexo al Informe Herman⁵⁴, de 9 de septiembre de 1993⁵⁵. En el mismo se parte de tres elementos básicos en la materia como son:

1.º que «*la Unión se basa en valores comunes a los pueblos que la integran y, en particular, en la igualdad en dignidad y en derechos, en la*

⁵² En este sentido, vid., entre otras muchas las Resoluciones del Parlamento Europeo, de 21 de abril de 1993, sobre resurgimiento del racismo y de la xenofobia en Europa; de 2 de diciembre de 1993, sobre el racismo y la xenofobia; de 27 de octubre de 1994, sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo; de 29 de mayo de 1998, sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo y sobre los resultados del Año europeo contra el racismo, y de 16 de marzo de 2000, sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia en la Unión Europea; la Declaración común del Parlamento Europeo, el Consejo, los Representantes de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo y la Comisión contra el Racismo y la xenofobia (DOCE núm. C 158, de 25 de junio de 1986, pp. 1-3); las Resoluciones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de mayo de 1990, relativa a la lucha contra el Racismo y la xenofobia (DOCE núm. C 157, de 27 de junio de 1990, pp. 1-3); de 5 de octubre de 1995, relativa a la lucha contra el Racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y de los asuntos sociales (DOCE núm. C 296, de 10 de noviembre de 1995, pp. 13-14); de 25 de octubre de 1995, sobre la respuesta de los sistemas educativos a los problemas del racismo y la xenofobia (DOCE núm. C 312, de 23 de noviembre de 1995, pp. 1-3), y la Declaración del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 24 de noviembre de 1997, sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia y el antisemitismo en el ámbito de la juventud (DOCE núm. C 368, de 5 de diciembre de 1997, p. 1).

⁵³ DOCE núm. L 185, de 24 de julio de 1996.

⁵⁴ Doc. 203.601/rev.1, parte A.

⁵⁵ Aunque el primer proyecto de Constitución data de 1984, éste resulta el más relevante y el que ha alcanzado una mayor trascendencia. El mismo aparece reproducido en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TIZZANO, A., y ALONSO GARCÍA, R.: *Código de la Unión Europea*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 233 y ss.

tolerancia y la solidaridad, y en el respeto de los principios de la democracia y de la primacía del Derecho»;

2.º *«que la plena realización de la dignidad humana y de las aspiraciones legítimas de todo individuo se basa en el principio de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos», y*

3.º *«que la Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, en particular, en virtud del principio de subsidiariedad, y que la diversidad de las culturas, de la historia y de las tradiciones de sus pueblos constituye para la Unión una fuente de enriquecimiento y de profundización» (Preámbulo).*

Ello trae consigo que, en materia de derechos humanos en general, y de libertad de conciencia y religiosa en particular, la misma esté recogida en el artículo 7 del Proyecto ⁵⁶, y en concreto en su apartado D. En el mismo aparece garantizada de manera escueta y sin ninguna otra referencia *«la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión»*. Junto a este contenido cabe hacer referencia a otros derechos y libertades interrelacionados con la misma como son la propia dignidad humana (apartado B) ⁵⁷, la igualdad ante la ley (apartado C) ⁵⁸ la libertad de opinión e información (apartado E) ⁵⁹, el derecho a la vida privada (apartado F) ⁶⁰ y la protección de la familia

⁵⁶ Artículo 7: *«En los ámbitos en los que se aplique el Derecho de la Unión, ésta y los Estados miembros garantizarán el respeto de los derechos humanos enunciados a continuación. La Unión respeta los derechos fundamentales garantizados por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por los demás instrumentos internacionales aplicables y los que se derivan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros»*

⁵⁷ Apartado B: *«La dignidad humana es inviolable: comprende, muy especialmente, el derecho fundamental de la persona a contar con recursos y prestaciones suficientes para sí y su familia».*

⁵⁸ Apartado C: *«1. Todas las personas son iguales ante la ley.*

2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de raza, color, sexo, lengua, religión, opiniones políticas o cualesquiera otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, situación económica, nacimiento o cualquier otra circunstancia.*

3. *Se deberá garantizar la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley, en particular en los ámbitos del trabajo, de la educación, de la familia, de la protección social y de la formación».*

⁵⁹ Apartado E: *«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas.*

2. *El arte, la ciencia y la investigación son libres».*

⁶⁰ Apartado F: *«1. Toda persona tiene derecho al respeto y a la protección de su identidad*

2. *Se garantiza el respeto de la vida privada y de la vida familiar, de la reputación, del domicilio y de las comunicaciones privadas.*

3. *Los poderes públicos no podrán someter a vigilancia a personas u organizaciones sin la autorización preceptiva de la autoridad judicial competente».*



(apartado G)⁶¹, las libertades de reunión (apartado H)⁶² y de asociación (apartado I)⁶³ y, por último, el derecho a la educación (apartado N)⁶⁴. Dicho contenido debe ponerse en conexión asimismo con tres cuestiones integrantes igualmente del contenido del mencionado artículo 7, relativo a los derechos humanos, como son las relativas a los límites (apartado U)⁶⁵, al nivel de protección (apartado V)⁶⁶ y al abuso de derecho (apartado X)⁶⁷, de tal forma que la regla general se concreta en el respeto a los derechos humanos, tanto desde el plano de su protección como de la interpretación y ejercicio. Desde el plano de la protección, impidiendo el establecimiento de límites que restrinjan ilegítimamente su contenido esencial y obligando a que los mismos sean adoptados por ley y dentro de los criterios de razonabilidad y necesidad propios de una sociedad democrática. Mientras que en relación con su ejercicio e interpretación, impidiendo cualquier actuación en tal sentido que suponga una restricción de la protección otorgada por el Derecho de la Unión, los Derechos nacionales de los Estados miembros o por el Derecho internacional, así como prohibiendo cualquier acto destinado a su supresión. Sin embargo, dicho Proyecto no ha visto la luz por lo que su valor jurídico resulta nulo, y sirve sólo como ejemplo de catálogo, uno más, de los derechos fundamentales.

4. Un salto cualitativo se ha producido con la aprobación del Tratado de Amsterdam, el 2 de octubre de 1997, al incluirse dentro del Tratado Consti-

⁶¹ Apartado G: «Toda persona tiene derecho a fundar una familia. Se protegerá a la familia en el plano jurídico, económico y social. También se protegerán la paternidad y la maternidad, así como los derechos del niño».

⁶² Apartado H: «Toda persona tiene derecho a organizar y participar en reuniones y manifestaciones pacíficas».

⁶³ Apartado I: «Toda persona tiene derecho a la libertad de asociación».

⁶⁴ Apartado N: «1. Toda persona tiene derecho a la educación y a una formación profesional que corresponda a sus capacidades.

2. La enseñanza es libre.

3. Se garantiza el derecho de los padres a que se imparta una educación conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, siempre que se respete el derecho del niño a su propio desarrollo».

⁶⁵ Apartado U: «El respeto de los derechos y libertades garantizados por la presente Constitución no admitirá excepción alguna, salvo en virtud de una ley que respete su contenido esencial, y dentro de los límites razonables y necesarios para la salvaguardia de una sociedad democrática».

⁶⁶ Apartado V: «Ninguna disposición de la presente Constitución podrá interpretarse en el sentido de que restringe la protección ofrecida por el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho internacional».

⁶⁷ Apartado X: «Ninguna disposición de la presente Constitución podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno a desarrollar actividades o realizar actos destinados a limitar o suprimir los derechos y libertades proclamados en la misma».

tutivo de la Comunidad Europea el artículo 13 (antiguo art. 6 A) relativo al principio de no discriminación⁶⁸, dentro de cuyas materias aparece incluida la religiosa y las creencias, además de las étnicas o raciales. La inclusión del mencionado precepto supone una ampliación del ámbito material del principio de no discriminación, y con ello también del campo de aplicación del Tratado, el cual proyectará a partir de ahora igualmente su acción en estos sectores⁶⁹.

Por lo que a la libertad de conciencia se refiere, cabe precisar que el reconocimiento expreso del principio de no discriminación por motivos religiosos y de creencias supone la existencia de una violación o quiebra del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que actúa a través de un trato comparativo o relacional de una persona respecto de otras por razones de religión, de creencias o de convicciones. El trato diferenciado del individuo no es así más que el vehículo que porta el verdadero elemento característico de la discriminación ilícita, y éste no es otro que la violación del derecho fundamental a la libertad de conciencia y religiosa. En consecuencia, cabe precisar que con el artículo 13 del TCE, al vedarse la discriminación religiosa y de convicción, lo que se está garantizando no es otra cosa que la observancia del derecho fundamental reconocido en el artículo 9⁷⁰ de la Convención Europea sobre la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, por lo que la cuestión de fondo es aquí más que un problema de igualdad, un problema de libertad, constituyéndose, en consecuencia, la igualdad en fundamento genérico de la libertad⁷¹.

⁶⁸ Art. 13 TCE: «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». El subrayado es mío.

⁶⁹ Cfr. UK COMMISSION FOR RACIAL EQUALITY-GROUPE LIGNE DE DÉPART: *Mesures législatives pour lutter contre le racisme et promouvoir l'égalité des droits dans l'UE*, Londres, 1998, pp. 22-23.

⁷⁰ Art. 9 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos».

Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, vol. II (1986), pp. 403-496; RYSSDAL, R.: «Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights», en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada 1998, pp. 87-93.

⁷¹ Cfr. MARGIOTTA BROGLIO, F.: «La tutela della libertà religiosa nell'Unione Europea», en CASTRO JOVER, A. (ed.): *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999, pp. 70-72.

Dentro del ámbito de desarrollo derivado del artículo 13 del TCE, la Comisión ha propuesto una serie de medidas con el objeto de definir un marco jurídico de lucha contra las discriminaciones. En este contexto, la Comisión ha adoptado, además de un programa de acción ⁷² la elaboración de un aparato legislativo integrado por dos proyectos de Directivas destinadas a garantizar, por un lado, la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico ⁷³ y, por otro, la igualdad de trato en materia de empleo y de trabajo ⁷⁴. Estos dos proyectos han visto la luz a lo largo del año 2000 dando lugar a sendas Directivas, la primera ⁷⁵ de las cuales tiene por objeto la protección de la igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, para lo cual prohíbe toda discriminación, tanto directa como indirecta, así como el acoso por motivos de raza u origen étnico ⁷⁶ en los ámbitos esencialmente de las relaciones de trabajo, de las políticas sociales y de la educación, tanto respecto del sector público como del privado, incluidos los organismos públicos ⁷⁷, pero no así las acciones posi-

⁷² Programa de Acción contra la Discriminación (2001-2006), propuesta de la Comisión Doc. COM (1999) 567 final CNS99/0251 (DOCE núm. C 116, de 26 de abril de 2000).

⁷³ COM (1999) 566 final CNS99/0253 (DOCE núm. C 166, de 26 de abril de 2000).

⁷⁴ COM (1999) 565 final CNS99/0252 (DOCE núm. C 166, de 26 de abril de 2000).

⁷⁵ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. L 180, de 19 de julio de 2000, p. 22).

⁷⁶ Art. 2. «Concepto de discriminación:

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “principio de igualdad de trato” la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico.

2. A efectos del apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en sentido comparable;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

4. Toda orden de discriminar a personas por motivos de su origen racial o étnico se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1».

⁷⁷ Art. 3. «Ámbito de aplicación:

1. Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

vas adoptadas con el objetivo de garantizar la igualdad de forma plena y real ⁷⁸.

En cuanto a la segunda de las Directivas ⁷⁹, la misma tiene por objeto la tutela del derecho a la igualdad de trato a través de la ausencia de cualquier tipo de discriminación ⁸⁰, ya sea directa o indirecta ⁸¹, en el ámbito

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;
- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;
- d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas
- e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria;
- f) las ventajas sociales;
- g) la educación;
- h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda:

2. La presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas».

⁷⁸ Art. 5. «Acción positiva.

Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto».

⁷⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000).

⁸⁰ Art. 1. «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

⁸¹ Art. 2. «Concepto de discriminación:

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con



exclusivo de las relaciones de trabajo ⁸², entendiendo por tal el trato desfavorable de una persona frente a otra, salvo los actos o medidas que «los

una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

- i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que
- ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

4. Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.»

⁸² Art. 3. «Ámbito de aplicación:

1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;
- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;
- d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

2. La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas.

3. La presente Directiva no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social.

4. Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las Fuerzas Armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad».

Estados miembros [puedan mantener o adoptar] destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionales» padecidas por las personas por motivos, entre otros, religiosos o de sus convicciones (art. 7.1), o bien las disposiciones más favorables que «*los Estados miembros [puedan] adoptar o mantener para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva»* (art. 8.1). Se pretende de este modo garantizar la igualdad de trato, entre otros, por motivos religiosos o ideológicos en el acceso al empleo o la ocupación (art. 1), por cuenta ajena o propia, incluidas la promoción y formación profesionales, las condiciones de trabajo y la pertenencia a determinadas organizaciones profesionales (art. 3), con dos únicas excepciones: cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, la religión o las convicciones constituyan una exigencia profesional genuina (art. 4.1), la primera, y cuando se trate de actividades profesionales que tengan una relación directa y esencial con el objeto de las llamadas empresas de tendencia (art. 4.2)⁸³, la segunda⁸⁴.

⁸³ Art. 4. «*Requisitos profesionales:*

1. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

2. Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho Comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo.

Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización».

⁸⁴ En relación con el ejercicio del derecho de libertad de conciencia en el Derecho Laboral Comunitario, *vid.* MURILLO, M.: «Tratamiento jurídico-comunitario de algunas cuestiones de Derecho Eclesiástico: Derecho Laboral», en *La armonización legislativa...*, vol. II, *op. cit.*, pp. 147-164.



La aprobación de las presentes Directivas supone, sin lugar a dudas, el desarrollo derivado de carácter normativo más importante y trascendente en la materia objeto de análisis, y ello a pesar de que su alcance se circunscribe esencialmente al ámbito laboral y de la formación profesional.

Junto a ello, debe igualmente hacerse referencia a dos actos normativos no vinculantes, pero de especial relevancia en la materia que nos ocupa, como son la Declaración número 11 anexa al presente Tratado, relativa al Estatuto de las Iglesias y de las Organizaciones no Confesionales, el primero, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el segundo. En el primero se realiza una declaración de principios del tenor siguiente:

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

Aunque la misma no supone vinculación jurídica alguna para los Estados miembros, sí apunta una línea tendencial de los mismos y, sobre todo lo que resulta más trascendente, de la Unión Europea para el futuro en la materia. Línea con la que nos mostramos identificados, ya que se parte de una visión generalista de la cuestión y no partiendo de la especie como resultaría, a nuestro entender, la referencia única a las organizaciones religiosas ⁸⁵.

En esta misma línea programática aún en favor del reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea, cabe señalar que en la Cumbre del Consejo Europeo de Colonia, celebrada el 4 de junio de 1999, se decidió la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A tal efecto, se constituyó una «Convención» encargada de redactar el correspondiente proyecto, cuyo texto definitivo ha sido aprobado por la reciente Cumbre del Consejo Europeo, celebrada en Niza, los días 7 a 10 de diciembre de 2000 ⁸⁶.

⁸⁵ Un estudio más profundo de esta Declaración en CASTRO JOVER, A. (ed.): *Iglesias, confesiones...*, op. cit., pp. 70 y ss.

⁸⁶ En relación a la misma, vid. ALONSO GARCÍA, R.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 209 (2000), pp. 3-17; FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección», en *Gaceta Jurídica*, núm. 214 (2001), páginas 15-30; PI LLORENS, M.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centre Estudis Internacionals/Universitat de Barcelona, Barcelona 2000; RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 192 (2001), pp. 9-20; SOUTO PAZ, J. A.: «Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 61(2001), pp. 63 y ss.

