

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

OBSERVACIONES ESCRITAS EN INTERVENCIÓN A TERCEROS

Presentadas en el caso
nº 56030/07

José Antonio FERNÁNDEZ MARTÍNEZ contra España

EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE
Quai Koch, 4
67000 Estrasburgo, Francia
Teléfono: +33 (0)3 88 24 94 40
Fax: +33 (0)3 88 24 94 47

1. La demanda presentada por José Antonio FERNÁNDEZ MARTÍNEZ contra España suscita, a nuestro parecer, pocas dificultades en cuanto al resultado. El ECLJ considera que, en este caso particular, no se ha producido una violación de los derechos invocados por el demandante y comparte la postura del Tribunal Constitucional español, según el cual, la decisión del Obispo no era ni discrecional, ya que no eludía completamente el control de los tribunales internos; ni arbitraria, puesto que las posibles intervenciones en los derechos del demandante estaban debidamente justificadas mediante el respeto, derivado del “ejercicio lícito del derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa en su dimensión colectiva o comunitaria (artículo 16 § 1 de la Constitución), sobre el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (artículo 27 § 3 de la Constitución)”.
2. El ECLJ considera que para fundamentar esta decisión, el Tribunal Constitucional español debería igualmente haber encaminado su análisis hacia las consecuencias del incumplimiento del demandante en sus obligaciones, especialmente de lealtad, con respecto a su empleador; obligaciones que eran legítimas, si se considera la especificidad de esta relación laboral, y libremente aceptadas. De esta manera, antes de valorar el comportamiento del demandante con respecto a los derechos de terceros, el Tribunal Constitucional habría podido decidir sobre las obligaciones que el demandante había convenido con su empleador. Aunque parezca preciso concluir en este caso particular y sin mayor incertidumbre la no-violación de los derechos invocados, el objeto de esta demanda suscita, sin embargo, una cuestión de derecho interesante; es decir, la de la apreciación de la legitimidad de diferencias de trato, en el ámbito del empleo, a causa del carácter religioso del empleador. Esta cuestión es conexas a la que concierne a la legitimidad de diferencias de salario durante la contratación.
3. Varios casos, actualmente pendientes ante este Tribunal, desembocan en este punto, que a nuestro conocimiento son:
 - La Demanda nº 18136/02, *Astrid SIEBENHAAR contra Alemania*, sobre el despido extraordinario de una educadora que trabajaba en un guardería, dirigida por una parroquiana protestante, por su conversión y participación activa en el seno de *la Iglesia universal*.
 - La Demanda nº 1620/03, *Bernhard Josef SCHÜTH contra Alemania*, sobre el despido de un organista y jefe de coro en una parroquia católica, a causa del incumplimiento de la obligación de fidelidad conyugal.
 - La Demanda nº 425/03, *Michael Heinz OBST. contra Alemania*, sobre el despido de un director europeo de relaciones públicas de la Iglesia mormona, a causa del incumplimiento de la obligación de fidelidad conyugal.
 - La Demanda nº 38254/04, *Andreas BAUDLER contra Alemania*, sobre la *excedencia forzosa* de un pastor protestante tras la pérdida de confianza con su consejo parroquial; el demandante informó a la gente de su litigio y emprendió una campaña en los medios de comunicación. El demandante no denuncia tanto la decisión de excedencia forzosa, ante el Tribunal Europeo, sino más bien la autonomía de las jurisdicciones eclesiásticas. Al invocar el artículo 6 § 1 del Convenio, el demandante se queja de no haber tenido acceso a un *tribunal*.

I. El derecho en vigor

4. *El caso Rommelfanger contra la RFA*¹ hace referencia a la obligación de lealtad del empleado con respecto a un empleador de condición religiosa. El Tribunal consideró como justificado el despido de un médico que trabajaba para un hospital católico, por haber hecho comentarios, públicamente, no conformes con la postura de la Iglesia en materia del aborto. En este caso, la diferencia de trato no estaba directamente relacionada con una obligación religiosa positiva –la de abstenerse a practicar un aborto–, la cual no se cuestionaba; sino que se fundaba y se justificaba en:
- La obligación negativa de no perjudicar y especialmente en el deber de lealtad hacia la Iglesia, libremente aceptado en el contrato laboral; dicha obligación de lealtad, tiene por efecto limitar la expresión del empleado.
 - La consideración mediante la que el empleador, cuando se trata de “un organismo establecido en base a algunas convicciones y juicios de valor que considera indispensables para el cumplimiento de sus funciones en la sociedad, actúa conforme a los requisitos de la convención de otorgar también todo lo que esté a su alcance para la libertad de expresión del empleador. Un empleador de este tipo no podría ejercer eficazmente dicha libertad sin imponer algunos deberes de lealtad a sus empleados”². El Dr. Rommelfanger incumplió de este modo su deber de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización para la que trabajaba, la cual merece igualmente protección.
5. *El caso Vallauri Lombardi contra Italia*³ tiene su origen en la denegación interpuesta por la Universidad de Milán, tras la oposición de la Santa Sede, de considerar la petición del demandante para la renovación de su puesto de trabajo como profesor, a causa de su postura pública anticristiana. Sin ser fijo, el demandante ocupaba este puesto desde hacía veinte años, en base a un contrato renovado año tras año. Su nómina estaba sujeta al consentimiento de la Santa Sede, de acuerdo con el Concordato.
- El Tribunal confirmó la decisión *Rommelfanger* al juzgar que, por una parte, 1) esta intervención estaba “inspirada por el principio legítimo de proteger un *derecho ajeno*, que se manifiesta en el interés de la Universidad para inspirar su enseñanza en la doctrina católica” (§ 41) y que, por otra, 2) no es competencia de las autoridades judiciales de librarse “por su cuenta a un juicio sobre la contabilidad entre las posturas del demandante y la doctrina católica” (principio de autonomía).
- Además, el Tribunal se sumó expresamente a las consideraciones desarrolladas en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 195 del 14 de diciembre de 1972”⁴,

¹ COMM. EUR. DH, 6 sept. 1989, nº 12242/86, *Rommelfanger contra la RFA*: DR, nº 62, p. 151. Véase O. de SCHUTTER, *El progreso de la igualdad de trato en la Unión Europea: la lucha contra las discriminaciones al servicio del mercado*, Año social 2000, p. 123.