En cuanto a la estructura de la Carta, cabe señalar que la misma está dividida en siete bloques (o capítulos), a saber: «dignidad», «libertades», «igualdad», «solidaridad», «ciudadanía», «justicia» y «disposiciones generales». Y por lo que al derecho de libertad de conciencia respecta, éste encuentra su reconocimiento expreso en el artículo 10⁸⁷, aunque a efectos del establecimiento de su alcance material el mismo no agota su contenido, haciendo necesario su conexión con otras materias y derechos contenidos asimismo en la Carta, y en concreto la dignidad humana (art. 1)⁸⁸, el derecho a la vida (art. 2)⁸⁹, la integridad física y psíquica, en especial en el campo de la medicina y la biología (art. 3)⁹⁰, las prohibiciones de la tortura, los tratos inhumanos o degradantes, la esclavitud y los trabajos forzados (arts. 4⁹¹ y 5⁹²) el respeto de la vida privada y familiar (art. 7)⁹³, la protec-

⁸⁷ Art. 10:

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

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

⁸⁸ Art. 1.º: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.»

⁸⁹ Art. 2:

«1. Toda persona tiene derecho a la vida.

2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.»

⁹⁰ Art. 3:

«1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.

2. En el marco de la medicina la biología se respetarán en particular:

– El consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley.

– La prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas.

– La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.

– La prohibición de la donación reproductora de seres humanos.»

⁹¹ Art. 4: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

⁹² Art. 5:

«1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

3. Se prohíbe la trata de seres humanos.»

⁹³ Art. 7: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones».



ción de los datos personales (art. 8) ⁹⁴, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 9) ⁹⁵, las libertades de expresión y de información (art. 11) ⁹⁶, los derechos de reunión y asociación (art. 12) ⁹⁷, la libertad de cátedra (art. 13) ⁹⁸, el derecho a la educación (art. 14) ⁹⁹, el derecho de asilo (art. 18) ¹⁰⁰, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación (arts. 20 ¹⁰¹ y 21 ¹⁰²), el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüísti-

⁹⁴ Art. 8:

«1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.»

⁹⁵ Art. 9: «Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio

⁹⁶ Art. 11:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo».

⁹⁷ Art. 12:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.»

⁹⁸ Art. 13: «Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra».

⁹⁹ Art. 14:

«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.»

¹⁰⁰ Art. 18: «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea».

¹⁰¹ Art. 20: «Todas las personas son iguales ante la ley».

¹⁰² Art. 21:

«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.

ca (art. 22)¹⁰³, los derechos del menor (art. 24)¹⁰⁴, las condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)¹⁰⁵ y la conciliación entre vida familiar y vida profesional (art. 33)¹⁰⁶.

La relación entre la estructura y los derechos reseñados permite señalar como dentro del capítulo relativo a la «dignidad» aparecen incluidos los derechos contenidos en los artículos 1 a 5, los integrantes de los artículos 7 a 14 forman parte de los «derechos de libertad», dentro del ámbito de «igualdad» están contenidos los derechos de los artículos 20 a 24 y, por último, los derechos de los artículos 31 y 33 se integran dentro del bloque relativo a la «solidaridad».

El derecho de la libertad de conciencia aparece, pues, reconocido formando parte de las «libertades», habiéndose optado de este modo por un concepto clásico de derecho frente a los poderes públicos. Su redacción resulta una de las más amplias dadas al contenido de este precepto a lo largo de la elaboración de la Carta en sus distintos proyectos, así como si se compara con anteriores catálogos de derechos humanos a los que se ha ido haciendo referencia *supra*, acercándolo –e incluso superándolo en materia de objeción de conciencia– al artículo 9 de la CEDH. Debe destacarse por la

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.»

¹⁰³ Art. 22: «*La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística*».

¹⁰⁴ Art. 24:

«1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.»

¹⁰⁵ Art. 31:

«1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad

2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.»

¹⁰⁶ Art. 33:

«1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.

2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.»

novedad que ello representa a nivel de un instrumento internacional, la inclusión en la redacción final de la Carta del apartado 2 del artículo 10 y con él se incorpora el reconocimiento y la garantía del derecho a la objeción de conciencia como contenido del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, aunque con la limitación de la previa existencia de una *legislatio interpositio* a nivel de los Estados miembros.

Igualmente debe señalarse, en este momento, que el valor normativo de la Carta es el de un texto meramente declarativo, ya que no existe por parte de los Estados miembros una unanimidad en dotarla de un carácter vinculante¹⁰⁷. En la propia Carta se dispone, en su artículo 51, apartado 2, que la misma «(...) *no crea ninguna competencia ni ninguna misión para la Comunidad ni para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados*». En esta línea, cabe señalar que queda igualmente por resolver la cuestión relativa al control judicial, y en concreto el derecho de acceso de las personas al Tribunal de Justicia, así como las relaciones entre el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el sistema jurídico comunitario¹⁰⁸, y de modo específico el que pueda surgir de la aplicación de la presente Carta en el caso de ser ésta vinculante, y de éstos con los tribunales internos de los Estados miembros¹⁰⁹. No obstante, entre los mecanismos de protección debe ser destacado el derecho de «*todo ciudadano de la Unión o [de] toda persona (...) que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro (...) a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones*

¹⁰⁷ La opción por un valor declarativo de la Carta ha sido adoptado en la reciente Cumbre del Consejo Europeo, celebrada en Niza los días 7 a 10 de diciembre de 2000.

¹⁰⁸ Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, E.: «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TICE de 28 de marzo de 1996)», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1996/3, pp. 817-838; FERNÁNDEZ SOLA, N.: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 144 (1997), pp. 41-53; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Les droits fondamentaux et la revision du Traité sur l'Union européenne», en *Cahiers de droits européen*, 1996, pp. 607-612; RODRÍGUEZ, A.: «La falta de competencia de la Comunidad Europea, en el estadio actual del Derecho Comunitario, para la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos», en *Comunidad Europea, Aranzadi*, núm. 5 (1996), pp. 31-34; SCHUTER: «L'adhesion de la communauté á la convention européenne des droits de l'homme», en *Cahiers de droits européen*, 1996, pp. 556-606.

¹⁰⁹ Cfr. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales», en *Revista de Derecho Europeo Comunitario*, vol. 1 (1997/2), páginas 329-376.

u órganos comunitarios» (art. 43) que puedan incidir en el ejercicio de los mencionados derechos fundamentales o con la propia protección y tutela de los mismos por parte de dichos organismos ¹¹⁰, siempre y cuando se aplique el Derecho de la Unión (cfr. 51.1). Asimismo, y siempre que se den los mismos requisitos que en el caso anterior respecto a la persona legitimada, queda garantizado el derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 44).

5. La aprobación, finalmente, del Tratado de Niza ¹¹¹ ha supuesto para nuestra materia la inclusión de un apartado 2 a incorporar al artículo 13 del TCE ¹¹². En dicho apartado 2 se dispone que:

«No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251.»

La incorporación de este apartado supone la inclusión de esta materia dentro del principio de la codecisión y de mayoría cualificada, pero sólo en acciones de apoyo, o mejor de estímulo a las medidas adoptadas previamente por los Estados miembros, sin que en ningún caso dichas actividades puedan suponer medidas de armonización, normas comunes o principios generales que rijan la presente materia. En esencia cabe afirmar que se está en presencia de una materia regida por el principio de la subsidiariedad tanto formal como materialmente. Y que desde el punto de vista formal, las acciones de fomento que al efecto puedan ser tomadas deberán hacerse de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del TCE, y sólo para este tipo de medidas por lo que para la aprobación de otras medidas seguirá en vigor el principio de la unanimidad.

¹¹⁰ A este respecto, se debe precisar que del mencionado control aparecen excluidos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia, siempre que se produzca dentro del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (art. 43).

¹¹¹ Este Tratado no ha entrado aún en vigor.

¹¹² En el artículo 67 del TCE se ha añadido también el apartado siguiente que puede tener alguna relevancia en la materia, a saber:

«5. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:

(...) - las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia.»

3.2 Proceso jurisprudencial de formación

Frente al reseñado desarrollo minimista producido en el ámbito normativo del ordenamiento jurídico comunitario donde la libertad de conciencia no ha pasado de ser un principio meramente programático de actuación, debe mencionarse la actividad pretoriana desplegada por el TJCE donde el reseñado derecho ha encontrado un desarrollo y, sobre todo, una garantía y tutela mucho más trascendente¹¹³. A este respecto, y por lo que respecta al proceso de reconocimiento del derecho a la libertad de conciencia y religiosa en el ámbito de la Unión Europea, cabe señalar que aunque la cuestión del culto, sobre todo desde el punto de vista de sus límites, tuvo su reflejo en un asunto precedente ante el Tribunal de Justicia, el caso *Van Duyn* de 4 de diciembre de 1974¹¹⁴, el presente derecho no se puede entender abordado y propiamente reconocido por el TJCE hasta la sentencia de 27 de octubre de 1976, relativa al caso «Prais»¹¹⁵.

1. En el primero de los asuntos mencionados se aborda el caso de la señora Van Duyn, de nacionalidad holandesa, quien se desplaza a Gran Bretaña a realizar actividades de secretaria en un centro de la «religión» a la que ella misma pertenece. Dicha «religión» es la Cienciología, motivo por el cual el citado Estado le impide la entrada en su territorio alegando motivos de orden público. Obligada a volver a Holanda, la señora Van Duyn impugnó ante los tribunales británicos la decisión adoptada entendiéndose que se había infringido el artículo 48 [vigente art. 39] del TCE. La justicia británica planteó entonces ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a través de una cuestión prejudicial, el alcance del derecho a la libre circulación y sobre todo sus límites; en concreto, una de las cuestiones que se suscitó fue la siguiente: «si la adhesión de un ciudadano

¹¹³ Respecto a la actividad desarrollada por el TJCE en materia de derechos humanos, *vid.* DÍEZ DE VELASCO, M.: «La declaración de los derechos y libertades fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Estudios en homenaje al Profesor A. Ferrer-Correia*, Coimbra 1991, pp. 428 y ss.; MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Ed. Cívitas, Madrid 1993, pp. 109 y ss.; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1993, pp. 201-224.

¹¹⁴ STJCE de 4 de diciembre de 1974 (*Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1974, páginas 1337-1353).

¹¹⁵ *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1977, vol. II, pp. 1589-1611.

comunitario a una asociación determinada podría, por si misma, constituir un "comportamiento personal" capaz de justificar medidas restrictivas de la libertad de circulación». Cuestión a la que el Tribunal de Justicia responde de manera afirmativa ¹¹⁶, precisando que

«il faut donc repondre a la question posée que l'article 48 du Traité CEE et l'article 3, paragraphe Jer, de la Directive 64/221 doivent etre interpretés en

¹¹⁶ Por su importancia reproducimos, excepto el reproducido en el texto, todos los argumentos utilizados por el Tribunal en relación a esta cuestión:

«16. *Attendu que, par la troisième question, la Cour est invitée a dire si l'article 48 du Traité et l'article de la Directive 64/221 doivent etre interpretés en ce sens que "lorqu'il executé son obligation de fonder exclusivement la mesure qu'il prend pour des raisons d'ordre public sur le comportement personnel de la personne interessée, un Etat membre a le droit de considerer comme relevant de ce comportement personnel*

a) *le fait que cette personne est ou a été affiliée a un group ou a une organisation dont les activités sont considerées par l'Etat membre comme contraires a l'interet généra, mais ne sont pas interdites par la legislation de cet Etat;*

b) *le fait que la personne interessée envisage d'exercer une activité dans cet Etat membre dans le cadre d'un tel groupe ou organisation, alors qu'aucune restriction n'est imposée aux ressortissants dudit Etat membre qui souhaitent exercer une activité analogue auprès d'un tel groupe ou organisation*

17. *A tendu qu'a cet egard il faut d'abord examiner si l'affiliation a un groupe ou a une organisation peut en soi constituer un comportement personnel au sens de l'article 3 de la Directive 64/221;*

Que, s'il est vrai qu'une affiliation qui á pris fin dans le passé ne saurait en général etre de nature a justifier que le benefice de la libre circulation a l'interieur de la Communauté soit refusé a l'interesse, il n'en reste pas moins qu'une affiliation actuelle, qui reflete une participation aux activités du groupe ou de l'organisation ainsi qu'une identification a ses buts et a ses desseins, peut etre considerée comme un acte volontaire de l'interesse et, des lors, comme faisant partie de son comportement personnel au sens de la disposition citée;

18. *Attendu que la question posée souleve ensuite le probleme de savoir quelle importance il faut attribuer au fait que les activités de l'organisation en question, qui sont considerées par l'Etat membre comme contraires a l'interet général, ne sont pas pourtant interdites par la legislation nationale;*

Qu'a cet egard, il convient de souligner que la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une derogation au principe fondamental de la libre circulation des travailleurs, doit etre entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait etre déterminée unilateralement par chacun des Etats membres sans controle des institutions de la Communauté;

Qu'il n'en reste pas moins que les circonstances specifiques qui pourraient justifier d'avoir recours a la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays a l'autre et d'une époque a l'autre, et qu'il faut ainsi, a cet egard, reconnaître aux autorités nationales competentes une marge d'appréciation sans les limites imposées par le Traité;

19. *Qu'il s'ensuit qu'un Etat membre, dont les autorités competentes ont nettement defini leur position a l'égard des activités d'une organisation déterminée en les caracterisant comme constituant un danger social, et qui ont pris des mesures administratives pour contrecarrer ces activités, ne saurait etre tenu, afin de pouvoir invoquer la notion d'ordre public de les faire interdire par la loi, si une telle mesure n'est pas jugée appropriée dans les circonstances;*

20. *Attendu que la question posée souleve enfin le probleme de savoir si un Etat membre, pour des motifs d'ordre public, est autorisé a s'opposer a ce qu'un ressortissant d'un autre Etat membre exerce, sur son territoire, une activité salariée au sein d'un groupe ou d'organisation alors qu'aucune restriction analogue n'est imposée a ses propres ressortissants;*

ce sent qu'un Etat membre, se prevalant des restrictions justifiées par l'ordre public, peut prendre en consideration, comme relevant du comportement personnel de l'interesse, le fait que celui-ci est affilié à un groupe ou une organisation dont les activités sont considerées par l'Etat membre comme constituant un danger social sans pourtant etre interdites, et celá meme si aucune restriction n'est imposée aux ressortissants de cet Etat qui souhaitent exercer une activité analogue à celle que le ressortissant d'un autre Etat membre envisage d'exercer dans le cadre de ces memes groupes ou organisation ¹¹⁷.»

En consecuencia, el Tribunal de Justicia acogió los argumentos del gobierno inglés quien se había amparado para tal denegación en el orden público nacional, sin entrar para nada en posibles cuestiones relacionadas con la libertad religiosa, tanto individual como colectiva.

2. Por su parte, en el segundo de los asuntos reseñados se plantea el caso de una mujer, la señora Vivien Prais, de religión judía, la cual se presenta a una plaza de traductora jurídica de la Comunidad. La Comisión establece como fecha para la realización de las correspondientes pruebas de acceso el viernes 16 de mayo de 1975, coincidiendo la misma —como hace saber la recurrente mediante escrito de 25 de abril de 1975 dirigido a la Comisión— con el primer día de la festividad de Pentecostés, lo que imposibilita a la señora Prais para realizar dicha prueba, salvo si viola el precepto religioso que le prohíbe la realización de cualquier actividad en dicha fecha. A pesar de este hecho y de lo que supone para la señora Prais, el Consejo se

21. *Attendu qu'a ce sujet le Traité, tout en consacrant le principe de la libre circulation des travailleurs sans discrimination entre les ressortissants des Etat membre, assort it, a l'article 48. paragraphe 3, les droits qui en decoulent d'une reserve visant les limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de securité publique et de santé publique;*

Que les droits assujettis a cette reserve comprennent entre autres, en vertu de la disposition citée, le droit de repondre a des emplois effectivement offerts, le droit de se deplacer a cet effet librement sur le territoire des Etats membres, et le droit de sejourner dans un des Etats membres afin d'y exercer un emploi;

Que la reserve mentionnée a donc pour effet que l'accès au territoire d'un Etat membre, et le sejour sur ce territoire, peuvent etre refuses a un ressortissant d'un autre Etat membre dans tous les cas ou la reserve est applicable;

22. *Que, d'autre part, un principe de droit international, que le Traité CEE ne peut pas etre cense meconnaitre dans les rapports entre les Etats membres, s'oppose a ce qu'un Etat refusé a ses propres ressortissants le droit d'avoir acces a son territoire et d'y sejourner;*

23. *Qu'il s'ensuit qu'un Etat membre, pour des raisons d'ordre public, peut, le cas echeant, refuser a un ressortissant d'un autre Etat membre le benefice du principe de la libre circulation des travailleurs en vue de l'exercice d'une activité salariée déterminée, alors meme qu'il n'impose pos une restriction analogue a ses propres ressortissants.»*

¹¹⁷ *Ibid*, fto. jco. 24.

niega a la modificación del día señalado, lo que tiene como consecuencia que si la Sra. Prais no se presenta se entiende que renuncia a sus derechos de examen. El Tribunal falló en contra de la señora Prais, pero no por entender que no le amparaba el derecho a la libertad religiosa, fundamentado jurídicamente en la garantía del artículo 9 del CEDH»¹¹⁸ sino porque no lo había manifestado en el momento de la solicitud o en cualquier otro momento posterior siempre que se produzca con la suficiente antelación para que no suponga un perjuicio para los demás candidatos. Más en concreto, el Tribunal de Justicia, después de analizar tanto los argumentos de la parte actora como los de la parte defensora, entiende que no cabe lugar a la reclamación realizada por la señora Prais sobre la base de la siguiente argumentación:

«(...) si la parte defensora [las Comunidades Europeas] está obligada a tomar todas las medidas razonables para evitar la organización de las pruebas en una fecha en la cual las convicciones religiosas le impedirían presentarse, cuando ella ha sido informada a tiempo de tal obstáculo procesal, se puede decir que en el caso en cuestión la parte defensora no ha sido informada, antes de que la fecha de las pruebas hubiese sido fijada, de que la recurrente se vería impedida de presentarse en ciertas fechas y que aquélla [la parte defensora] está en su derecho de rechazar la propuesta de otra fecha, dado que los otros candidatos ya habían sido convocados»¹¹⁹.

Y todo ello sobre la base del principio de igualdad¹²⁰, entendido éste a los efectos de concurso, como requisito que «*les apreuves aient lieu les*

¹¹⁸ El Tribunal de Justicia en casos anteriores ya había fundamentado sus sentencias en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en los instrumentos internacionales sobre la materia. Vid., a este respecto, la sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, caso Nord (*Requeil...*, 1974, p. 491).

¹¹⁹ *Ibid.*, funds. jcos. 18 y 19:

«18. *Que s'il est souhaitable que l'autorité investie du pouvoir de nomination s'informe, de façon générale, des dates qui pourraient ne pas convenir pour des motifs d'ordre religieux, et tache d'éviter de fixer les épreuves a de telles dates, on ne saurait, pour les raisons indiquées ci-dessus, considérer que le statut des fonctionnaires ou les droits fondamentaux déjà mentionnés font obligation a l'autorité investie du pouvoir de nomination d'éviter de méconnaître une obligation religieuse de l'existence de laquelle elle n'a pas été informée.*

19. *Que si la défenderesse est tenue de prendre toutes mesures raisonnables en vue d'éviter d'organiser des épreuves a une date a laquelle les convictions religieuses d'un candidat empêcheraient celui-ci de se présenter des lors qu'elle a été informée a temps de cet obstacle d'ordre confessionnel, il est permis de dire qu'en l'espece la défenderesse n'a pas été informée avant que la date des épreuves n'ait été fixée, de ce que la requérante serait empêchée de se présenter a certaines dates et qu'elle eût donc en droit de refuser de proposer une autre date, des lors que les autres candidats avaient déjà été convoqués.»*

¹²⁰ En relación con el principio de igualdad resultan especialmente relevantes por su conexión con la libertad de conciencia, aunque en estos casos relativos al sexo, las SSTJCE de 30 de abril de 1996,

mêmes conditions pour tous les candidats et dans le cas d'épreuves écrites, la nécessité pratique de comparer les travaux des candidats impose que ces épreuves soient les mêmes pour tous»¹²¹. Consiguientemente, cabe deducir *a sensu contrario* que si la recurrente hubiera hecho manifestación de sus creencias religiosas y hubiera informado a la autoridad investida del poder de nominación, ésta debería haberlo tenido presente, así como haber evitado en lo posible elegir fechas para la celebración de las pruebas que puedan suponer contradicción con imperativos de orden religioso¹²².

Sin embargo, no se agota con el presente asunto la jurisprudencia en materias relacionadas con la libertad de conciencia, sino que el mismo supone el punto de partida. A este respecto, baste con señalar que junto a los dos asuntos mencionados se puede hacer referencia esencialmente a otros tres casos, a saber: el asunto Steymann: sentencia de 5 de octubre de 1988¹²³; el asunto X c. Comisión: sentencia de 5 de octubre de 1994¹²⁴, y el asunto Reino Unido c. Consejo: sentencia de 12 de noviembre de 1996¹²⁵.

3. En el primero de los asuntos se aborda las actividades domésticas, de fontanería o comerciales, realizadas por el señor Steymann, de nacionalidad alemana, para la confesión que profesa, la Bhagwan, en los Países Bajos como una actividad de tipo profesional, toda vez que la misma atendió a su vez a las necesidades materiales del señor Steymann. El caso se planteó cuando, en 1984, el señor Steymann solicita un permiso de residencia en los Países Bajos para ejercer dichas actividades como asalariadas, lo que le fue denegado por entender que no ejercía tal actividad asalariada y no se le podían aplicar las normas comunitarias sobre libertad de circulación de trabajadores y establecimiento. El Tribunal de Justicia consi-

asunto C-13/94, caso P/S (*Recopilación...*, *op. cit.*, 1996, p. 1-2143) y de 17 de febrero de 1998, asunto C249/96, caso Grant contra South-West Trains Ltd. (*Recopilación...*, *op. cit.*, 1998, pp. 1-621).

¹²¹ *Ibid.*, fto. jco. 13.

¹²² *Ibid.*, fund. jco. 16: «*Que si un candidat informe l'autorité investie du pouvoir de nomination que des impératifs d'ordre religieux l'empêchent de se présenter aux épreuves a certaines dates, celle-ci doit en tenir compte et s'efforcer d'éviter de retenir de telles dates pour les épreuves*».

Cfr. CONTRERAS MAZARIO, J. M.: *La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo*, colección Documentación Jurídica núm. 70, Ministerio de Justicia, Madrid 1991. pp. 109-110; MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Ed. Civitas, Madrid 1993, p. 109.

¹²³ *Reçueil...*, 1988, pp. 6169-6175.

¹²⁴ *Recopilación de jurisprudencia...*, 1994, vol. 10, pp. 1-4789-93.

¹²⁵ *Recopilación de jurisprudencia...*, 1996, pp. 1-5755 y ss.

dera que la actividad en un grupo religioso o filosófico sólo puede entenderse comprendida dentro del marco del Derecho Comunitario si puede considerarse una actividad económica en el sentido del artículo 2 del TCE. En el presente asunto, el TJCE respondió de forma afirmativa a esta cuestión al entender que las actividades que se realizan si quedan comprendidas dentro del ámbito del precepto citado, «*en la medida en que tales trabajos, cuya finalidad es garantizar la independencia económica de la Comunidad Baghwan, constituyen un elemento esencial de la participación en la comunidad y las prestaciones otorgadas por ésta a sus miembros pueden considerarse contraprestación indirecta de dichos trabajos*»¹²⁶.

Debe matizarse, no obstante, que para que dichas actividades entren dentro del campo de acción del antiguo artículo 2 del TCEE es necesario que los trabajos sean reales y efectivos¹²⁷, «*y no ser de tal carácter que resulten meramente marginales y accesorios*»¹²⁸. Tras apreciar que dichos elementos se cumplen, el Tribunal de Justicia concluye afirmando que

«En tales circunstancias, procede responder a la primera cuestión que el artículo 2 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que constituyen actividades económicas las actividades que realizan los miembros de una comunidad basada en una religión u otra inspiración espiritual o filosófica en el marco de las actividades comerciales de dicha comunidad, en la medida en que las prestaciones realizadas por la comunidad a favor de sus miembros puedan considerarse contraprestaciones indirectas de actividades reales y efectivas¹²⁹.»

4. El segundo de los asuntos afecta al ámbito de la intimidad. Es el caso del Sr. X, al cual para su posible contratación por la Comisión en calidad de agente temporal (6 meses) con funciones de mecanógrafo se le solicita por la División «Carreras» de la Dirección General de Personal y de Administración que se someta a un examen médico. Dicho examen fue realizado por un médico asesor de la Comisión y consistió en la realización un examen clínico, completado por pruebas biológicas respecto de las cuales el Sr. X manifiesta su consentimiento. No obstante, el Sr. X manifestó su negativa a someterse a un examen de detección de anticuerpos VIH (SIDA) propuesto por el Servicio Médico. Realizado el examen clínico (dentro del

¹²⁶ *Reçueil...*, 1988, fto. jco. 11.

¹²⁷ STJCE de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81, caso Levin (*Reçueil...*, 1982, p. 1035).

¹²⁸ STJCE de 5 de octubre de 1988, fto. jco. 12.

¹²⁹ Fto. jco. 14.

cual se efectuaron unas determinadas pruebas de carácter biológico, en concreto «recuento linfocitario T4/T8», sin su consentimiento, ni conocimiento), el médico asesor emite un dictamen negativo en el que se llega a la conclusión de que carece de «la aptitud física necesaria para el ejercicio de las funciones de mecanógrafo», lo que motiva que el Jefe de la División «Carreras» comunique al Sr. X que su contratación no es posible.

El Tribunal de Primera Instancia (Sala 3.^a), en sentencia de 18 de septiembre de 1992¹³⁰, desestima el recurso presentado por el demandante al entender que

«[...] una extracción de sangre que tiene por objeto determinar la posible presencia de anticuerpos VIH atenta contra la integridad física del interesado y que ningún candidato puede ser sometido a la misma sin su consentimiento expreso. Sin embargo, la cuestión de cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrearía la negativa de un candidato a someterse a una prueba de detección de anticuerpos VIH que el médico asesor de una institución considerase necesaria, a la vista de la sintomatología clínica del interesado, con objeto de efectuar una apreciación médica sobre su aptitud física, constituye una cuestión diferente cuyo examen no corresponde al ámbito del presente litigio. En efecto, en el caso de autos, el demandante no ha demostrado que fue sometido, sin saberlo, a una prueba específica de detección del SIDA, ni que la Comisión le propusiese efectuar tal prueba como condición previa a su contratación. El demandante tampoco ha demostrado que fue sometido a una prueba indirecta de detección de anticuerpos VIH, puesto que las partes están de acuerdo en que la prueba hematológica de que se trata, a saber, el recuento de los linfocitos T4 y T8, no es apropiada para determinar la existencia de una posible seropositividad. Por último, es necesario añadir que en el caso concreto, habida cuenta de las anomalías puestas de relieve con ocasión de la anamnesis y del examen clínico, el médico asesor podía legítimamente solicitar que se practicase dicha prueba¹³¹.»

Sometida la cuestión al Tribunal de Justicia mediante recurso de casación, éste falla a favor del demandante, entendiendo que

«(...) el derecho al respeto de la vida privada [que comprende el derecho a mantener secreto su estado de salud¹³²] exige respetar la negativa del interesado en toda su extensión. Dado que el recurrente se había negado expresamente a someterse a una prueba de detección del SIDA, el mencionado derecho se oponía a que la administración realizara cualquier tipo de prueba que

¹³⁰ *Recopilación de Jurisprudencia*, 1992, asuntos acumulados T-121/89 y T-13/90, vol. II, p. 2195.

¹³¹ *Ibid.*, fto. jco. 58.

¹³² STJCE de 5 de octubre de 1994, fto. jco. 17.

permitiera sospechar o comprobar la existencia de dicha enfermedad, cuya revelación había rehusado aquél. Ahora bien, de las comprobaciones efectuadas (...) se sigue que el análisis linfocitario de que se trata proporcionó al médico asesor indicios suficientes para llegar a la conclusión de que era posible que el candidato fuera portador del virus del SIDA»¹³³.

Dicha jurisprudencia se muestra a favor de una protección del derecho a respetar la vida privada (y familiar) en sentido amplio¹³⁴ y, en íntima conexión con él, podemos entenderlo referido a los derechos a no declarar sobre la religión, las ideas, las creencias o las convicciones propias. En este sentido, entendemos que a los efectos laborales deben resultar intrascendentes todos aquellos elementos que nada tengan que ver con la actividad a desarrollar por el trabajador, por lo que en la mayoría de las ocasiones las ideas, las creencias, las convicciones o la vida privada (y dentro de ellas, el estado de salud o la condición o estatuto personal) deben resultar elementos ajenos a toda valoración de la aptitud de una persona en la fase precontractual así como en la contractual¹³⁵.

5. El tercero de los casos citados hace referencia a la Directiva 93/104 del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹³⁶, dentro de la cual se reconoce el derecho al descanso semanal (art. 5). Pues bien, dentro de este precepto, en su párrafo 2 se dispone que «*el período mínimo de descanso semanal incluye, en principio, el domingo*», párrafo que resultó impugnado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para quien «*no existen datos científicos satisfactorios que puedan justificar las obligaciones generales de prever pausas de descanso cuando el tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas (artículo 4), de establecer un período mínimo de descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas a las que se*

¹³³ *Ibid.*, fto. jco. 23.

¹³⁴ En relación con la realización de las pruebas de VIH en España, *vid.* Orden de 24 de junio de 1987, sobre pruebas de detección anti-VIH en materia de obtención, extracción, trasplante, injerto o implantación de órganos humanos (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1987). Y respecto a las donaciones de sangre, *vid.* Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, por el que se determina con carácter general los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre (BOE núm. 276, de 20 de noviembre de 1993), en especial artículos 7, 8 y 29.

¹³⁵ A favor de la relación de proporcionalidad y adecuación entre la solicitud de datos personales y el uso de los mismos, *vid.* artículo 6.1,b) y, c) de la Directiva 95/46/CE. Para estudio más en profundidad de esta sentencia, *vid.* CONTRERAS MAZARÍO, J. M.: «Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales», en *Derechos y Libertades*, núm. 9 (2000), pp. 189-223.

¹³⁶ DOCE núm. L 307, 1993, pp. 18 y ss.

añadirán las once horas de descanso diario habituales (párrafo primero del artículo 5), de incluir, en principio, el domingo en dicho período mínimo de descanso (párrafo segundo del artículo 5) (...)» (apartado 32).

El Tribunal de Justicia, en sentencia de 12 de noviembre de 1996 (asunto C84/94)¹³⁷, asumió las pretensiones del demandante y anula el citado párrafo segundo del artículo 5 de la mencionada Directiva, al considerar que

«si bien la cuestión de la posible inclusión del domingo en el período de descanso semanal efectivamente se ha dejado, en definitiva, a la apreciación de los Estados miembros, habida cuenta, en particular, de la diversidad de factores culturales, étnicos y religiosos en los diferentes Estados miembros (párrafo segundo del artículo 5, en relación con el décimo considerando), no es menos cierto que el Consejo no logró explicar por qué el domingo, como día de descanso semanal, tiene una relación más importante con la salud y la seguridad de los trabajadores que otro día de la semana¹³⁸.»

6. Ahora bien, esta actividad pretoriana ha podido llevarse a cabo toda vez que las cuestiones de litigio se han suscitado dentro del marco material relativo a la aplicación o interpretación del Derecho Comunitario tal y como se establece en el artículo 220 del TCE (antiguo art. 164), a su configuración como principios generales del Derecho de conformidad con el artículo 288 del TCE (antiguo art. 215) y siempre a través de procedimientos previstos con carácter general en los Tratados.

Siguiendo a Escobar Hernández, puede afirmarse que el Tribunal de Justicia ha articulado un sistema de protección de los derechos fundamentales, y que nosotros entendemos aplicables por extensión a la libertad de conciencia, cuyos rasgos característicos la autora los concretas en los siguientes:

«i) sólo es operativo a partir de una conexión comunitaria, concretada en un acto jurídico impugnado ante el TJCE;

ii) como regla, no es posible su utilización cuando la presunta violación de un derecho fundamental como consecuencia de la aplicación de una norma comunitaria sea el resultado de un concreto acto de aplicación imputable de manera individualizada a uno de los Estados miembros, en cuyo caso la competencia para ejercer la garantía del derecho en cuestión corresponderá a las jurisdicciones nacionales y habrá de ejercerse a través de los sistemas procesales del Estado miembro afectado;

¹³⁷ Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal, 1996, pp. 1-5755 y ss.