² CEDH, *Rommelfanger contra la RFA*, *precita*. p. 172.

³ CEDH, 20 de oct. 2009, *Lombardi Vallauri contra Italia* (Demanda nº 39128/05).

⁴ Tribunal Constitucional nº 195 del 14 de diciembre de 1972:

La creación de universidades libres, de tipo confesional o bien que pertenezcan a una ideología dada, no está en contradicción con el artículo 33 de la Constitución. Se desprende que la libertad de enseñar que tienen los profesores (plenamente garantizada en las universidades estatales) está sometida, en las universidades privadas, a limitaciones necesarias a la realización de los objetivos de estas últimas. En efecto, se violaría la libertad de una universidad si esta no pudiera escoger a los profesores, basándose en una evaluación de su personalidad o bien si no pudiera rescindir un contrato cuando las posturas religiosas o ideológicas de un profesor contradijeran a las pronunciadas por la propia universidad. Cierto, estos poderes conllevan indirectamente la limitación de la libertad personal del profesor. No obstante, no constituyen una violación, ya que el profesor queda libre de afiliarse a los fines particulares de la universidad y de rescindir el contrato laboral, cuando no las comparta. Las mismas motivaciones demuestran el defecto manifiesto de fundamento de la cuestión, contemplada en el ángulo del artículo 19 de la Constitución. En efecto, la existencia de universidades libres, caracterizadas por difundir una fe religiosa, constituye sin lugar a dudas un instrumento de libertad. Si el sistema jurídico obligase a la universidad a nombrar a profesores que profesaran una fe diferente a la cual se adhiere la universidad,

especialmente debido a que “la libertad de los católicos se vería fuertemente comprometida si la Universidad Católica no pudiera rescindir un contrato laboral a un profesor que no compartiera las finalidades fundamentales que la caracterizan”, como lo dispone el artículo 4 de la directiva comunitaria 78/2000/CE⁵ (§78).

6. La directiva 2000/78⁶ dispuso un régimen específico por dos motivos de discriminación: la edad y la religión. El régimen específico relativo a la religión se corresponde con el descrito en el artículo 4.2⁷. Pese a que los requisitos religiosos en el ejercicio de una actividad profesional ya estén incluidas⁸ implícitamente en el régimen general de justificación de diferencia de trato sobre la requisito profesional *esencial y determinante*⁹, los Estados miembros de la UE han juzgado útil reforzar y ampliar esta protección en el ámbito religioso. Para este propósito, se han inspirado probablemente en principios, derivados de la Comisión en el caso *Rommelfanger contra la RFA*. De este modo, el último párrafo del artículo 4 § 2 establece el principio de una obligación general “de buena fe y de lealtad [de los empleados] hacia la ética de la organización”. Dado que atañe no únicamente a la organización en sí, sino también a su *ética*, la obligación general *de buena fe y de lealtad* va más allá de que lo que exigiría una relación laboral, fundada exclusivamente en un vínculo contractual *neutro*. Demuestra con creces la consideración de la doble dimensión –contractual y espiritual- de la relación

esto supondría la violación de la libertad religiosa de esta última (...). La libertad de los católicos se vería fuertemente comprometida si la Universidad Católica no pudiera rescindir un contrato laboral con un profesor que no compartiera los fines fundamentales que la caracterizan.

⁵ Directiva 78/2000/CE (§ 78) del Consejo del 27 de noviembre de 2000, que crea un marco general a favor de la igualdad de trato en el ámbito del empleo y la ocupación. *Diario Oficial*, nº L 303 del 02/12/2000 p. 0016-0022.

⁶ El Tribunal se ha referido en numerosas ocasiones a esta directiva, véase los casos siguientes: CEDH caso *D.H. y otros contra la República Checa*, 57325/00, 13/11/2077; caso *Sampanis y otros contra Grecia*, 32526/05, 05/06/2008; caso *Natchova y otros contra Bulgaria*, 43577/98; 43579/98; caso *Bekos y Koutropoulos contra Grecia*, 15250/02, 13/12/2005; caso *Karner contra Austria*. 40016/98, 24/07/2003.

⁷ Artículo 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.

⁸ É. DUBOUT, “Principio de igualdad y derecho a la no discriminación”, *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 500 § 74.

⁹ Dir. 2000/43 y Dir. 2000/78, art. 4 § 1.

laboral que existe en el seno de iglesias y organizaciones públicas o privadas “cuya ética se funda en la religión o en las convicciones”. Dado que esta doble dimensión es difícil de interpretar mediante el derecho, el carácter contractual de la relación reside a menudo en los hechos subordinado a su dimensión espiritual, y como absorbido por esta, la relación laboral debe apreciarse en relación a los requisitos de libertad de religión y de conciencia.