¹³⁸ Fto. jco. 39.

iii) *los derechos protegibles a través de este sistema son identificados caso por caso por el TJCE, a partir de una interpretación sistemática del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por los Estados miembros, así como de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros;*

iv) *el alcance de los derechos protegibles es definido por el TJCE, que a tal fin ha consagrado un principio de autonomía interpretativa conforme al cual los mencionados derechos no han de interpretarse únicamente a la luz del significado dado a los mismos por las jurisdicciones estatales e internacionales competentes, sino también teniendo en cuenta criterios propios del Derecho Comunitario y, en especial, el papel que tales derechos desempeñan dentro de este sistema*¹³⁹.

4. LA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES RELIGIOSAS Y FILOSÓFICAS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MINORÍAS

1. Con relación al estatuto de las confesiones religiosas y las relaciones de éstas con los poderes públicos, cabe señalar que tanto los Estados miembros como la propia Unión Europea parecen haber optado por considerar dicha temática de competencia de los Estados, salvaguardado en este sentido las respectivas identidades culturales de los Estados miembros, pero proclamando al mismo tiempo una identidad europea propia.

A este respecto, puede resultar ilustrativo la posición mantenida por algunos Estados miembros de la Unión Europea a la hora de ratificar el Convenio-Marco del Consejo de Europa sobre la Protección de las Minorías Nacionales¹⁴⁰ han efectuado reservas con la finalidad de predeterminar lo que a nivel interno se va a entender por «minoría nacional»¹⁴¹. En este

¹³⁹ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Derechos humanos y Unión Europea», en DÍEZ DE VELASCO, M. (ed.): *La Unión Europea tras la reforma*, Universidad de Cantabria/Parlamento de Cantabria, Santander 2000, pp. 91-92.

¹⁴⁰ Aprobado por la Asamblea Parlamentaria de Europa el 1 de febrero de 1995. Ratificado por España por Instrumento de 1 de septiembre de 1995 (BOE núm. 20, de 23 de enero de 1998; corrección de errores: BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1998). Su entrada en vigor internacional y para España se ha producido el 1 de febrero de 1998.

¹⁴¹ Para un estudio en profundidad del presente Convenio-marco, *vid.*, por todos DÍAZ BARRADO, CASTOR: *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, Edisofer, Madrid 1999.

sentido, cabe destacar las posiciones, entre otras, de Alemania, en cuya Declaración realizada por su Representante Permanente, el 11 de mayo de 1995, se precisaba que

«El Convenio-Marco no contiene definición alguna de la noción de minorías nacionales. Corresponde pues a cada Parte Contratante determinar los grupos a los cuales la misma se aplicará tras la ratificación. En la República Federal de Alemania se consideran minorías nacionales los daneses de nacionalidad alemana y los miembros del pueblo zorbo de nacionalidad alemana. El Convenio-Marco se aplicará también a los grupos étnicos que residen tradicionalmente en Alemania, es decir, a los fisonos, sintis y gitanos (romanís) de nacionalidad alemana¹⁴².»

Mientras que una posición, sin embargo, más restrictiva se encuentra en la Declaración realizada por Dinamarca, el 22 de septiembre de 1997, al precisar que

«En relación con el depósito del Instrumento de Ratificación por Dinamarca del Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales se declara por la presente que el Convenio-Marco se aplicará a la minoría alemana de la Jutlandia meridional, que forma parte del Reino de Dinamarca.»

Llegándose, por último, a una posición extrema en la sustentada por Liechtenstein, en cuya Declaración de fecha 18 de noviembre de 1997, se establece que

«La Principauté de Liechtenstein déclare qu'il faut entendre notamment les articles 24 et 25 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 1er février 1995 en tenant compte du fait que des minorités nationales au sens de la Convention-cadre n'existent pas sur le territoire de la Principauté de Liechtenstein. La Principauté de Liechtenstein considère sa ratification de la Convention-cadre comme acte de solidarité en vue des objectifs de la Convention»¹⁴³.

¹⁴² Una posición muy próxima a la alemana, aunque no se trata de un país de la Unión, ha sido la mantenida por la República Yugoslava de Macedonia, en cuya Declaración de 10 de abril de 1997, ha precisado que:

«Las disposiciones del Convenio marco para la protección de las minorías nacionales serán aplicadas a las minorías nacionales albanesas, turca, valaca, gitana (romaní) y serbia que viven en el territorio de la República de Macedonia.»

¹⁴³ Una posición muy similar es la mantenida por Malta, uno de los países candidatos a entrar en la Comunidad, en cuya Declaración, de 10 de febrero de 1998, se señala que:

«Le Gouvernement de Malte se réserve le droit de ne pas être lié par les dispositions de l'article 15 tant que celles-ci entraînent le droit de vote ou de candidature à une élection, soit à la Chambre des Députés soit aux Conseils Locaux.»

Ahora bien, aunque el citado Convenio-Marco no ofrece un concepto expreso de minoría, ello no debe entenderse que se opere sobre una simple quimera. Existe toda una práctica, que desde una posición pragmática permite identificar un conjunto de elementos sobre los que se puede construir la presente noción¹⁴⁴. Más concretamente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1201 (1993), ha precisado que se trata de

«un grupo de personas en un Estado que:

- a) residen en el territorio de ese Estado y son ciudadanos suyos¹⁴⁵;
- b) mantienen desde antiguo lazos firmes y duraderos con ese Estado¹⁴⁶;
- c) ostentan características distintivas de tipo étnico, cultural, religioso o lingüístico;
- d) es suficientemente representativo a pesar de que representen un número reducido en relación con el resto de la población del Estado o de una región del mismo)¹⁴⁷; y
- e) están motivados por el interés de preservar conjuntamente aquello que constituye su identidad común, incluyendo su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.»

Desde este planteamiento, se podría afirmar que en el ámbito del Consejo de Europa la definición de minoría parece quedar circunscrita a la preexistencia de un grupo de ciudadanos (nacionales) del Estado que, manteniendo desde antiguo lazos firmes y duraderos con ese país y siendo suficientemente representativo a pesar de su número reducido en relación con el resto de la población del Estado o de una región del mismo, ostenta características culturales, étnicas, religiosas o lingüísticas distintas que tienen interés en preservar y desarrollar conjuntamente con los demás miembros del grupo¹⁴⁸.

Le Gouvernement de Malte déclare qu'il faut entendre notamment les articles 24 et 25 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 1er février 1995 en tenant compte du fait que des minorités nationales au sens de la Convention-cadre n'existent pas sur le territoire du Gouvernement de Malte. Le Gouvernement de Malte considère sa ratification de la Convention-cadre comme acte de solidarité en vue des objectifs de la Convention.»

¹⁴⁴ En relación con esa práctica, vid. DÍAZ BARRADO, C.: *La protección...*, op. cit., pp. 96-104.

¹⁴⁵ Dicho elemento supone una exclusión de los extranjeros del concepto minoría.

¹⁴⁶ Ello supone que se excluya del concepto minoría a los grupos de existencia reciente, y en consecuencia a personas pertenecientes de movimientos migratorios, o en el campo religioso, a los llamados «nuevos movimientos religiosos».

¹⁴⁷ Se excluye de este modo del concepto minoría a las mayorías dominadas.

¹⁴⁸ Un estudio comparado de la presente norma con la Declaración de las Naciones Unidas de 1992 relativa a los derechos de las personas pertenecientes a minorías, en CONTRERAS MAZARIO, J. M.: «La protección internacional de las minorías religiosas: algunas consideraciones en torno

Se opta así por un concepto estricto y restrictivo de minoría¹⁴⁹, por el que se pone de manifiesto no sólo un alto grado de desconfianza por parte de los Estados Partes en este tipo de normas como elemento eficaz en el reconocimiento y garantía de los derechos de las personas pertenecientes a estos colectivos, sino más bien su consideración como precursora de posibles futuros conflictos y no como un «arma» para su solución¹⁵⁰.

Es más, la aplicación de este concepto tal y como se deduce de las declaraciones realizadas a los grupos religiosos sólo sería posible por referencia a las «minorías nacionales» en lo que podríamos denominar su «conexión étnica» o de «origen nacional», lo que supondría la exclusión *a priori* de todos aquellos grupos religiosos que tengan únicamente como elemento definidor del colectivo «lo religioso»¹⁵¹, ya que salvo en el caso de que las

a la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al Convenio-Marco sobre la protección de las minorías», en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV (1999), pp. 159-203.

¹⁴⁹ A favor de un concepto estricto, *vid.* ALFREDSON, G.: «Minority Rights and a New Word Order», en *Broadening the Frontiers of Human Rights. Essays in Honour of Asbjorn Eide*, Scandinavian University Press/Oxford University Press, Nueva York 1993, pp. 70-71; ANDRYSEK, O.: «Report on the Definition of Minorities», en *Netherlands Institute of Human Rights*. SIM, núm. 8 (1989), pp. 45 y ss.; DAES, E.I.: «Indigenous Peoples and States», en *Without Prejudice*, vol. II, núm. 2 (1989), pp. 44 y ss.; ERMACORA, F.: «The Protection of Minorities before the United Nations», en *Reçueil des cours de l'Académie de Droit International*, 1983/IV, pp. 247-370; MARIÑO, F.: «Protección de la minorías y Derecho Internacional», en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1994, pp. 160-191; ZAYAS, A.M.: «The International Judicial protection of Peoples and Minorities», en *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrech 1993, p. 253.

Mientras que a favor de una definición amplia, *vid.* BROWNLIE, I.: «Rights of Peoples in International Law», en *The Rights of Peoples*, Oxford University Press, Nueva York 1988, pp. 1-16; EIDE, A.: «National Sovereignty and Human Rights», en *Human Rights in Perspective. A Global Assessment*, Blackwell Publisher, 1993, pp. 17-18; THORNBERRY, P.: *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford University Press, Nueva York 1991, p. 395.

¹⁵⁰ A este respecto, debe destacarse la Declaración realizada, el 7 de mayo de 1999, por Bulgaria –aunque no se trata de un país miembro–, en la que se precisa que

«*Confirmant son adhésion aux valeurs du Conseil de l'Europe et son désir d'intégrer la Bulgarie dans les structures européennes, engagée dans la politique de protection des droits de l'homme et la tolérance envers les personnes appartenant à des minorités et leur pleine intégration à la société bulgare, l'Assemblée Nationale de la République de Bulgarie déclare que la ratification et la mise en oeuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales n'impliquent aucun droit de se livrer à une activité violant l'intégrité territoriale et la souveraineté de l'Etat bulgare unitaire, ainsi que sa sécurité interne et internationales.*»

¹⁵¹ Un concepto estricto y propio cabe deducirse de las Declaraciones realizadas por Estonia, el 6 de enero de 1997, y por Suiza, el 21 de octubre de 1998. En la Declaración de Estonia se señala que

«*La República de Estonia considera el término "minorías nacionales", que no está definido en el Convenio-Marco para la Protección de Minorías Nacionales, en este sentido: Se consideran "minoría nacional" los ciudadanos de Estonia que:*

- *Residen en territorio de Estonia;*
- *Mantienen vínculos antiguos firmes y duraderos con Estonia;*

minorías de origen nacional o étnico profesen una religión o creencias distintas a la profesada por la mayoría de la población no parece que dichos Estados contratantes entiendan igualmente protegidos por el Convenio-Marco a aquellos grupos religiosos en que no exista elemento nacional o étnico¹⁵². Se produce de este modo una identificación muy peligrosa, a nuestro entender, entre lo étnico y lo religioso, volviéndose de este modo a planteamientos que estuvieron presentes en muchos de los procesos de unificación de los países de la Europa Occidental (España, Inglaterra, Francia), y que tan graves consecuencias están teniendo actualmente —por poner algunos ejemplos cercanos— en la antigua Europa del Este (la Ex-Yugoslavia, Chechenia, etc.), al identificar la unidad nacional con la unidad religiosa.

Por el contrario, dichas declaraciones deben ser interpretadas, a nuestro entender, como complementarias y no como limitativas o restrictivas¹⁵³,

– *Se distinguen de los estonianos por sus características étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas;*

– *Están motivados por la preocupación de conservar en su seno sus tradiciones culturales, su religión o su lengua, que constituyen las bases de su identidad común.»*

Mientras que para Suiza,

«constituent (...) des minorités nationales au sens de la présente Conventions-cadre les groupes de personnes qui sont numériquement inférieurs au restant de la population du pays ou d'un canton, sont de nationalité suisse, entretiennent des liens anciens, solides et durables avec la Suisse et sont animés de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité comme une, notamment pour culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue.»

¹⁵² En este sentido resultan significativas las Declaraciones presentadas por Luxemburgo, el 18 de julio de 1995, y por Austria, el 31 de marzo de 1998. Luxemburgo, en su Declaración, precisa que

«(...) entiende como "minoría nacional" en el sentido del Convenio-Marco un grupo de personas instaladas desde hace muchas generaciones en su territorio, que tienen la nacionalidad luxemburguesa y que han conservado características distintas en el ámbito étnico y lingüístico.

Basándose en esta definición, el Gran Ducado de Luxemburgo quiere hacer constar que en su territorio no existen "minorías nacionales".»

Por su parte Austria precisa que

«La République d'Autriche déclare que le terme "minorités nationales" au sens de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales doit être compris comme désignant ces groupes qui entrent dans le champ d'application de la Loi sur les groupes ethniques (Volksgruppengesetz, Bulletin des lois fédérales núm. 396/1976) et qui vivent et ont eu traditionnellement leur domicile dans des régions du territoire de la République d'Autriche et qui sont composés de citoyens autrichiens de langue maternelle autre qu'allemande ayant leurs propres cultures ethniques.»

¹⁵³ Resulta relevante a este respecto reseñar la Declaración realizada por Rusia, el 21 de agosto de 1998, según la cual

«La Fédération de Russie considère qu'aucun n'est habilité à introduire unilatéralement dans les réserves et déclarations faites lors de la signature ou de la ratification de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales une définition du terme "minorité nationale", qui ne figu-



en este caso, del ámbito subjetivo de aplicación del Convenio-Marco. En esta línea, Díaz Barrado ¹⁵⁴ ha señalado que «(...) lo que no sería admisible es que, en razón de las mismas, se excluyera la aplicación del Convenio y, en consecuencia, se privase de los derechos que les corresponden a ciertas minorías nacionales que, pese a todo, reúnen los elementos objetivos para ser calificadas como tales», dentro de las cuales sin lugar a dudas deben ser incluidas las minorías religiosas. Por consiguiente, a juicio del citado autor «(...) las declaraciones [realizadas por algunos Estados miembros] enriquecen el contenido del Convenio pero, en ningún caso, podrían impedir, si se produjere la situación, [o] servir jurídicamente para no reconocer derechos o no aplicar el Convenio a grupos que, desde el prisma del propio Convenio, aunque sea implícitamente, entran con certeza en la categoría de minorías nacionales».

2. En el ámbito de la Unión Europea, y sobre todo a partir del Tratado de Amsterdam también se hace referencia a la salvaguarda de la identidad nacional de los Estados miembros ¹⁵⁵, en cuyo contexto se encuadra —a nuestro entender— la Declaración número 11 aneja al Tratado de la Unión Europea relativa al Estatuto de las Iglesias y de las Organizaciones no Confesionales, por la que esta Organización realiza la siguiente y significativa declaración de principio:

«La Unión Europea respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros.»

La interpretación, pero sobre todo las repercusiones que dicha Declaración puede tener en materia de modelo de relación entre el Estado y la libertad de conciencia resultan imprevisibles ¹⁵⁶, ya que aunque queda claro que no estamos en presencia de una materia comunitarizada, ni previsible-

re pas dans la Convention-cadre. De l'avis de la Fédération de Russie, les tentatives d "exclure du champ d'application de la Convention-cadre les personnes, qui résident de façon permanente sur le territoire d'Etats Parties à la Convention-cadre et qui ont été privées arbitrairement de la nationalité qu'elles avaient précédemment, sont contraires aux fins de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales.»