7. Debido al alcance de su campo de aplicación, la Unión Europea ha buscado interpretar con justicia la diversidad de organismos de inspiración religiosa. De este modo, se protegen “todas las estructuras que no tienen forzosamente una finalidad religiosa, sino que se fundan en una ética ideológica o religiosa”¹⁰. Esto autorizaría, por ejemplo, como lo ha juzgado especialmente el Tribunal supremo americano¹¹, el reenvío de un miembro de una asociación de movimiento scout que reivindicaba un comportamiento gravemente contrario a la doctrina cristiana.
8. Tanto el Tribunal Europeo como la anterior Comisión declararon en numerosas ocasiones que un organismo eclesiástico o una asociación con fines filosóficos o religiosos, tiene la capacidad de poseer y de ejercer el derecho a la libertad de religión, ya que cuando semejante organismo presenta una demanda, lo hace realmente en nombre de sus miembros¹². La anterior Comisión de Derechos Humanos adoptó no obstante, durante un cierto tiempo, una postura más restrictiva, al estimar “que una sociedad con responsabilidad limitada, en calidad de persona moral con fines lucrativos, no puede beneficiarse ni valerse de los derechos mencionados en el artículo 9 por 1”¹³. La Comisión, en el caso *Kustannus Oy Vapaa Ajatellija AB y otros contra Finlandia*¹⁴ renunció a esta distinción según la finalidad lucrativa, al admitir no poder “descartar que la asociación demandante fuera capaz, en teoría, de poseer y ejercer los derechos garantizados por el artículo 9 por 1”. De hecho, la postura anterior no era sostenible; ¿qué habría sido, por ejemplo, de los monasterios que solían ejercer una actividad económica incluso dentro de sus muros?
9. Los motivos de las derogaciones previstas por la directiva comunitaria tienen igualmente en cuenta la naturaleza específicamente *comunitaria* de los movimientos religiosos. En efecto, reconoce que el requisito cuestionado puede derivarse no únicamente de la *naturaleza de las actividades* (régimen general *neutro*), sino también del *contexto en el que se ejercen* (régimen específico eclesiástico). De esta manera se incluyen simultáneamente, tanto las actividades confesionales ejercidas en el seno de estructuras no confesionales, como las actividades no confesionales ejercidas en el seno de estructuras confesionales, respectivamente. El hecho de tener en consideración el *contexto* en el que se ejercen las actividades, permite no juzgar la doble dimensión de las relaciones laborales internas a los movimientos religiosos con los criterios aplicables en el contexto *civil*. En efecto, en el contexto religioso, la naturaleza operacional de una función no tiene necesariamente una relación con su alcance espiritual.

La proporcionalidad de una medida litigiosa se aprecia “en relación a la ética de la organización”. Como destaca el profesor Dubout, esta “redacción, interpretada ligeramente, podría legitimar un amplio abanico de diferencias de trato”¹⁵. En hecho

¹⁰ É. DUBOUT, “Principio de igualdad y derecho a la no discriminación”, *precita*.

¹¹ Tribunal Supremo de EE.UU., *Boys Scouts of America v/Dale*, [2000], 530 US 640.

¹² Véase Com. Eur. DH, nº 7805/77, Dec 5 de mayo de 1979, DR 16 pp. 68-76, nº 8118/77 Dec 19 de marzo de 1981, DR 25 pp. 105-135, nº 12587/86, Dec 14 de julio de 1987, DR 53 pp. 241-252.

¹³ La Com. Eur. cita las decisiones siguientes sobre: Com. Eur. DH nº 7865/77, dic. 27 febr. 1979, *X contra Suiza*, DR 16 p. 85, nº 11921/86, Dec 12 de oct. 1988, DR 57 PP. 81/96.

¹⁴ COM. EUR. DH, 15 de abril 1996 *Kistannus Oy Vapaa Ajatellija AB y otros contra Finlandia*, nº 20471/92, DR 85.

¹⁵ É. DUBOUT, “Principio de igualdad y derecho a la no discriminación”, *precita*.

como en derecho, teniendo en cuenta el principio de autonomía doctrinal de movimientos religiosos, según el que sólo pertenece a la organización religiosa la definición de su ética, esta redacción es susceptible de legitimar cualquier diferencia de trato que no sea contraria a los “principios constitucionales de los Estados miembros así como a los principios generales del derecho comunitario”.

10. *La convención nº111 y recomendación nº 111* sobre la “discriminación en el empleo y la profesión”, adoptadas en 1958 por la Conferencia Internacional del Trabajo, protegen al conjunto de trabajadores y prohíben la discriminación fundada en la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social. La convención distingue tres categorías de medidas que no se consideran discriminatorias, entre las que “se encuentran aquellas que se fundan en las calificaciones exigidas por un empleo determinado”¹⁶. En este punto, la Oficina Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) precisa que “es posible que los criterios enumerados en la convención [raza, color, sexo, religión, opinión política], constituyan calificaciones exigidas por un empleo determinado”. La OIT añade al respecto: “En cuanto a la religión, las restricciones referidas a algunos empleos, vinculadas a una religión determinada se pueden aceptar”¹⁷.
11. *El Comité de Derechos Humanos*, en el caso *Malcom Ross contra Canadá*¹⁸ juzgó que el cambio de afecto de un profesor, que había hecho comentarios antisemitas, era legítimo y necesario, especialmente para *proteger los derechos o la reputación* de las personas de religión judía, incluido su derecho a la educación”. El Comité consideró que “la influencia que ejercen los profesores puede justificar la imposición de restricciones [sobre la libertad de expresión] con el fin de proteger aquello a lo que el sistema escolar no concede legitimidad, a la expresión de opiniones que son discriminatorias”¹⁹.
12. *Las líneas directrices que atañen al examen de leyes que afecta a la religión o a las convicciones religiosas*, adoptadas por la OSCE/OIDDH y la Comisión de Venecia²⁰, otorgan igualmente indicaciones útiles, especialmente en lo que respecta a las reglas sobre la contratación y el despido de profesores en base a su religión o sus convicciones. Tras haber recordado que los “casos que implican contratación y despido de profesores y de otras categorías de personal en los colegios (públicos o privados), en función de su religión o de sus convicciones, pueden parecer muy complicados y su resolución depende de los hechos en cada caso”. Las líneas directrices establecen que “los colegios religiosos, por ejemplo, pueden exigir que su personal sea miembro de la religión en cuestión y despedir a los empleados que hayan abandonado la religión o hayan seguido una conducta que la dirección considera contraria a la ética del centro”²¹.