¹⁵⁴ MARIÑO, F.; DÍAZ BARRADO, C. y FERNÁNDEZ LIESA, C.: *La protección internacional de las minorías*, mecanografiado, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid 2000, (en prensa), Cap. IV, apartado B, punto 1.

¹⁵⁵ Cfr. artículo 6.3 TUE.

¹⁵⁶ Sobre esta Declaración, vid. CASTRO JOVER, A.: *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea*, Serv. Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao 1999, en especial páginas 77-95.

mente a corto plazo comunitarizable, sin embargo sí se realiza una puesta en común de que la misma quede en el ámbito interno de los Estados sin establecer limitación alguna. Ello puede tener su justificación en el hecho de que dentro de la Unión Europea conviven posiciones tan distintas y enfrentadas como las mantenidas, por ejemplo, por Francia y Grecia, o lo que es lo mismo la de un Estado laico junto a la de un Estado confesional¹⁵⁷. Pero lo que resulta más preocupante en esta materia es si sobre la base de esta Declaración podría aceptarse en un futuro la adhesión de un Estado teocrático. Pues bien, a nuestro entender en el caso que nos ocupa ello aparece matizado por el respeto de los derechos humanos como principio de la Unión¹⁵⁸, que exigiría el respeto a todo candidato del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y del derecho a la igualdad ante la ley, por el que se impide toda discriminación basada en motivos raciales, de opinión, religiosos o en la nacionalidad. Todo ello conectado además con el respeto a los principios democráticos y al Estado de Derecho¹⁵⁹.

En consecuencia, cabe afirmar que el límite a los modelos de relación confesionales o de otro tipo (Iglesias de Estado, Teocráticos, etc.) se encuentra en el respeto por parte de los Estados miembros de la Unión Europea del núcleo duro del derecho fundamental de libertad de conciencia (esto es, el derecho de elección, el derecho de profesión y el derecho de manifestación de las creencias o convicciones profesadas), por un lado, y al sistema democrático en tanto que forma de Estado, por otro. Partiendo de estos elementos podríamos afirmar la compatibilidad de los modelos de utilidad, como son los de los sistemas de Estado confesional o de Iglesia de Estado, pero no así los modelos de identidad, y esencialmente el sistema teocrático, por suponer graves dificultades de compatibilidad con un sistema de Estado democrático de Derecho¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Podría asimismo hacerse referencia a modelos de Iglesia de Estado en sentido estricto: Inglaterra, Finlandia y Dinamarca, o de transición: Suecia; e incluso distinguir dentro del modelo de neutralidad, a sistemas pluriconfesionales, como son Alemania Austria, Luxemburgo o Bélgica, de sistemas laicos amplios, como entre otros España, Holanda, Bélgica, Portugal, Irlanda o Italia. En relación con los distintos modelos de relación Estado-libertad de conciencia, *vid.*, por todos ROBERS, (Ed.): *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1996.

¹⁵⁸ En relación con la evolución de este principio, ver la Declaración común, de 5 de abril de 1977, del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales (DOCE núm. C 103/1, de 27 de abril de 1977), el párrafo del Preámbulo del Acta Unica Europea, el artículo F.2 del Tratado de Maastricht y el artículo 6 del Tratado de Amsterdam.

¹⁵⁹ Cfr. artículos 6.1 y 49 TUE.

¹⁶⁰ En este último caso sería de aplicación el artículo 7 TUE.



5. EXTRANJERÍA Y LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

En cuanto al ámbito *ad extra* y sobre el que recaen propiamente las políticas de inmigración, cabe señalar que con la aprobación del Tratado de Amsterdam se ha producido un proceso progresivo de comunitarización de la misma, esencialmente en lo relativo a las políticas de asilo y de refugio. Así, el artículo 2 del TUE dispone que

«La Unión tendrá los siguientes objetivos:

[...] – mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia».

A tal fin, en materia de cooperación policial y judicial, se encomienda a la Unión el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 29 TUE), al tiempo que en el TCE se ha incorporado con base en el binomio mercado interior-libertad de circulación un Título nuevo, el IV, relativo a las políticas de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (arts. 61 a 69).

Partiendo de estos objetivos, se pueden distinguir, a pesar de las medidas integradoras de la Cumbre de Tampere (y en especial en las Conclusiones de la Presidencia ¹⁶¹), dos niveles de actuación distintos, como son las situaciones de asilo y refugio, por un lado, y la de los trabajadores inmigrantes, por el otro.

3.2.1 En relación con la situación de los asilados y refugiados en la Unión Europea, cabe señalar que a partir del Tratado de Amsterdam, y por lo que a las definiciones de su estatuto corresponde, el Consejo deberá respetar, en el ejercicio de las competencias atribuidas en función del artículo 63, apartado 1, del TCE, lo previsto en el Convenio, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados [en adelante, CER], así como en su Protocolo anejo, de 31 de enero de 1967 ¹⁶².

¹⁶¹ Doc. SN 200/99.

¹⁶² Instrumento de adhesión de España de 14 de agosto de 1977 (BOE, núm. 252, de 21 de octubre de 1979). La Convención entró en vigor para España el 12 de noviembre de 1978 y el Protocolo el 14 de agosto de 1978.

La referencia explícita a la Convención de 1951 y a su Protocolo de 1969 tiene un especial significado por lo que se refiere a los derechos protegidos. Así, y por lo que respecta a la libertad de conciencia, se puede afirmar que la misma forma parte del contenido de los derechos reconocidos. Con relación a dicho derecho se establece la obligación para los Estados Parte de adoptar una posición favorable en materia de práctica religiosa, incluyendo dentro de la misma la materia relativa a la instrucción religiosa¹⁶³. Junto a ésta, otros dos derechos íntimamente relacionados con la misma son igualmente garantizados, como son el estatuto personal, dentro del cual adquiere especial relevancia la cuestión del matrimonio¹⁶⁴, y la educación¹⁶⁵.

Debemos, por último, hacer referencia al principio de prohibición de discriminación que encuentra pleno acomodo en un texto como el mencionado, y dado su contenido entendemos adecuado reproducir:

«Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen» (art. 3).

Se establece, pues, una obligación para los Estados miembros de la Unión, consistente en tutelar de manera efectiva el derecho de libertad de conciencia a todas aquellas personas que tengan el estatuto de refugiado o de asilado¹⁶⁶.

¹⁶³ Art. 4 CER: «Los Estados Contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos».

¹⁶⁴ Art. 12 CER: «2. Los derechos anteriormente adquiridos por cada refugiado y dependientes del estatuto personal, especialmente los derechos inherentes al matrimonio, serán respetados por todo Estado Contratante, siempre que el derecho de que se trate sea de los que habrían sido reconocidos por la legislación del respectivo Estado, si el interesado no hubiera sido refugiado».

¹⁶⁵ Art. 22 CER: «1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.

2. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas».

¹⁶⁶ A efectos de su ámbito subjetivo de aplicación cabe matizar que se trata de una figura no reservada únicamente a personas de terceros países o extracomunitarios, sino que su aplicación se extiende, para supuestos excepcionales, a nacionales de Estados miembros. Los supuestos excepcionales son tres y se refieren, de conformidad con el artículo único del Protocolo anejo al TCE por el tratado de Amsterdam, a solicitantes que sean nacionales de un Estado miembro que hayan adoptado medidas de suspensión del cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el artículo 15 de la Con-

3.2.2 Dentro de los inmigrantes de terceros países cabe hacer referencia a una distinción que resulta esencial como es la referente a la regularidad o no de estas personas en los países donde se encuentran, dando lugar a la doble figura de migrantes legales e ilegales. Esta distinción, que adquiere una especial importancia en materias tales como la circulación, la residencia o el establecimiento, no puede ser motivo objetivo o razonable cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de las personas, respecto de los cuales entendemos que existe un *mínimum* que debe ser protegido en el seno de la Unión como elementos integrantes de contenido esencial del concepto de persona humana¹⁶⁷. La cuestión entonces es determinar si dentro de ese contenido mínimo o esencial debe estar o no el derecho a la libertad de conciencia¹⁶⁸.

A este respecto, cabe afirmar que en los Tratados y Declaraciones internacionales más relevantes sobre derechos humanos —entre ellos, el Convenio Europeo en el que se inspira la Unión—, la libertad de conciencia se configura como un derecho de toda persona, no haciéndola depender en principio de la condición o situación de aquella en el Estado¹⁶⁹. No obstante, una vez más cabe precisar que no se está en presencia de un derecho absoluto, sino limitado, lo que posibilita el establecimiento de restricción con base en el orden público. El problema entonces es entender que dentro de este último se puede incluir o no la situación de irregularidad en que se encuentra la persona para justificar la no garantía de su libertad de conciencia. Pues bien, a nuestro entender la respuesta debe ser esencialmente negativa sobre todo cuando se trate de tutelar el ámbito interno de la conciencia, así como

vención Europea de Derechos Humanos; o de Estados contra los que el Consejo haya iniciado el procedimiento sancionatorio por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos (cfr. art. 7.1 TUE); o bien haya determinado ya la existencia de esa situación (cfr. 6.1 TUE).

Ahora bien, la solución adoptada para estos casos tiene carácter restrictivo, formulándose en los siguientes términos:

«d) si un Estado miembro así lo decidiera unilateralmente respecto de la solicitud de un nacional de otro Estado miembro; en este caso se informará inmediatamente al Consejo. La solicitud se atenderá basándose en la presunción de que es manifiestamente infundada sin que afecte en modo alguno, cualesquiera puedan ser los casos, a la facultad de toma de decisiones de dicho Estado miembro» (Protocolo anejo al TCE, artículo único, punto d).

En relación con esta cuestión, *vid* Declaración núm. 49 aneja al TUE por el Tratado de Amsterdam.

¹⁶⁷ Cfr. AKANDJI-KOMBE, J.-F.: «Les droits des étrangers et leurs sauvegarde dans l'ordre communautaire», en *CDE*, núm. 3-4 (1995), pp. 351-381.

¹⁶⁸ A favor, *vid*. VARONA MARTÍNEZ, G.: *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 1994, pp. 102-104.

¹⁶⁹ Cfr. artículos 18 de la DUDH, 18 del PIDCP y 9 del CEDH.

la libre formación de la misma. Una respuesta parcialmente distinta puede adoptarse cuando se trate de proteger las manifestaciones externas de dicha libertad, ya que en este caso puede entrar en juego las limitaciones establecidas en los artículos 39.3 y 46.1, pero siempre dentro de los argumentos interpretativos a los que ya nos hemos referido con anterioridad ¹⁷⁰.

Sentado este marco doctrinal, ha de señalarse que el mismo no ha sido objeto de recepción específica en el ordenamiento jurídico comunitario. Así, la libertad de conciencia y religión de los extranjeros no aparece recogida en las normas de dicho sistema, muy en especial en los Acuerdos de asociación celebrados por la Comunidad Europea con los terceros Estados ¹⁷¹. Por su parte, el TJCE tampoco se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre esta cuestión ¹⁷².

Pues bien, las soluciones adoptadas para uno y otro plano no sólo no responden a unos mismos planteamientos programáticos, sino que resultan muy diferentes. Lo que sin duda ha llevado a algunos autores a preguntarse si dicha diferencia tiene su fundamento en datos o elementos objetivos de racionalidad o si, por el contrario, en dicho trato diferente no está presente un cierto miedo o temor a perder nuestra propia identidad. Una identidad y una salvaguardia de la identidad europea, por cierto, cada vez más presente en muchos de los documentos e instrumentos de la Unión Europea ¹⁷³,

¹⁷⁰ Una posición abierta y amplia ha sido la adoptada por la Ley española de Extranjería: Ley núm. 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (*BOE* de 12 de enero de 2000), en especial en sus artículos 1 y 2. En cuanto a los derechos reconocidos, *vid.* artículos 3, 7, 8, 9, 16, 17 y 21.

¹⁷¹ La Comunidad Europea ha concluido múltiples acuerdos de asociación de forma bilateral con terceros países, entre los que destacan el celebrado con Turquía [en la actualidad en la Unión aduanera (1996)], con países que se encuentran en una preadhesión (Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Rumania) y, por último, los llamados acuerdos euromediterráneos entre la Comunidad y algunos países mediterráneos (Argelia, Marruecos, Túnez, entre otros); o bien de forma multilateral como, por ejemplo, el Convenio de Lomé IV celebrado entre la Comunidad y los países ACP (69 países de África, el Caribe y el Pacífico).

Cfr. CORTAZAR ROTAECHE, C.-J.: «Normativa aplicable a los nacionales de terceros países en la Unión Europea», en ADROHER, S. (ed.): *La inmigración. Derecho español e internacional*, Bosch Casa editorial, Barcelona 1995, pp. 59-86

¹⁷² En cuestiones relativas al reconocimiento de determinados derechos relacionados con la libre circulación (en especial, reagrupamiento familiar), el derecho de residencia y el principio de no discriminación el TJCE se ha declarado en todas ellas incompetente al considerar la temática fuera del ámbito del Derecho comunitario. *Vid.* SSTJCE de 30 de septiembre de 1987, asunto C-12/86, caso Demirel (*Recopilación de la Jurisprudencia...*, *op. cit.*, 1987, pp. 3719 y ss.), ftos. jcos. 23, 25 y 28; de 31 de enero de 1991, asunto C-18/90, caso Kziber (*Recopilación...*, *op. cit.*, 1991, vol. 1, pp. 1-199 y ss.) y de 16 de diciembre de 1992, asunto C-237/91, caso Kus (*Recopilación...*, *op. cit.*, 1992, pp. 1-6807-6819).

¹⁷³ Art. 6.3 TUE: «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros».



incluso en un campo –a nuestro entender– tan importante como es el de educación ¹⁷⁴. Lo que sí parece claro, en relación con la perspectiva *ad extra*, es que dicha actuación nunca podrá estar fundada en elementos tales como la raza, la religión, la lengua o cualquier otra condición basada en el racismo, la xenofobia o la intolerancia ¹⁷⁵.

6. CONSIDERACIONES FINALES: UN INTENTO DE CONFORMACIÓN CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE CONCIENCIA

Todo lo hasta ahora expuesto permite abordar a modo de conclusión, y a través de un estudio inductivo, una serie de cuestiones básicas en materia de libertad de conciencia y religiosa como son las relacionadas con el concepto, los ámbitos de aplicación subjetivo y material y los límites.

6.1 Desde el punto de vista conceptual, la primera cuestión a la que debe hacerse referencia es la relativa al fundamento.

6.1.1 A este respecto, cabe señalar que los derechos fundamentales en general, y la libertad de conciencia en particular, se han proyectado en la actividad de los órganos comunitarios a través de la garantía de los principios generales de Derecho comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros ¹⁷⁶, y en concreto a través de lo establecido en el artículo 288 del TCE (antiguo art. 215) en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Este posicionamiento trae consigo que los principios generales del Derecho comunitario se conviertan –en palabras de Margas Martín y Liñán Nogueras– en «*sustantivación normativa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el orden jurídico comunitario*» ¹⁷⁷, lo que ha permitido al Tribunal de Justicia afirmar que «*el respeto de los dere-*

¹⁷⁴ Cfr. CONTRERAS MAZARIO, J. M.: «La protección del derecho a la educación de las personas y grupos vulnerables en la Unión Europea», en MARINO, F. (ed.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2001, 45 pp. 383-448.

¹⁷⁵ Cfr. artículo 13 TCE.

¹⁷⁶ Vid. STJCE de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, caso *Stauder* (*Requeil...*, 1969, p. 419).

¹⁷⁷ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGrawHill, Madrid, 1996, p. 582.

*chos humanos constituye [...] un requisito para la legalidad de los actos comunitarios»*¹⁷⁸. Mientras que, por lo que respecta al Derecho interno de los Estados miembros, ésta se proyecta en que los mismos tienen su concreción en materia de libertad de conciencia vetando cualquier medida incompatible con dicho derecho de conformidad con su reconocimiento en las Constituciones de estos Estados¹⁷⁹.