II. El principio de autonomía del fuero interno tanto individual como colectivo.

El principio de autonomía del fuero interno individual

¹⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*, Ginebra, 2004, pp. 69-70

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ HRC, *Malcom Ross contra Canadá*, Vista nº 736/1997, UN. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

¹⁹ Véase también Malcolm EVANS, *The freedom of religion or belief and the freedom of expression*, European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union –Study, 2009.

²⁰ *Líneas directrices que atañen al examen de leyes que afectan a la religión o a las convicciones religiosas*, Comisión de Venecia/OSCE-OIDDH Panel of Experts on Freedom of Religion or Belief, CDL-AD (2004) 028, Dictamen nº 271/2004, adoptadas por la Comisión de Venecia en la 59ª Pleno, junio de 2004.

²¹ *Líneas directrices...*, p. 10

13. Este principio no exige precisiones suplementarias, ya que incluye el principio de la libertad absoluta del acto de la fe. Esta autonomía no se confiere, sino que está reconocida y protegida por el derecho.

Si es cierto que la libertad de religión “procede en primer lugar del fuero interior”, ámbito “totalmente diferente al del derecho privado, el cual corresponde con la organización y el funcionamiento de la sociedad en su conjunto”²², esta libertad no está desprovista de efecto en el fuero externo, como lo reconoce el Convenio, al garantizar la “libertad de manifestar su religión o su convicción individual o colectivamente, en público o en privado, mediante el culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de ritos”.

El principio de la autonomía de organizaciones confesionales.

14. *La Autonomía en la doctrina:* el juez europeo insiste frecuentemente en el hecho de que “salvo casos muy excepcionales, el derecho a la libertad de religión excluye cualquier apreciación estatal en la legitimidad de creencias religiosas”²³. En efecto, la libertad de manifestar su religión “excluye cualquier apreciación por parte del Estado en la legitimidad de creencias religiosas o en las modalidades de expresión de las mismas”²⁴. El Estado está sometido a un deber “de neutralidad y de imparcialidad incompatible con un poder de apreciación de la legitimidad de creencias religiosas cualquiera”²⁵²⁶. En cambio, la salvaguardia del derecho amparado por el artículo 9 recae sobre el Estado y no sobre las iglesias que “que no son responsables de garantizar la libertad de religión de sus sacerdotes o de sus fieles”²⁷. El Tribunal ha afirmado a menudo que “no existe democracia sin pluralismo”. Por este motivo, la libertad de expresión tiene valor, con la salvedad del párrafo 2, “no únicamente por las *informaciones* o *ideas* recogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también por aquellas que ofenden, sorprenden o inquietan”²⁸. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que representa uno de los “pilares de la sociedad democrática” y, en particular, de la libertad de expresión, debe ser igualmente considerada con esta misma abertura. Si el Estado debe prohibirse apreciar la legitimidad de creencias religiosas, esto no supone que su dirigente deba proteger cualquier acto motivado o inspirado por una religión o convicción²⁹. De este modo, el respeto de la libertad de religión de un profesor no exige la obligación por parte del centro a reducir sus horas laborales en función de sus horas de oración³⁰. Es igual que la obligación que tiene un motorista de llevar casco, lo que le supone, según él, un inconveniente para sus deberes religiosos³¹.
15. *La Autonomía institucional interna de grupos religiosos.* El Tribunal ha consagrado el principio de autonomía de comunidades religiosas respecto a las autoridades civiles. Este principio preexiste al Convenio en las tradiciones jurídicas nacionales europeas, independientemente del modo de relación *separatista* o no escogido entre Estado e

²² CEDH, *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros* [GC], números 41340/98, 41343/98 y 41344/98, CEDH 2003-I, § 128.

²³ CEDH, 26 de sept. de 1996, *Manoussakis y otros contra Grecia*, § 47: RTDH 1997, P. 536, nota G. González.

²⁴ CEDH, *Manoussakis*, § 47, apertura de centros de oración que dependen del consentimiento del metropolitano de la Iglesia cristiana ortodoxa.

²⁵ Véase *mutatis mutandis*, CEDH, *Cha'are Shalom VeTsedek contra Francia* [GC], nº 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII.

²⁶ CEDH, *Refah Partisi* § 91.

²⁷ COM. EUR. DH, Dec 8 de marzo de 1976, *X contra Dinamarca*: DR 5, P. 157 –Com. EDH, Dec. 11 de abril de 1996, *Finska Församlingen I de Estocolmo y Hautaniemi contra Suecia*: DR 85- B, p. 94.

²⁸ Véase especialmente las sentencias de *Handyside contra Reino Unido*, del 7 de diciembre de 1976, serie A nº 24, p. 23, § 49 y *Jersild contra Dinamarca* del 23 de septiembre de 1994, serie A nº 298, p. 26, § 37.

²⁹ CEDH, *Kalaç contra Turquía* del 1 del julio de 1997, Recopilación 1997-IV, p. 1209, § 27.

³⁰ Com. Eur. DH, 12 de marzo de 1981, *X contra Reino Unido*, nº 8160/78, (DR) 22, P. 27.

³¹ Com. Eur. DH, 12 de julio de 1978, *X contra Reino Unido*, nº 7992/77, (DR) 14, P. 234.

Iglesia. La falta de consenso europeo en el ámbito de relaciones entre Estado e Iglesia, las distinciones y diferencias de estatus jurídico que existen entre las comunidades religiosas, en el seno de un mismo Estado, son sin incidencia substancial sobre el principio de autonomía de las comunidades religiosas. En otras palabras, este principio encuentra su propio origen directamente en la libertad de religión y por lo tanto no está conferido por el Estado, a menos que se desprenda –como corolario o consecuencia- del principio de laicidad³². De la misma manera, pero de forma inversa, el respeto de esta autonomía institucional es sin incidencia sobre la naturaleza circunstancialmente laica o confesional del Estado. Un Estado puede ser confesional y respetar la autonomía institucional de todas las organizaciones presentes en su territorio. La existencia de un acuerdo institucional entre el Estado y una o varias iglesias, como manifiesta la ley fundamental alemana³³, no es más contraria al principio de autonomía, a menudo es una aplicación. En cambio, sin respeto al principio de autonomía, la separación entre lo religioso y lo político parece imposible, ya que lo político prima sobre lo religioso. La Gran Sala del Tribunal, en una sentencia de octubre de 2000, *Hassan et Tchaouch contra Bulgaria*, recordó y consagró la autonomía de las comunidades religiosas:

El derecho de los fieles a la libertad de religión supone que la comunidad pueda funcionar de forma pacífica, sin intervención arbitraria del Estado. En efecto, la autonomía de las comunidades religiosas es indispensable para el pluralismo en una sociedad democrática y se encuentra, por tanto, en el propio seno de la protección brindada por el artículo 9. Presenta un interés directo no únicamente para la organización de la comunidad, como tal, sino que también para el disfrute efectivo para el conjunto de sus miembros activos al derecho a la libertad de religión.

Si la organización de la vida de la comunidad no estuviera protegida por el artículo 9 del Convenio, el resto de aspectos de la libertad de religión del individuo se verían fragilizados³⁴.

16. El Tribunal fundamenta la protección de esta autonomía, considerando la dimensión espiritual de instituciones religiosas *per se*, instituciones religiosas que suelen tener en sí mismas un significado y un rol en la fe y en el ejercicio del culto³⁵. De esta manera, por ejemplo, la Iglesia católica es en sí misma una realidad espiritual, cuyo valor sobrepasa el de la incorporación de sus miembros. La existencia de la institución eclesial católica condiciona la existencia de la religión católica. Debido al carácter unitario, *corporal*, de la Iglesia, el ataque dirigido a sus estructuras institucionales afecta al conjunto de sus miembros.
17. El Estado debe, por tanto, no únicamente permanecer *neutro e imparcial*³⁶ en materia de registro de asociaciones de culto³⁷, apertura de lugares de culto³⁸ o de ejercicio público

³² Véase por ejemplo CEDH, 8 de noviembre de 2007, *Perry contra Letonia*, nº 30273/03.

³³ La ley fundamental alemana dispone en su artículo 140 que los *artículos eclesiales* (*Kirchenartikel*) de la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919 forman parte integrante de la Ley fundamental. Artículo 137:

“1. No existe una Iglesia de Estado. // 2. La libertad de formar sociedades religiosas está garantizada (...) // 3. Cada sociedad religiosa regula y administra sus asuntos de forma autónoma, dentro de los límites de la ley aplicable a todos. Dicha sociedad confiere sus funciones sin intervención del Estado ni de colectividades comunales civiles.”

³⁴ CEDH, 26 de oct. De 2000, *Hassan y Tchaouch contra Bulgaria* [GC], Nº 30985/96, § 84, CEDH 2000-XI. § 62.

³⁵ *Idem*. “las comunidades religiosas existen, tradicional y universalmente, en forma de estructuras organizadas. Respetan las reglas que los adeptos suelen considerar de origen divino. Las ceremonias religiosas tienen un significado y un valor sagrado para los fieles cuando se celebran por ministros de culto que están habilitados en virtud de dichas reglas. La personalidad de estos últimos es seguramente importante para cualquier miembro de la comunidad. La participación en la vida de la comunidad es, por tanto, una manifestación de la religión, que cuenta con la protección del artículo 9 del Convenio”.

³⁶ CEDH, 16 de diciembre de 2004, *Alto Consejo espiritual de la comunidad musulmana contra Bulgaria*, § 93.

del culto³⁹, sino además debe, y ante todo, permanecer *exterior* al funcionamiento interno de las religiones, absteniéndose de cualquier intervención arbitraria. Si en un caso, la imparcialidad no pretende “suprimir la causa de las tensiones, mediante la eliminación del pluralismo, sino velar para que los grupos contrincantes se toleren los unos a los otros”⁴⁰, contribuyendo de esta manera a “garantizar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática”, el respeto del principio de autonomía alude primeramente al respeto de la libertad religiosa de la comunidad y de sus miembros y contribuye solamente por consiguiente a garantizar la paz religiosa.

18. Se plantea a veces la cuestión del alcance del principio de autonomía en *materia sumarial o disciplinaria*, como en el caso *Andreas Baudler contra Alemania*. Sin implicar un juicio en los hechos de la causa, se puede destacar una cierta intervención entre las soluciones aceptadas por el Tribunal Federal de Justicia alemán y por el Tribunal Europeo en el caso *Lombardi*. En efecto, según la exposición que fue presentada por la Secretaría, el Tribunal Federal habría considerado que el “derecho de autonomía de las iglesias no suponía una limitación al deber del Estado para garantizar un control judicial contra una medida eclesiástica, sino que sólo influía en el alcance de este control. Esta jurisprudencia tenía como consecuencia que las jurisdicciones estatales no podían examinar la legalidad de una medida relevante de la autonomía de las iglesias, sino solamente su validez; es decir, el hecho de saber si la medida cuestionada era contraria a los principios fundamentales del orden jurídico, tales como la prohibición general de lo arbitrario o las nociones de buenas costumbres y del orden público”.
19. En el caso *Lombardi contra Italia* se cuestionaban las condiciones del recurso contra la transposición de una decisión soberana de la Santa Sede, en el orden jurídico italiano, sobre el fundamento del Concordato. Si el Tribunal juzgó la intervención como legítima, consideró, por el contrario, que al levantar simplemente acta de la decisión de la Santa Sede, el Consejo de la Facultad motivó insuficientemente su decisión. Las jurisdicciones nacionales deberían haber verificado la conformidad de la decisión de transposición, no en relación a la doctrina religiosa, sino a los requisitos sumariales fundamentales. Permanece, de este modo, la distinción entre validez formal y legalidad desarrollada en el caso *Baudler*. No obstante, uno podría preguntarse todavía por la conciliación entre el control de validez y el respeto del fuero interno en relación a la obligación de motivación explícita de las decisiones.