En un estadio posterior de evolución, dicha concepción se ha proyectado en la protección de los derechos fundamentales tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (art. 6 TUE). Ahora bien, dicha posición no puede identificarse desde el punto de vista de su aplicación en el ámbito del Derecho comunitario con el hecho de que las Constituciones puedan y deban ser consideradas de manera aislada, por el contrario las mismas deben tomarse en consideración de manera conjunta y a través de una acción de tipo valorativo, esto es, realizando por parte del TJCE una actividad de deducción y crítica de las distintas regulaciones nacionales del derecho a la libertad de conciencia de conformidad con los objetivos específicos de la Unión Europea¹⁸⁰. En consecuencia, cabe afirmar que los Derechos nacionales han tenido una especial relevancia no tanto a la hora del establecimiento e identificación por parte del Tribunal de Justicia de los derechos tutelados, y en este caso concreto de la libertad de conciencia y religiosa, sino en la determinación del *standard* concreto de su protección¹⁸¹, lo que ha supuesto que aunque la responsabilidad última de esta definición, así como del estándar comunitario de protección haya recaído como era lógico sobre el propio Tribunal de Justicia, el mismo se haya

¹⁷⁸ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la Adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, párrafo 34.

¹⁷⁹ *Vid.*, a este respecto, la ya citada sentencia Nord, de 14 de mayo de 1974 (*Reçueil...*, *op. cit.*, p. 491).

¹⁸⁰ STJCE de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, caso *Hauer* (*Reçueil...*, 1979, p. 3727).

¹⁸¹ En este sentido, RODRÍGUEZ IGLESIAS señala que «[...] aun cuando, ciertamente, determinados derechos fundamentales pueden ser reconocidos en alguno o algunos de los ordenamientos jurídicos nacionales y en otro no, las diferencias existentes a este respecto entre los Estados miembros de la Comunidad no son sustanciales, sino que, al menos en la mayoría de los casos, se deben más bien a distintas configuraciones técnicas y conceptuales de los derechos fundamentales que tienden a desvanecerse cuando se profundiza en el contenido de los derechos reconocidos.

En cambio es indudable que las divergencias entre los derechos nacionales son mucho más considerables en lo que al alcance de la protección conferida se refiere, alcance que depende, con frecuencia, de la ponderación entre el interés público y los derechos fundamentales del particular en caso de conflicto entre ambos» (cit. «La protección de los derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 208-209).



realizado sobre la base de una comparación valorativa y crítica de los sistemas constitucionales nacionales¹⁸², no tanto basado en criterios de mayorías¹⁸³, sino en tanto que fuente de inspiración¹⁸⁴ y teniendo presente los objetivos y estructura particular del Derecho comunitario¹⁸⁵. No obstante, en el supuesto de legislaciones nacionales plurales y distintas respecto a la naturaleza y grado de protección de un derecho fundamental, y éste es el caso de la libertad de conciencia y religiosa, la posición que hasta ahora ha mantenido el TJCE no ha sido la de optar por una labor deductiva-sistemática, sino de consideración exclusiva de la legislación nacional afectada en materia de determinación de los procedimientos de protección del derecho fundamental en cuestión¹⁸⁶. Con dicha solución, como han puesto de manifiesto Mangas Martín y Liñán Nogueras— «*se corre el riesgo [...] de que cuando existan graves diferencias de intensidad en la protección, el Tribunal remita para su protección a los procedimientos constitucionales internos en vez de establecer un estándar comunitario más elevado*»¹⁸⁷.

Ahora bien, la referencia más directa en materia de libertad de conciencia no se ha realizado desde el punto de vista de su fundamentación a los Derechos nacionales, sino al Derecho internacional de los derechos humanos, y en concreto al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 9), lo que no impide la referencia a otros instrumentos internacionales en la materia¹⁸⁸. En el caso concreto del derecho a la libertad de conciencia, cabe precisar que el CEDH ha sido considerado como elemento de identificación de principios generales y el TJCE ha aplicado de hecho

¹⁸² A este respecto, *vid.* SSTJCE de 21 de septiembre de 1989, asuntos acumulados 46/87 y 227/88, caso *Hoechst c. Comisión* (*Reçueil...*, 1989, p. 2859); de 17 de octubre de 1989, asunto 85/87, caso *Dow Benelux c. Comisión* (*Reçueil...*, 1989, p. 3137); y de 17 de octubre de 1989, asuntos acumulados 97 a 99/87, caso *Dow Chemical Ibérica c. Comisión* (*Reçueil...*, 1989, p. 3165).

¹⁸³ Cfr. VERGÉS, J.: «Droit fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, París 1991, pp. 526 y ss.

¹⁸⁴ *Vid.* STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto 17/70, caso *International Handelsgesellschaft* (*Reçueil...*, 1970, p. 1135).

¹⁸⁵ *Vid.* SSTJCE de 2 de diciembre de 1971, asunto 5/71, caso *Aktien-Zuckerfabrick-Schöppenstedt c. Consejo* (*Reçueil...*, 1971, p. 975) y de 13 de noviembre de 1973, asuntos acumulados 63-69/72, caso *Wilhelm Werhagn Hansamühley otros c. Consejo* (*Reçueil...*, *op. cit.*, p. 1229).

¹⁸⁶ STJCE de 21 de septiembre de 1989, asuntos acumulados C-46/87 y 227/88, caso *Hoetsch* (*Reçueil...*, 1989, p. 2859).

¹⁸⁷ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 589.

¹⁸⁸ *Vid.*, en este sentido, las SSTJCE de 15 de junio de 1978, asunto 149/77, caso *Defrenne* (*Reçueil...*, 1978, p. 1365) y de 18 de octubre de 1989, asunto 27/88, caso *Orkem y Solvay* (*Reçueil...*, 1989, p. 3355).

el artículo 9 del mismo como «parte cuasi-integrante» del Derecho comunitario.

Por lo que respecta a su fundamento en las normas comunitarias, y en concreto de los Tratados originarios, la actividad de los órganos comunitarios se ha proyectado sobre un ámbito muy específico que puede ser identificado con la actividad de las personas, o mejor de los trabajadores, bien desde el punto de vista de la libertad de circulación (art. 39 TCE)¹⁸⁹ y de establecimiento (art 43 TCE)¹⁹⁰ bien de la libertad de servicios (art. 49 TCE) y mercancías (art. 23 TCE)¹⁹¹. Desde este contexto, la cuestión se ha planteado como proyección del principio de no discriminación por motivos de nacionalidad (art. 12 TCE) en materia de condiciones de trabajo¹⁹², o como salvaguarda de un derecho fundamental específico no reconocido expresamente¹⁹³. A partir del Tratado de Amsterdam lo puede hacer también como proyección del principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos o de conciencia reconocido expresamente en el artículo 13 del TCE; aunque hasta la actualidad no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

6.1.2 Todo ello dota a la libertad de conciencia, desde el punto de vista de su conceptualización, de elementos característicos propios que, sin lugar a dudas, encuentran su reflejo en la actividad jurisprudencial llevada a cabo hasta el momento por el TJCE. En este sentido, cabe precisar que la libertad de conciencia, a pesar de la ausencia de un concepto normativo al respecto y lo que ello supone de dificultad para determinar las consecuencias jurídicas que pueden asociarse a la calificación de un determinado derecho como fundamental¹⁹⁴, ha sido configurada como un derecho subjetivo de las personas, de naturaleza fundamental, que conlleva el reconocimiento de un estándar de protección, que puede ser concretado en la garantía

¹⁸⁹ Vid. SSTJCE de 4 de diciembre de 1974, caso *Van Duyn* (*Reçueil...*, 1974, p. 1337) y de 27 de octubre de 1976, caso *Prais* (*Reçueil...*, 1977, p. 1589).

¹⁹⁰ Vid. SSTJCE de 5 de octubre de 1988, caso *Steymann* (*Reçueil...*, 1988, p. 6169).

¹⁹¹ Vid. SSTJCE de 23 de noviembre de 1989, caso *Borough Council* (*Recopilación...*, 1989, p. 3851); de 16 de diciembre de 1992, caso *Borough Council* (*Recopilación...*, 1992, p. 6493) y de 16 de diciembre de 1992, caso *Council of the City of Stole-on-Trenty Norwich City Council* (*Recopilación...*, 1992, p. 6635).

¹⁹² Vid. STJCE de 4 de diciembre de 1974, caso *Van Duyn* (*Reçueil...*, 1974, p. 1337).

¹⁹³ Vid. SSTJCE de 27 de octubre de 1976, caso *Prais* (*Reçueil...*, 1977, p. 1589), y de 5 de octubre de 1994, caso *X. c. Comisión* (*Recopilación...*, 1994, p. 1-4737).

¹⁹⁴ Así lo ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ IGLESIAS en «La protección de los derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 220.



de un ámbito de inmunidad de coacción tanto frente a los Estados Partes¹⁹⁵, como frente a las propias autoridades e instituciones comunitarias¹⁹⁶.

Ahora bien, el mismo no se constituye —como se pondrá de manifiesto con posterioridad de manera más detallada— como un derecho de carácter absoluto, sino que por lo que respecta a sus manifestaciones está sujeto a límites¹⁹⁷. Todo ello lo configura como un derecho fundamental del individuo que supone la garantía y tutela de un ámbito de *agere licere* por el que se impone a los Estados miembros y a las autoridades e instituciones comunitarias no sólo medidas de garantía negativas o de abstención, sino medidas de actividad positiva por las que aquéllos actúan. Ello permite conceptualarlo no sólo como un derecho «frente a», sino como un derecho «en y de» la Unión Europea.

6.2. Una segunda temática de referencia es la relativa a los ámbitos de aplicación del presente derecho, dentro de la cual se pueden diferenciar principalmente dos ámbitos, a saber: el subjetivo o personal, el primero, y el objetivo o material.

6.2.1 Desde el punto de vista de los sujetos, se puede diferenciar un doble ámbito: activo, el primero, y pasivo, el segundo. O lo que es lo mismo, se debe distinguir y determinar quiénes son considerados titulares del derecho y quienes titulares de los deberes.

6.2.1.1 En cuanto a los sujetos activos o titulares del derecho a la libertad de conciencia y religiosa, cabe precisar que a pesar de que en el Derecho internacional de los derechos humanos el presente derecho es reconocido con carácter universal a toda persona, convirtiendo a los individuos, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, en el sujeto activo originario de los derechos fundamentales¹⁹⁸, en el Derecho comuni-

¹⁹⁵ Como límite al poder de los Estados, *vid.* SSTJCE de 4 de diciembre de 1974, caso *Van Duyn* (*Reçueil...*, 1974, p. 1337); de 23 de noviembre de 1989, caso *Borough Council* (*Reçueil...*, 1989, p. 3851); de 16 de diciembre de 1992, caso *Borough Council* (*Recopilación...*, 1992, p. 6493) y de 16 de diciembre de 1992, caso *Council of the City of Stole-on-Trenty Norwich City Council* (*Recopilación...*, 1992, p. 6635).

¹⁹⁶ Como límite frente a las autoridades comunitarias, *vid.* SSTCE de 27 de octubre de 1976, caso *Prais* (*Reçueil...*, *op. cit.*, pp. 1589-1611); de 5 de octubre de 1994, caso *X. c. Comisión* (*Recopilación...*, 1994, p. 1-4737) y de 12 de noviembre de 1996, asunto *C-84/94* (*Recopilación...*, 1996, p. 1-5755).

¹⁹⁷ En relación a los límites del derecho a la libertad de conciencia y religiosa, *vid. infra* apartado 6.3.

¹⁹⁸ *Vid.*, a este respecto, los artículos 18 de la DUCH, 18 del PIDCP y 1.º de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones.

tario el mismo se reconoce únicamente a ciudadanos europeos, ya que el ámbito de aplicación del principio de no discriminación por motivos de nacionalidad sólo se ha entendido respecto de nacionales de Estados Miembros, por ser a éstos a los únicos que se entiende extendido el concepto de ciudadanía europea ¹⁹⁹. Así, en relación con la libre circulación y el principio de no discriminación, ambas realidades han girado esencialmente en torno al concepto de «trabajador», toda vez que la mayoría de las medidas reseñadas son entendidas en relación directa con dichos sujetos. Pues bien, el término «trabajador» en el ámbito comunitario aparece, tal y como se establece en el Reglamento (CEE) número 1612/69 ²⁰⁰, relativo a la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en íntima conexión con el de nacional de un Estado miembro ²⁰¹. La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación a otros grupos de personas (estudiantes, residentes, etc.), no ha traído como correlato la aplicación del presente derecho a todas las personas, sino que el mismo se sigue garantizando únicamente a nacionales de Estados miembros.

Ello supone que a pesar de estar en presencia de un derecho de carácter fundamental según las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de conformidad con el artículo 9 de la CEDH, el mismo resulta dudoso que pueda entenderse de aplicación a los nacionales de terceros países, respecto de los cuales no resulta posible aplicar los mecanismos previstos a tal efecto en el Derecho comunitario. A este respecto, entendemos que resultaría relevante por lo que se refiere a la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del derecho a la libertad de conciencia y religiosa a los nacionales de terceros países el que en la Carta de los Derechos Fundamentales se hubiera mantenido en su última redacción el artículo 40 del texto provisional de fecha 22 de mayo de 2000, en el que se establecía que «*los trabajadores nacionales de terceros países que trabajen legalmente en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a un trato no menos*

¹⁹⁹ Respecto a la relación entre ciudadanía europea y derechos humanos, *vid.* LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: «Derechos fundamentales y de ciudadanía en la Construcción europea», en *La Constitución europea*, dirigido por M. Oreja. Actas del Escorial, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 75-86; O'LEARY, S.: «The Relationship Between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law», en *CMLR*, 1995-2, pp. 519-554.

²⁰⁰ *DOCE* núm. L 257, de 19 de octubre de 1968. Modificaciones en *DOCE* núm. L 39, de 14 de febrero de 1976; *DOCE* núm. L 245, de 26 de agosto de 1992, y *DOCE* núm. L 1, de 3 de enero de 1994.

²⁰¹ *Vid.*, en especial, artículo 1.º en relación con los artículos 2, 5, 6, 7, 8 y 9 del Reglamento (CEE) núm. 1612/69.

favorable que el que reciben los trabajadores de la Unión Europea en materia de condiciones de trabajo», a lo que se debería añadir que todas aquellas personas de terceros países que se encuentren legalmente en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a trato igual que el que reciben los ciudadanos de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales. Y ello sobre todo por una interpretación extensiva de los mecanismos de petición ante el Parlamento Europeo (art. 44 de la Carta) y de queja ante el Defensor del Pueblo (art. 43 de la Carta).

En esta línea, nos mostramos partidarios de una interpretación amplia del artículo 10 de la Carta, lo que permitiría asimismo una ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la libertad de conciencia y religiosa, toda vez que en el mismo se reconoce de manera expresa «a todas las personas» sin ninguna otra especificación. Al tiempo que al ser vinculado con el respeto y protección de la dignidad de la persona humana se constituye en elemento indisociable en la conceptualización del mismo, así como el hecho de que el presente derecho esté incluido dentro del capítulo II relativo a la «libertades» y no conectado con la «ciudadanía» europea, capítulo V.

Dentro del plano individual, debe hacerse –por último– referencia al niño o menor de edad como titular de derechos, y en concreto como titular del derecho a la libertad de conciencia y religiosa. Aunque éste no aparece mencionado de manera expresa, sí ha sido considerado como beneficiario de determinados derechos, entre los que alcanza una especial relevancia el derecho a la educación, y dentro de éste de las políticas comunitarias en materia de enseñanza²⁰². A este respecto, en el artículo 24 de la Carta se establece que «*los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez*». Todo ello tiene una proyección especial en el ámbito educativo, a pesar de lo cual es a los padres a quienes se reconoce el derecho «*a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas*» (art. 14.3 de la Carta).

El plano colectivo es considerado igualmente en el ámbito del Derecho comunitario como sujeto activo del derecho, aunque en este caso no de

²⁰² Cfr. RODRÍGUEZ, J. A.: «Tratamiento jurídico-comunitario de algunas cuestiones de derecho eclesiástico: Educación, cultura e información», en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 123-146.

forma originaria, sino de manera derivada e instrumental del derecho a manifestar las propias creencias o convicciones religiosas o ideológicas. Ello supone que sean consideradas como sujetos titulares del presente derecho en un plano de igualdad además de las organizaciones confesionales, a las organizaciones no confesionales de tipo filosófico (cfr. Declaración núm. 11 anexo TCE).