III/ La obligación de lealtad

20. La obligación de lealtad sintetiza la doble naturaleza, espiritual y contractual, de la relación laboral. Esta obligación de lealtad establece un vínculo entre las obligaciones de naturaleza contractual y espiritual. Dicha obligación de *lealtad religiosa* ya ha sido reconocida con creces por el Tribunal, tanto en el marco de la función pública como en la situación en que el empleador es una organización, cuya ética se funda en la religión o en las convicciones.

³⁷ CEDH, *Metrópolis de Besarabia precita.*; CEDH, 5 de oct. De 2006, *Rama de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia*. CEDH, 5 de abril de 2007, *Iglesia de Cienciología de Moscú contra Rusia*, RTDH 2007, P. 1137, nota G. González.

³⁸ CEDH, *Manoussakis*, § 44 y 45.

³⁹ CEDH, 26 de julio de 2007, *Barankevitch contra Rusia*, § 31.

⁴⁰ CEDH, *Serif*, § 53. CEDH, *Metrópolis de Besarabia y otros*, § 116; CEDH, 17 de oct. De 2002, *Agga contra Grecia* (nº2), §59; CEDH, 22 de enero de 2009, *San Sínodo de la Iglesia ortodoxa búlgara (metropolitano Innocent) contra Bulgaria*, § 159.

21. En el marco de la función pública, la obligación de *lealtad religiosa* se expresa generalmente de forma *negativa*, mediante una obligación de reserva respecto a los administrados y la administración. El Estado puede someter a sus agentes públicos a una obligación de conducta, tanto dentro como fuera de la esfera administrativa⁴¹. La jurisprudencia del Tribunal ha reconocido esta obligación de lealtad desde 1986, mediante las sentencias *Glasenapp* y *Kosiek*⁴² y se ha confirmado mediante la sentencia *Vogt*⁴³. En el caso *Kalac contra Turquía*, el Tribunal estimó compatible la jubilación de cargo de un magistrado militar, con el artículo 9 del Convenio, a causa de opiniones integristas ilegales⁴⁴. Lo mismo ocurrió con la revocación de un juez, a causa de comentarios de carácter religioso durante el ejercicio de sus funciones⁴⁵.
22. Cuando el empleador es una organización, cuya ética se funda en la religión o en las convicciones, a la dimensión *negativa* de la obligación de lealtad (obligación de abstención) se añade una dimensión *positiva* más difícil de discernir. En efecto, si la obligación negativa se aplica sin efecto en el fuero interno del empleado, esto resulta menos cierto para su dimensión positiva.
23. ¿El empleado de un centro religioso puede ser despedido por haber perdido la fe; es decir, por haber abandonado la iglesia o el grupo religioso en el seno del cual y para el cual trabajaba? Si la pérdida de la fe se desprende del fuero interno, la expresión, la manifestación de este cambio (como la interrupción de la práctica pública o la conversión a otra religión) se desprende, por el contrario, del fuero externo y tiene efecto en los derechos de terceros. De este modo, si la obligación de lealtad no puede llegar a justificar una obligación de practicar la religión, la manifestación exterior de un cambio en el fuero interno puede, por el contrario, ser interpretada como un incumplimiento a la obligación de lealtad. Este es la postura que adoptan especialmente la OSCE /OIDDH y la Comisión de Venecia.
- La justificación de las intervenciones del Estado ante el principio de autonomía del fuero interno, tanto a nivel individual como institucional, parece delicada.

IV. La justificación de las intervenciones

24. La apreciación, por parte de la autoridad pública, de la obligación de lealtad y de buena fe que recaen sobre el empleado, requiere inevitablemente adquirir una forma de juicio, aunque mínimo, no solamente en el contenido de la decisión, cuestionada en relación a la doctrina, sino también, a veces, en el contenido de la decisión en sí misma, en relación a los requisitos públicos. Más allá del respeto necesario de la libertad del acto de fe, la determinación de sus requisitos públicos es delicada, ya que puede introducir una confrontación entre la religión y la cultura, y en particular con las costumbres.
25. Se han escogido diferentes formulaciones para designar estos requisitos públicos:
- La Directiva 2000/78 establece que las diferencias de trato son admisibles, siempre y cuando no sean contrarias a “los principios constitucionales de los Estados miembros”, así como a “los principios generales del derecho comunitario”⁴⁶.

⁴¹ MONTFORT, Pascal. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el hecho religioso y la función pública” *JPC Administraciones y Colectividades territoriales*, nº 12, 21 de marzo de 2005, 1144.

⁴² CEDH, 28 de agosto de 1986, *Glasenapp contra la RFA*. CEDH, 28 de agosto de 1986, *Kosiek contra la RFA*.

⁴³ CEDH, 26 de sept. de 1995, nº 17851/91, *Vogt contra la RFA*, Juris-Data nº 1995-604197, serie A nº 323.

⁴⁴ CEDH, 1 de julio de 1997, nº 20704/92, *Kalac contra Turquía*: Rec. CEDH, 1997, IV.

⁴⁵ CEDH, 8 de febr. de 2001, nº 47936/99, *Pitkevitch contra Rusia*.