Dentro de este mismo ámbito, se debe hacer igualmente referencia a las minorías en general, y en concreto –aunque no único– a las minorías religiosas en particular, en tanto que posibles titulares de determinados derechos que sólo pueden ser ejercidos de manera colectiva y por referencia al grupo. En una Europa como la actual, la protección de las minorías en general, y de las religiosas en particular, adquiere cada vez más importancia como elemento de autonomía democrática, salvaguardia de la propia identidad y de convivencia en sociedades cada vez más multiculturales ²⁰³. Partiendo de todo ello, nos mostramos partidarios de interpretar el artículo 26 de la Carta como un reconocimiento expreso a los derechos integrantes de la diversidad étnica, religiosa, lingüística o cultural de los grupos, pero también como un reconocimiento implícito de las minorías como sujetos de derechos a semejanza del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.

6.2.1.2 Por lo que se refiere a los sujetos pasivos, cabe señalar que éstos no lo son únicamente las autoridades comunitarias, ya que también se proyecta sobre los propios Estados miembros. Dentro del ámbito comunitario, los deberes y obligaciones que la protección y garantía del presente derecho conlleva debe entenderse dirigidos a las instituciones y órganos de la Unión Europea, dentro de sus respectivas competencias, lo que supone la inadmisibilidad de todas aquellas medidas que resulten incompatibles con el respeto de los derechos humanos ²⁰⁴. Mientras que por lo que respecta a

²⁰³ A este respecto resulta relevante la referencia al Convenio-Marco Europeo, de 1 de febrero de 1995, para la Protección de las Minorías Nacionales.

²⁰⁴ Vid. SSTJCE de 13 de julio de 1989, asunto 5/88, caso *Wachauf* (*Reçueil...*, 1989, p. 2605), apartado 19, y de 18 de junio de 1991, asunto C-260/98, caso *ERT* (*Recopilación...*, 1991, p. 1-2925). En esta última se señala, a modo de conclusión, que «[...] según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido (véase, sobre todo, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73, *Rec.*, pag. 491, apartado 13). El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos revista a

los Estados miembros, éstos sólo se entenderán obligados cuando apliquen el Derecho comunitario ²⁰⁵, y no así cuando de lo que se trate sea de aplicar el propio Derecho nacional, lo que supone un límite al control comunitario ²⁰⁶, con la única excepción de cuando se trate de normas de Derecho interno que se basen en disposiciones comunitarias que autorizan excepciones a los derechos y libertades fundamentales reconocidas por el Tratado, las cuales deberán ser conformes a los derechos humanos reconocidos en el ámbito de este ordenamiento ²⁰⁷.

6.2.2 Por lo que se refiere al ámbito material de aplicación, cabe manifestar que la conexión del derecho a la libertad de conciencia con la realización de actividades económicas, así como con la libre circulación y establecimiento de trabajadores ²⁰⁸, dada la naturaleza de la presente Orga-

este respecto un significado particular (véase, sobre todo, sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec., pág. 1651, apartado 18). De ahí se deduce que, como afirmó el Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf (5/88, Rec., pág. 2606, apartado 19), no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera.»

²⁰⁵ Vid. SSTJCE de 13 de julio de 1989, asunto 5/88, caso Wachauf (Reçueil..., 1989, p. 2609); de 18 de junio de 1991, caso ERT (Recopilación..., 1991, p. 1-2925), y de 24 de marzo de 1994, asunto C-2/92, caso Bostock (Recopilación..., 1994, p. 1-955).

²⁰⁶ Vid. SSTJCE de 15 de junio de 1978, caso Defrenne, op. cit.; de 11 de julio de 1985, asuntos 60 y 61/84, caso Cinétheque (Reçueil..., 1985, p. 2605) y de 30 de septiembre de 1987, asunto 12/86, caso Meryem Demirel (Reçueil..., 1987, p. 3719).

²⁰⁷ Vid. STJCE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, caso ERT (Recopilación..., 1991, p. 1-2925), en la que se precisa que «[...] cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y, especialmente, de los derechos fundamentales. De este modo, la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 y 66 más que si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.»

En esta misma línea, en la Sentencia Bostock se precisa por parte del Tribunal de Justicia que «[...] las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben dichas exigencias», y más tarde establece que «[...] el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, que conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.»

²⁰⁸ En relación con el ejercicio del derecho de libertad de conciencia en el ámbito laboral comunitario, vid. MURILLO, M.: «Tratamiento jurídico-comunitario de algunas cuestiones de Derecho Eclesiástico: Derecho laboral», en *La armonización legislativa...*, op. cit., pp. 147-164.

nización internacional, trae consigo que los derechos sobre los que las actividades de las instituciones comunitarias se haya proyectado se dirijan básicamente en una doble dirección: el derecho a no declarar sobre las propias creencias, convicciones o religión y las consecuencias que el ejercicio del mencionado derecho conlleva, así como en su contenido positivo de manifestaciones de las mismas, la primera, y el derecho a celebrar las festividades religiosas, dentro de las cuales ha adquirido una relevancia especial la temática referida al descanso semanal, la segunda.

6.2.2.1. Por lo que se refiere al primero de los contenidos, se puede afirmar que el mismo supone el derecho de toda persona a manifestar por cualquier medio sus propias creencias, convicciones o religión, así como la ausencia de las mismas, lo que conlleva el derecho a no ser obligado a declarar sobre las ideas, creencias, convicciones o religión profesada y, por lo tanto, la no injerencia en el ámbito de la conciencia, pero también su extensión lógica a la vida privada y familiar, dentro de cuyo ámbito se ha incluido el relativo a la salud, con lo que ello tiene de trascendencia en los campos de la medicina y la biotecnología²⁰⁹.

A este respecto, el TJCE, en su sentencia de 5 de octubre de 1994²¹⁰, ha manifestado que «[...] *el derecho al respeto de la vida privada* [que comprende el derecho a mantener secreto el estado de salud²¹¹»] *exige respetar la negativa del interesado en toda su extensión. Dado que el recurrente se había negado expresamente a someterse a una prueba de detección del SIDA, el mencionado derecho se oponía a que la administración realizara cualquier tipo de prueba que permitiera comprobar la existencia de dicha enfermedad, cuya revelación había rehusado aquél. Ahora bien, de las comprobaciones efectuadas [...] se sigue que el análisis linfocitario de que se trata proporcionó al médico asesores indicios suficientes para llegar a la conclusión de que era posible que el candidato fuera portador del virus del SIDA*»²¹².

²⁰⁹ Cfr. BLÁQUEZ RUIZ, J.: *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*, Comares, Granada, 1999; MENDIZÁBAL, R. de: «Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad», en *Derecho y Genoma Humano*, 1995/2, pp. 26 y ss.; PARDO: «La investigación genética al servicio del hombre: reflexiones de un jurista», en la *Revista Derecho y Genoma humano*, 1994/1, pp. 26 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M. y CASTELLANO ARROYO, M.: «La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica», en *D. S.* núm. 1 (1993), pp. 5-11; ROMEO CASABONA, C.: «Límites penales de las manipulaciones genéticas», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, 1994, pp. 181 y ss.

²¹⁰ *Recopilación de Jurisprudencia...*, 1994, vol. 1, p. 1-4737.

²¹¹ Fto. jco. 17.

²¹² Fto. jco. 23.

Se comprueba de este modo como el Tribunal de Justicia se muestra a favor de una protección amplia del derecho en cuestión, incluso respecto de aquellos ámbitos en los que se alega que el conocimiento de dichas realidades puede suponer un elemento de juicio o de valoración presuntamente necesario y, por lo tanto, justificada su indagación, como era en este caso el ámbito laboral²¹³. Sin embargo, para el TJCE, y a efectos laborales, deben resultar intrascendentes todos aquellos elementos que nada tengan que ver con la actividad a desarrollar por el trabajador, dentro de los cuales deben situarse en la mayoría de las ocasiones las ideas, creencias, convicciones o religión profesada, así como su vida privada. Solución que la entendemos extensible a otros ámbitos próximos, como puede ser la posibilidad abierta en el Reino Unido de realizar por parte de las compañías aseguradoras los llamados «test genéticos».

En definitiva, y respecto de todos estos ámbitos, se puede afirmar que tanto la información como la autorización previa por parte de la persona interesada, así como la confidencialidad de los resultados obtenidos, resultan requisitos necesarios y de cumplimiento absoluto, ya que de lo contrario se pone en riesgo no sólo los derechos fundamentales mencionados, sino incluso el propio desarrollo de la persona y su dignidad. A estos efectos, resulta relevante y exigible lo establecido en la Convención Europea, de 4 de abril de 1997, sobre los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, y en concreto su artículo 5 en el que se dispone que «no podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre»²¹⁴. Y lo mismo sucede en materia de investigación²¹⁵ o extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos con fines de trasplante²¹⁶. En todos estos ámbitos debe ser respetado en todo momento el derecho a la vida privada²¹⁷, tanto en su aspecto positivo como negativo de información, así como el principio de confidencialidad de los datos obtenidos en pruebas biomédicas y su posible automatización²¹⁸.

²¹³ Un comentario de esta sentencia, *vid.* CONTRERAS MAZARIO, J. M.: «Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales», en *Derechos y Libertades*, núm. 9 (2000), pp. 189-223.

²¹⁴ *Vid.* asimismo los artículos 8 y 9 de esta Convención.

²¹⁵ *Vid.* artículo 17 de la Convención.

²¹⁶ *Vid.* artículos 19.2 de la Convención.

²¹⁷ *Vid.* artículo 10 de la Convención.

²¹⁸ A este respecto resulta relevante el Convenio Europeo, de 28 de enero de 1981, sobre la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales, y en concreto su artículo 6.

Supuesto este último que ha sido abordado de manera directa, aunque desde una perspectiva distinta, por las Comunidades Europeas en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos datos ²¹⁹, la cual aunque parte del principio de libertad de circulación en materia de datos personales, garantiza al mismo tiempo el derecho a la intimidad en lo que respecta a los mismos ²²⁰, así como el principio del consentimiento informado ²²¹ y de confidencialidad. Pero lo que sin duda resulta más significativo es el hecho de que en la propia Directiva aparezcan una serie de datos personales que no pueden ser objeto de la actividad de tratamiento automatizado como son todos aquellos «*que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento a los datos relativos a la salud o a la sexualidad*» (art. 8.1).

En esta materia se ha producido además un salto cualitativo al haberse incluido dentro del Tratado de Amsterdam el artículo 286, de conformidad al cual «*(a) partir del 1 de enero de 1999, los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos serán de aplicación a las distintas instituciones y organismos establecidos por el presente Tratado o sobre la base del mismo*». Ello supone no sólo una vinculación por parte de todas las instituciones y organismos comunitarios a favor del respeto y protección de datos personales por lo que respecta a su tratamiento automatizado y a la libre circulación de los mismos, sino que la misma aparezca «constitucionalizada» dentro del sistema jurídico-comunitario.

6.2.2.2 En cuanto al segundo de los contenidos reseñados, la celebración de las festividades religiosas, o mejor el cumplimiento de deberes religiosos que suponen una obligación de inactividad laboral, dentro de la cual debe situarse la relativa al descanso semanal, y en concreto en la determinación de un día de la semana (en general, el domingo) a tales efectos, cabe señalar que la adopción, o mejor la referencia a este día como período de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas por cada período de siete días, que se produce con la aprobación por el Consejo de la Direc-

²¹⁹ DOCE núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995.

²²⁰ Art. 1 Directiva 95/46/CE.

²²¹ Art. 2.h) Directiva 95/46/CE.

tiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo ²²², dio lugar –como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad– a un recurso presentado por el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante el Tribunal de Justicia ²²³, bajo el fundamento de considerar que la inclusión del domingo dentro del periodo mínimo de descanso resulta no conforme con el ordenamiento jurídico comunitario ²²⁴. El Tribunal de Justicia asumió las pretensiones del recurrente, toda vez que entiende que el Consejo no ha logrado demostrar el nexo de unión entre el domingo como, en principio, día de descanso semanal y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores ²²⁵, y falla a favor de la anulación del párrafo segundo del artículo 5 de la mencionada Directiva en la que se contenía la referencia al mencionado día de la semana.

Dicho planteamiento resulta plenamente coherente con los considerandos establecidos en el asunto *Prais*, aunque en aquél referido a la celebración de las festividades religiosas. En este caso al tratarse de autoridades públicas el Tribunal de Justicia se manifestó a favor de su garantía, salvo que aquéllas demuestren y justifiquen razonadamente la imposibilidad de satisfacer los correspondientes intereses religiosos de la persona y siempre que ésta haya manifestado oportunamente la religión o convicción profesada ²²⁶. Más bien, lo que se produce es una concreción en las competencias propias del Consejo, y en concreto en relación a la determinación del tiempo de trabajo como elemento de protección de la salud y seguridad del trabajador, así como en el dato de que la citada Directiva puede ser adoptada con la excepción de las disposiciones del párrafo segundo del artículo 5,

²²² DOCE núm. L 307, p. 18.

Art. 5: Descanso semanal.

«Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.

El período mínimo de descanso a que se refiere el párrafo primero incluye, en principio, el domingo.

Cuando lo justifiquen razones objetivas, teóricas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de veinticuatro horas».

²²³ STJCE de 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94 (*Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal...*, 1996, vol. 1, p. 1-5755).

²²⁴ Apartado 32.

²²⁵ *Ibid.*, fto. jco. 39.

²²⁶ STJCE de 27 de octubre de 1976, caso *Prais*, ftos. jcos. 18 y 19.

toda vez que no afecta al contenido ni al objeto del artículo 137, apartado 1, del TCE²²⁷.

Todo ello pone de manifiesto la no existencia de un derecho subjetivo individual a celebrar las festividades religiosas en el ámbito laboral, dentro de cuyo contenido está inserto el descanso semanal de conformidad con las convicciones religiosas o filosóficas elegidas. En consecuencia, cabe precisar que el cumplimiento de deberes religiosos o morales que suponen una obligación de inactividad laboral para el sujeto no está *a priori* amparado en el derecho a comportarse de conformidad con las propias creencias o convicciones religiosas o filosóficas, por lo que a estos efectos es necesario que medie previo acuerdo de las partes de la relación laboral, ya que una de ellas no puede imponer o novar unilateralmente la relación contractual laboral²²⁸. Cuestión distinta es cuando dichos deberes pretenden ejercerse frente a los poderes públicos, en tanto que empleadores, ya que en este caso la protección positiva del derecho a la libertad de conciencia y religiosa conlleva no sólo una actividad de no impedir sino de hacer, lo que supone su reconocimiento salvo supuestos excepcionales que deberán justificarse de manera suficiente y razonada²²⁹.

Debe igualmente destacarse el hecho de que para el Tribunal de Justicia la determinación del domingo como día de descanso semanal tiene su origen en «factores culturales, étnicos y religiosos» y que, por tanto, su elección debe ponerse en conexión con el objeto material de la norma, así como justificarse objetiva y racionalmente. En consecuencia, la competencia sobre la ordenación del tiempo en el ámbito laboral, y más en concreto la adopción de acciones dirigidas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo deberán realizarse, tanto por la Comunidad como por los Estados Miembros, teniendo presente la diversidad cultural, étnica y religiosa existente en la sociedad en cuestión; y todo ello con base en la aplicación de los principios de coordinación (cfr. art. 4.1 [antiguo art. 3.A] TCE) y subsidiariedad (cfr. art. 5.1 [antiguo art. 3.B] TCE)²³⁰.

²²⁷ Art 137.1: «Para la consecución de los objetivos del artículo 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

– la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores [...].»

²²⁸ Vid., en este sentido, STC 18/1985, de 13 de febrero.

²²⁹ En esta línea, STJCE de 27 de octubre de 1976 del caso *Prais*, fto. jco. 16.

²³⁰ Vid., a este respecto, BRIOBOSIA, H.: «Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres», en *RMUE*, núm. 4 (1992), pp. 165-187; CONSTAN-

Todo ello remite a plantear la mencionada cuestión en el ámbito interno de los Estados Miembros y la adopción por éstos del domingo, o de otro día cualquiera, como día de inactividad o de descanso semanal laboral. Como se ha señalado, a nivel de Derecho comunitario dicha materia entra de lleno en las competencias de los Estados miembros²³¹, incluso en el supuesto más extremo de que el mismo afecte a la libre circulación de mercancías²³². Por tanto, cuando la normativa nacional no rebase el ámbito de sus efectos propios, el establecimiento del domingo o de cualquier otro día no podrá entenderse como contraria al artículo 28 [antiguo art. 30] del TCE²³³ tal y como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal de Justicia, al entender que

«[t]ales normativas constituyen, efectivamente, la expresión de determinadas opciones políticas y económicas [...] que tienen por objeto garantizar una distribución de horas de trabajo y de descanso adaptada a las particularidades socioculturales nacionales o regionales, cuya apreciación corresponde, en el estado actual del Derecho comunitario, a los Estados miembros»²³⁴.

TINESCO, V.: «Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne», en *Le Droit et l'Europe mélanges en hommage à Jean Boulois Dalloz*, París 1991, pp. 35-45; EHLERMANN, C. D.: «Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité», en *RMUE*, núm. 4 (1992), pp. 215-220; STROZZI, G.: «Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: une énigme et beaucoup d'attentes», en *RTDE*, núm. 30 (1994), pp. 373-390.

²³¹ A este respecto resulta significativo lo acordado por el Estado español con las confesiones religiosas. Así, el artículo III del Acuerdo con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, y los artículos 12 común de los Acuerdos de cooperación celebrados con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (aprobado por Ley 24/1992, de 10 de noviembre [BOE de 12 de noviembre de 1992]), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (aprobado por Ley 25/1992, de 10 de noviembre [BOE de 12 de noviembre de 1992]) y con la Comisión Islámica de España (aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre [BOE de 12 de noviembre de 1992]).

²³² Vid. a este respecto, SSTJCE de 23 de noviembre de 1989, asunto 145/88, caso *Borough Council* (Recopilación..., 1989, p. 1-3851); de 16 de diciembre de 1992, caso *Borough Council* (Recopilación..., 1992, p. 1-6493) y de 16 de diciembre de 1992, caso *Council of the City of Stole-on-Trenty Norwich City Council* (Recopilación..., 1992, p. 1-6635).

²³³ Cfr. SSTJCE de 23 de noviembre de 1989, asunto 145/88, caso *Borough Council* (Recopilación..., 1989, p. 1-3851), párrafo 14; de 28 de febrero de 1991, asunto C-312/89, caso *Conforama* (Recopilación..., 1991, p. 1-3851); de 28 de febrero de 1991, asunto C-332/89, caso *Marchandise* (Recopilación..., 1991, p. 1-1027); de 16 de diciembre de 1992, asunto C-304/90, caso *Borough Council* (Recopilación..., 1992, p. 1-6493), y de 16 de diciembre de 1992, asunto C-169/91, caso *Council of the City of Stole-on-Trenty Norwich City Council* (Recopilación..., 1992, p. 1-6635).

²³⁴ STJCE de 23 de noviembre de 1989, asunto 145/88, caso *Borough Council* (Recopilación de Jurisprudencia, 1989, p. 3851), párrafo 14. En este mismo sentido, vid. SSTJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C-312/89, caso *Conforama* (Recopilación de Jurisprudencia, 1991, p. 3851); de 28 de febrero de 1991, asunto C-332/89, caso *Marchandise* (Recopilación de Jurisprudencia, 1991, p. 1027), de 16 de diciembre de 1996, asunto C-304/90, caso *Borough Council* (Recopilación de Jurisprudencia, 1992, vol. 1, p. 6493) y de 16 de diciembre de 1992, asunto C-169/91, caso *Council of the City of Stole-on-Trenty Norwich City Council* (ibid., p. 6635).

Dentro de la presente temática puede plantearse, asimismo, la cuestión relativa al deber religioso de cumplimiento del descanso semanal y su compatibilidad con una posible obligación de apertura del establecimiento en dicho día. Ello se ha planteado de una manera indirecta en varios asuntos relacionados con la prohibición por parte de normas nacionales de ejercer actividades comerciales en domingo y la apertura en dicho día. En todos los casos, el Tribunal ha optado por entender que cuando las normativas nacionales, que regulan los horarios de venta al por menor, aplicables indistintamente a los productos nacionales e importados, persiguen un fin justificado respecto al Derecho comunitario, dado, por un lado, que constituyen la expresión de determinadas opciones políticas y económicas porque tienen por objeto garantizar una distribución de horas de trabajo y de descanso adaptado a las particularidades socioculturales nacionales o regionales y, por otro, que no tienen por objeto regular las corrientes de intercambio entre los Estados miembros, no se produce una violación de los artículos 28 y 30 del Tratado, toda vez que los mismos deben ser interpretados *«en el sentido de que la prohibición que contiene [el art. 30, ahora el 28] no se aplica a una normativa nacional que prohíba a los comerciantes minoristas abrir los domingos cuando los efectos restrictivos sobre los intercambios comunitarios que, en su caso, puedan derivarse de la misma no rebasen el ámbito de los efectos propios de una normativa de ese tipo»*²³⁵.

Una vez más se pone de manifiesto cómo la temática relativa a los horarios de trabajo o a la apertura y cierre de los negocios, como en los presentes supuestos, es una materia propia de los Estados miembros, y que la Comunidad sólo puede ocuparse de ella de manera subsidiaria en la medida en que tenga incidencia sobre la propia estructura del mercado interior. Solución ésta que entendemos sería la misma para el supuesto contrario, referido, entonces, a la obligación de abrir en domingo y a la negativa del comerciante a hacerlo por motivos religiosos, ya que tampoco en este caso se produciría un trato distinto de los productos de origen nacional de los importados²³⁶.

6.3. Por último, y en relación con los límites de la libertad de conciencia, cabe afirmar que la presente cuestión casi siempre se ha puesto en conexión con la libertad de circulación y de establecimiento de las personas,

²³⁵ STJCE de 23 de noviembre de 1989, *op. cit.*, párrafo 17.

²³⁶ Cfr. STJCE de 16 de diciembre de 1992, asunto C-169/91, fto. jco. 15.

lo que le convierte en un derecho limitado respecto del cual los Estados Miembros cuando apliquen la normativa comunitaria, así como los propios órganos e instituciones de las Comunidades Europeas pueden establecer u adoptar medidas restrictivas siempre que las mismas se justifiquen en el mantenimiento del orden, la seguridad o la salud pública (art. 39.3 [antiguo art. 48] y 46.1 [antiguo art. 56]²³⁷ del TCE)²³⁸. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto cómo «*los derechos fundamentales [...] no constituyen [...] prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden disponerse restricciones al ejercicio de dichos derechos, [...] a condición de que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan [...] una intervención desmesurada e intolerable que lesione la sustancia misma de dichos derechos*»²³⁹.

Del mismo modo debe precisarse, no obstante, que los Estados Miembros a la hora de adoptar disposiciones a este respecto deben hacerlo fundamentándolo en el «comportamiento personal del individuo» al que apliquen las medidas, lo que debe entenderse como una amenaza real y suficientemente grave, así como concreta y dirigida directa y específicamente a uno de esos intereses fundamentales²⁴⁰; por lo que quedan excluidas las medidas de

²³⁷ Art. 39.3 TCE: «*Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas [...]*».

Art. 46.1 TCE: «*Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas*».

Cabe hacer referencia igualmente al artículo 30 del TCE, según el cual: «*Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros*».

²³⁸ Para su correcta interpretación los mencionados preceptos deben ponerse en relación con los artículos 3 y 6 de la Directiva 64/221/CEE, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DOCE núm. L 56, de 4 de abril de 1964, pp. 850-857; modificación: DOCE núm. L 121, de 26 de mayo de 1972, p. 32; recogido: DOCE núm. L 1, de 3 de enero de 1994, p. 325).

²³⁹ STJCE de 13 de julio de 1989, asunto C-5/88, caso *Wachauf* (Requeil..., 1989, p. 2609). Vid., en esta misma línea, STJCE de 5 de octubre de 1994, asunto C-402/92, caso *X c. Comisión* (Requeil..., 1994, p. 1-4737).

²⁴⁰ En este sentido, vid. STJCE de 26 de febrero de 1975, caso *Bonsignore* (Requeil..., 1975, pp. 297 y ss.).

carácter general²⁴¹. Sin embargo, no han sido éstos los criterios mantenidos en relación a las organizaciones confesionales o filosóficas, toda vez que en el –ya mencionado– asunto «Van Duyn» el Tribunal de Justicia consideró que

«un Estado miembro que alegue restricciones justificadas por el orden público puede tomar en consideración, como algo relativo al comportamiento personal del interesado, el hecho de que éste haya estado afiliado a un grupo o una organización cuyas actividades sean consideradas por el Estado miembro constitutivas de un peligro social, sin por ello estar prohibidas, y ello aun cuando no se haya impuesto ninguna restricción a los nacionales de este Estado que deseen ejercer una actividad análoga a la que el nacional de otro Estado miembro pretende ejercer en el ámbito de estos mismos grupos u organizaciones»²⁴².

Este planteamiento ha resultado muy discutible y criticado, aunque no ha sido el eje sobre el que se han realizado las críticas más importantes efectuadas por la doctrina a la presente sentencia. En este sentido, Mancini pone de manifiesto cómo «a pesar de considerarla antisocial [se refiere a la Iglesia de la Cienciología], las leyes inglesas no habían prohibido las actividades de la iglesia cientifista. Pues bien, el Tribunal consideró tal antinomia irrelevante a los efectos del Derecho comunitario²⁴³ sin darse cuenta, quizás, de que dicha decisión le exponía a la acusación de haber desatendido el principio de igualdad; porque es obvio que ese aspecto de la normativa inglesa discrimina entre los ciudadanos británicos, contra quienes no produce sus efectos la cláusula de orden público, y los demás ciudadanos comunitarios que tengan la intención de trabajar en el Reino Unido y a quienes por el contrario se aplica la misma»²⁴⁴. La presente crítica resulta, a nuestro entender, impecable y plenamente acorde con los fundamentos establecidos por el propio Tribunal de Justicia en relación al principio de no discriminación por motivos de nacionalidad entre ciudadanos de la Unión, por lo que sería conveniente que el Tribunal superara los criterios sentados en este asunto. Es más, a nuestro entender, la pertenencia de una persona a un grupo, sea de la naturaleza que sea (en este caso religiosa),

²⁴¹ Cfr. SAENZ DE SANTA MARÍA, P. A., GONZÁLEZ VEGA, J. A., y FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., EUROLEX Ed., Madrid 1999, pp. 642-645.

²⁴² *Ibid.*, fto. jco. 24.

²⁴³ *Vid. ibid.*, ftos. jcos. 18 y 19.

²⁴⁴ MANCINI, G. F.: «La circulación de los trabajadores por cuenta ajena en la jurisprudencia comunitaria», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *El Derecho comunitario...*, op. cit., p. 813.

no puede ser *a priori* criterio suficiente para entender que dicha persona resulta «peligrosa» para el Estado, y ello incluso en el supuesto más extremo de que dicho grupo estuviera perseguido en el Estado de referencia o fuera considerado ilícito. Las personas deben de ser condenadas y no es propio de un modelo democrático o que tiene entre sus principios la protección de los derechos fundamentales condenar a nadie por el sólo hecho de profesar una determinadas creencias o convicciones, quebrándose de este modo el derecho a la presunción de inocencia.

No obstante, la aplicación a esta temática del principio de igualdad y no discriminación por motivos de nacionalidad, así como la ponderación de los distintos intereses en juego tal y como ha sido interpretada por el propio Tribunal de Justicia, en algunas de sus sentencias posteriores (en especial, las de 28 de octubre de 1975, asunto «Rutili»²⁴⁵ la de 8 de abril de 1976, asunto «Royer»²⁴⁶ la de 27 de octubre de 1977, asunto «Bouchereau»²⁴⁷, y la de 28 de mayo de 1982, asunto «Adoui y Cornuaille»²⁴⁸), resulta, sin duda alguna, más acertada, al tiempo que permite superar las graves deficiencias que, a nuestro juicio, representa la sentencia del caso «Van Duyn», por la cual la sola adhesión a una minoría o grupo religioso resulta suficiente por sí mismo para negar a una persona la entrada en un país miembro de la Comunidad; y con ello, en definitiva, el derecho a la libre circulación de personas y de establecimiento. Por el contrario, entendemos más coherente la posición del mencionado órgano jurisdiccional cuando afirma que la medida o sanción adoptada deberá considerarse ilegítima por no ser aplicable de igual manera a un ciudadano propio²⁴⁹. En concreto, en el asunto «Adoui y Cornuaille» el Tribunal precisa que «*los Estados están en su derecho de reprimir la profesión más antigua del mundo, pero ese derecho está limitado por la prohibición de discriminación*»²⁵⁰.

Mientras que desde el punto de vista de los intereses o bienes a proteger se muestra partidario del establecimiento de criterios restrictivos, por lo que en el asunto «Bouchereau» dirá que

«No basta –dirá el Tribunal que la medida constituya una reacción frente a la “perturbación social que lleva consigo cualquier infracción de la ley”; el

²⁴⁵ *Reçueil...*, 1975, pp. 1219-1236.

²⁴⁶ *Reçueil...*, 1976, pp. 497 y ss.

²⁴⁷ *Reçueil...*, 1977, pp. 1999-2015.

²⁴⁸ *Reçueil...*, 1982, pp. 1665-1713.

²⁴⁹ Sent. de 28 de octubre de 1975, ftos. jcos. 50 y 53.

²⁵⁰ Sent. de 28 de mayo de 1982, ftos. jcos. 7 y 9.

orden público sólo resulta lesionado ante una amenaza efectiva y suficientemente grave a uno de los intereses fundamentales de la sociedad»²⁵¹.

La aplicación de estos principios, que –a nuestro entender– resultan más compatibles con lo que debe ser la tutela de la libertad de conciencia en el ámbito de la Unión, hará imposible que se vuelva a repetir el criterio según el cual la adhesión a una minoría o grupo religioso resulta suficiente por sí mismo para negar a una persona la entrada en un país miembro de la Unión.

Por último, debe señalarse asimismo que las citadas limitaciones han de estar establecidas por ley, constituyéndose este elemento en el «mínimo común denominador» en la interpretación y aplicación del derecho de libertad de conciencia por parte del TJCE, tanto por lo que respecta a los sistemas nacionales²⁵², como al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 9.2)²⁵³, y resultar necesaria en una «sociedad democrática»²⁵⁴. Igualmente debe precisarse que dichas restricciones deberán responder a objetivos generales y constituir una intervención proporcional con el derecho garantizado²⁵⁵.

6.4. De todo lo anterior, y a modo de conclusión final, únicamente afirmar que aunque el desarrollo alcanzado no sea aún el deseable, entendemos que toda la labor hasta ahora desarrollada por las distintas instituciones comunitarias representa, sin lugar a dudas, el germen incipiente para el establecimiento de un sistema supranacional de protección de la libertad de conciencia²⁵⁶, el cual se proyectará además de los ámbitos de aplicación material reseñados sobre otras múltiples cuestiones las cuales son objeto del ordenamiento comunitario y entre las que cabe mencionar –a título de ejemplo– los ámbitos de la educación y la formación, la cultura, la información, el régimen económico, el régimen fiscal y la familia.

²⁵¹ Sent. de 27 de octubre de 1977, fto. jco. 35.

²⁵² Términos empleados por MANGAS MARTIN y LIÑÁN NOGUERAS en *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 589.

²⁵³ *Vid.*, a este respecto, STJCE de 21 de septiembre de 1989, asuntos acumulados C-46/87 y 227/88, caso *Hoetsch* (*Reçueil...*, 1989, p. 2859) y STEDH de 21 de febrero de 1975, caso *Golder*, apartado 44.

²⁵⁴ Cfr. STEDH de 26 de marzo de 1987, caso *Leander*, párrafos 50, 56 y 58.

²⁵⁵ En este sentido, *vid.* STJCE de 8 de abril de 1992, caso *Comisión vs. Alemania*, apartado 23, y STEDH de 24 de marzo de 1988, caso *Olsson*, apartado 67.

²⁵⁶ A este respecto, *vid.* FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «Posibilidades de un sistema supranacional de Derecho Eclesiástico en el marco de la Unión Europea», en *La armonización legislativa...*, vol. II, *op. cit.*, pp. 79-122.