⁴⁶ La reciente opinión, razonada y dirigida por la Comisión Europea al Reino Unido sobre la transposición de los artículos 2 (4), 4 y 9, no ha aportado aclaración en este punto, al contrario, su argumentación es elíptica. Paradoxalmente, la Comisión interpreta la legislación británica sobre las discriminaciones en el seno de las religiones organizadas bajo el ángulo del artículo 4 (1) y no conserva del artículo 4 (2) más que la última frase.

- Las líneas directrices de la OSCE/OIDDH no aportan indicaciones útiles en este punto.
 - El Tribunal Federal de Justicia alemán hace referencia “a los principios fundamentales del orden jurídico, tales como la prohibición general de lo arbitrario o las nociones de buenas costumbres y de orden público”⁴⁷.
 - El Tribunal Europeo se ha confrontado a esta cuestión, especialmente cuando se trata de apreciar la legitimidad de obligaciones que se desprenden de la sharia.
26. En numerosas ocasiones, el Tribunal tuvo la ocasión de juzgar, en los casos sobre la huida forzada de los extranjeros, que las prácticas impuestas –de forma abusiva o no- en nombre de la religión musulmana, tales como la ablación, eran incompatibles con el artículo 3. Recientemente, el 19 de enero de 2010, el Tribunal, en el caso *Z.N.S contra Turquía* (nº 21896/08), ha hecho pública una sentencia destacable, que reconocía el peligro grave y real de los malos tratos que incurren los *apóstatas* en Irán. Este peligro de malos tratos, y especialmente de matanza, está prescrito por la sharia. Más sencillo, ¿puede un colegio privado musulmán despedir de forma legítima a una profesora que se niegue a llevar el velo o que milite a favor de la igualdad entre los sexos? Aún más, ¿se puede exigir de forma legítima, en una relación privada, la no adhesión a los valores subyacentes al Convenio? ¿Se puede sancionar de forma legítima a una persona por su postura pública a favor de valores subyacentes al Convenio?
27. En este punto, en la sentencia *Gündüz contra Turquía*⁴⁸, el Tribunal juzgó la condena de un dirigente religioso musulmán como un ataque a la libertad de expresión por haber criticado vehementemente el régimen laico en Turquía, a pesar de que este estuviera conforme a los valores subyacentes al Convenio. Este imán en particular había solicitado la instauración de la sharia. El Tribunal juzgó este discurso protegido en virtud de la libertad de expresión. Sin embargo, afirma, por otro lado, en una jurisprudencia constante que “es difícil declararse respetuoso de la democracia y de los derechos humanos y, a la vez, apoyar un régimen fundado en la sharia”⁴⁹. Se produciría, de este modo, una *gran incompatibilidad* entre *los valores del convenio y los de la sharia*⁵⁰. En el caso *Refah Partisi*, el Tribunal enuncia compartir “el análisis elaborado por la Cámara sobre la incompatibilidad de la sharia con los principios fundamentales de la democracia, tal y como se desprenden en el Convenio”⁵¹.

Comisión Europea, Reasoned Opinion to the United Kingdom under article 226, Infringement 2006/2450 SG Greffe (2009) D/Document non public.

⁴⁷ Véase *supra*, *Andreas BAUDLER contra Alemania*.

⁴⁸ CEDH, *Gündüz contra Turquía*, nº 35071/97, CEDH 2003-XI.

⁴⁹ CEDH, *Refah Partisi y otros*, § 123. CEDH, 4 de dic. 2003, *Gündüz contra Turquía*, § 51; CEDH, Dec 20 de sept. de 2005, nº 54479/00 *Güzel contra Turquía*; CEDH, Dec 11 de dic. De 2006, nº 13828/04, *Kalifatstaat contra Alemania*, prohibición de una asociación favorable al restablecimiento del califato y la instauración de un Estado mundial fundado en la sharia.

⁵⁰ LEVINET, Michel. *JurisClasseur Europe Tratado*, Fasc. 6522: Convenio Europeo de Derechos Humanos, § 76.

⁵¹ CEDH, *Refah Partisi y otros*, § 123 precisa: “72. A semejanza del Tribunal Constitucional, el Tribunal reconoce que la sharia, que refleja fielmente los dogmas y reglas divinas dictadas por la religión, presenta un carácter estable e invariable. Los principios, como el pluralismo en la participación política o la evolución incesante de las libertades públicas, le son extraños. El Tribunal revela que, leídas conjuntamente, las declaraciones en cuestión que contienen referencias explícitas a la instauración de la sharia son difícilmente compatibles con los principios fundamentales de la democracia, tal y como se desprende del Convenio, entendida como un todo. A la vez, es difícil declararse respetuoso con la democracia y los derechos humanos y apoyar un régimen fundado en la sharia, que se distancia claramente de los valores del Convenio, fundamentalmente en relación a sus reglas de derecho penal y de procedimiento penal, al lugar que reserva a las mujeres en el orden jurídico y a su intervención en todos los ámbitos de la vida privada y pública, en conformidad con las leyes religiosas [...]. Según el Tribunal, un partido político, cuya acción pretenda la instauración de la sharia en un Estado miembro del Convenio, difícilmente podrá pasar por una asociación conforme al ideal democrático subyacente al conjunto del Convenio.

28. En los casos del *velo*, en la sentencia *Leyla Şahin contra Turquía*⁵², así como en la de *Dahlab contra Suiza*⁵³, el Tribunal tuvo la ocasión de precisar el contenido de *estos principios fundamentales de la democracia*. Justificó la prohibición del pañuelo islámico, fundamentalmente en relación al principio de igualdad entre hombres y mujeres, puesto que llevarlo se desprende de una prescripción *difícilmente conciliable con el principio de igualdad entre los sexos*⁵⁴. Esto es cierto, sin lugar a dudas; no obstante, ¿puede una autoridad pública formular una apreciación semejante sin *interpretar*, con riesgo a equivocarse, el contenido de la doctrina religiosa?⁵⁵ ¿Esta interpretación se efectúa en relación al derecho o a la cultura occidental contemporánea? En la sentencia *Leyla Şahin contra Turquía*, el Tribunal puso de manifiesto “la salvaguardia y el impulso de ideales y valores de una sociedad democrática”, caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, como finalidad justificativa de las concesiones diversas por parte de los individuos. La prohibición del pañuelo se consideró justificada en relación a la necesidad de salvaguardar la laicidad, necesaria en sí misma en Turquía, en relación con los derechos y libertades del prójimo, del orden y de la seguridad pública.
29. Además de preservar el orden público, la referencia a los ideales y valores de una sociedad democrática podría también invocarse probablemente para sancionar una diferencia de trato en el ámbito del empleo, en el seno de las iglesias y de otras organizaciones, cuya ética se funda en la religión o en las convicciones. Ahora bien, estos ideales y valores son evolutivos, contrariamente a las *reglas divinas dictadas por la religión [que] presentan un carácter estable e invariable*⁵⁶. Parece difícil limitar la distorsión entre los valores llamados democráticos y los religiosos, conservando la capacidad de justificar en derecho algunos ataques al principio de autonomía de religiones. No obstante, el recurso a los *valores subyacentes al convenio*, como “patrimonio común de lo ideal y de tradiciones políticas, de respeto de la libertad y de preeminencia del derecho” al que hace referencia el preámbulo⁵⁷ podría desarrollarse con este fin. En efecto, una forma de orden público en el ámbito religioso podría, de este modo, fundarse y delimitarse mediante los “valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos [de Europa] y que se encuentran en los cimientos de los principios de libertad individual, de libertad política y de preeminencia del derecho, sobre los que se funda toda democracia verdadera”, a los que los Gobiernos⁵⁸ signatarios del Mandato del Consejo de Europa, en 1949, se declararon inquebrantablemente vinculados⁵⁹. El texto del preámbulo del Tratado de Lisboa hace igualmente referencia, de manera más extendida e inclusiva, a la “herencia cultural, religiosa y humanista de

⁵² CEDH, 29 de junio de 2004, nº 44774/98, *Leyla Şahin contra Turquía*: JCP G 2004, I, 161, cron. F. Sudre; AJDA 2004, p. 1816, por J. F. Flauss; JPC G 2005, II, 10016, nota B. Bonnet; JDI 2005, nº 2, p. 529, nota E.D.; Dr. adm. 2004, com. 146, nota M. Lombard; D. 2005, p. 204, nota G. Yildirim; JCP A 2004, 1831, note C. Gauthier; RD publ. 2005, p. 789, obs. G. González. A. Debet, “Signos religiosos y jurisprudencia europea”: APD 2005, t. 48, p. 221. E. Bribosia y I. Rorive, El velo en el colegio: una Europa dividida: RTDH 2004, p. 951.

⁵³ CEDH, 15 de febr. de 2001, *Dahlab contra Suiza*: RUDH 2001, p. 76; AJDA 2001; RFD adm. 2003, p. 536; RUDH 2001, p. 76; AJDA 2001, p. 480.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ PLANA, Sandrine. “Las prevenciones del Tribunal Europeo en contra de algunas prescripciones religiosas” *Revista Derecho de la familia* nº 4, abril de 2006, estudio 19. Según Plana, el pañuelo debería considerarse la “marca de una sumisión de la mujer a Dios y no al hombre”.

⁵⁶ CEDH, *Refah Partisi y otros*, § 123. precisa

⁵⁷ CEDH, *Soering contra Reino Unido*, 7 de julio de 1989, nº 14038/88: GA CEDH, p. 163, § 88.

⁵⁸ Gobiernos del Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, de la República Francesa, la República Irlandesa, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia, el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte.

⁵⁹ Mandato del Consejo de Europa, Londres, 5. V. 1949, preámbulo, § 2.

Europa, a partir de los que se desarrollaron los valores universales que constituyen los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, así como la libertad, la igualdad y el Estado de derecho”.

30. Un *patrimonio* de *valores espirituales y morales* no puede definirse exclusivamente como prospectivo, evolutivo, ya que se funda necesariamente en una *herencia* de valores. Dichos valores permanecen incluidos globalmente como el fundamento y la raíz de los valores democráticos contemporáneos. El Mandato del Consejo de Europa y el Tratado de Lisboa afirmaron la continuidad entre los valores espirituales y morales propiamente europeos y el ideal democrático contemporáneo. Estos valores contienen en sí mismos una dinámica susceptible de apoyar la afirmación incesante de las libertades públicas, que permiten inculcarlas y definir las mejor. Se deduce que una práctica o doctrina religiosa o filosófica que forma parte del patrimonio de los valores espirituales y morales europeos no puede ser considerada como contraria al pluralismo o a los valores subyacentes al convenio.

De este modo, en el caso *OBST contra Alemania*, el Tribunal Federal Laboral alemán evaluó la legitimidad de la obligación de fidelidad conyugal no únicamente respecto a los *principios fundamentales del orden jurídico*, sino también respecto a la tradición doctrinal de las iglesias constituidas y las religiones.

31. En el ámbito religioso, la referencia a los *valores espirituales y morales que constituyen el patrimonio común* de los pueblos de Europa, dado que se funda en la realidad de la historia y de la cultura europea, podría aclarar y reforzar útilmente la referencia a los valores modernos occidentales, cuyo universalismo abstracto se suele denunciar. La referencia a este *patrimonio* evitaría oponer o dar impresión de oponer una filosofía más o menos antirreligiosa a una religión más o menos antifilosófica.

Dr. Grégor PUPPINCK
Directo general