

LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: CUIUS REGIO EIUS RELIGIO

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado

Revista Española de Derecho Europeo 63

Julio – Septiembre 2017

Págs. 47 – 73

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIALÉCTICA UNIVERSALISMO «VERSUS» PARTICULARISMO NACIONAL EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO. III. EL DEBATE SOBRE LA CONFESIONALIDAD EN INGLATERRA EN EL MARCO DE LA INCORPORACIÓN A SU ORDENAMIENTO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. IV. CONCLUSIONES: LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y LAS SERVIDUMBRES DE LA DIPLOMACIA.

RESUMEN: En este trabajo se realiza un análisis del trasfondo y las razones más bien de orden político que subyacen a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de relaciones Iglesia-Estado, especialmente por lo que concierne al modo en el que el Tribunal ha declarado la compatibilidad entre el Convenio y la existencia en algunos países miembros de regímenes de confesionalidad estatal en los que se privilegia a la confesión oficial sobre las demás. A estos efectos, esta cuestión se pone en relación con el debate que similarmente se ha suscitado en Inglaterra sobre la compatibilidad entre la confesionalidad anglicana y la incorporación a su ordenamiento del CEDH, un debate que resulta a estos efectos singularmente iluminador y en el que también quedan de manifiesto las verdaderas razones políticas que también en este caso han impedido hasta la fecha llevar a cabo una verdadera depuración de

ese ordenamiento para garantizar la plena vigencia del principio de igualdad.

ABSTRACT: In this paper the author studies the background and the main historical and political reasons that underlay the European jurisprudence concerning Church and State relations, particularly focusing on the judgements that relate to the existence in some of the member states of an official state church which is granted a privileged position in those legal systems to the detriment of other minority denominations. To this respect, comparative consideration is also given to the very interesting and enlightening debate that has emerged among academics especially for the last decades about the conflicting relation between Anglican establishment in England and the incorporation to its legal order of the European Convention of Human Rights.

PALABRAS CLAVE: Relaciones Iglesia-Estado – Libertad religiosa – Confesionalidad estatal – Jurisprudencia europea. **KEYWORDS:** Church and State – Religious freedom – Establishment of religion – European jurisprudence

Fecha de recepción: 18/05/2017

Fecha de aceptación: 23/06/2017

I. INTRODUCCIÓN

En una conferencia dada en un foro científico hace ya algunos años, al hilo de la exposición de un tema con evidentes implicaciones en el ámbito de tutela de la libertad de religión o creencia o, en un sentido más amplio, concerniente a las que convencionalmente solemos referirnos como las relaciones Iglesia-Estado o las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, quien por aquel entonces era magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH o el Tribunal), el Juez Hedigan, pronunció las siguientes palabras: en asuntos relativos a la religión –sentenció–, tal vez sea mejor no extraviarse muy lejos de casa¹.

Pocas veces se habrá podido resumir con mayor tino, de manera tan breve y aparentemente sencilla pero a la vez tan reveladora y cargada de un profundo significado, el serio dilema al que tradicionalmente ha tenido que enfrentarse la Corte de Estrasburgo a la hora de enjuiciar aquellos casos en los que, de uno u otro modo, se veía implicado el ámbito de amparo delimitado por el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante el CEDH o el Convenio) en su confrontación con los diversos sistemas nacionales de relación Iglesia-Estado que se detectan en el seno del Consejo de Europa, esto es, a la hora de aplicar un régimen de garantía básicamente uniforme también en relación con la libertad de creencias como una más de las libertades consagradas en el Convenio y que, como tal, participa o habría de participar del efecto homogeneizador que es inherente al sistema europeo de derechos humanos, en tanto que este aspira a instaurar un estatuto esencialmente común en materia de derechos y libertades a partir de lo estipulado en la regulación convencional.

Ese dilema, expresado ello ahora preliminarmente también de manera muy sintética, surge del hecho de que, a diferencia de lo que acontece respecto de los restantes derechos consagrados en el Convenio, en materia de libertad de religión o creencia aquel empeño presenta una dificultad adicional y de no escasa envergadura, precisamente en la medida en la que, en efecto, el régimen jurídico de esta libertad en algunos de sus aspectos se desenvuelve en el terreno de las relaciones Iglesia-Estado y este es un ámbito en el que se da una doble condición que resulta especialmente problemática desde la óptica de la cuestión que estoy ahora resaltando: de un lado, como es notorio, existe

1. La frase textual es esta, «*In matters pertaining to religion, it is perhaps better not to stray too far from home*», y al parecer fue dicha en el transcurso de su intervención, bajo el título «*Religious advertising and the European Convention on Human Rights*», en el *Congrès des Droits de l'Homme* celebrado en Estambul en mayo de 2006 (Cit. por JANIS, M. W., KAY, R. S. y BRADLEY, A. W., *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 334).

en Europa una gran heterogeneidad en los modelos de relación entre el Estado y las confesiones religiosas que a menudo presentan características muy distintas e incluso aparentemente incompatibles entre sí, detectándose tanto sistemas basados en el principio de laicidad o aconfesionalidad –con distintas variantes estos, a su vez, particularmente en lo concerniente al mayor o menor grado de implicación o cooperación con las confesiones o, incluso, en lo relativo al reconocimiento en algunos de estos modelos, pese a su carácter aconfesional, de un tratamiento más beneficioso para la religión o las religiones tradicionalmente preponderantes en el país–, como asimismo otros en los que continúa vigente el principio de la confesionalidad estatal, siendo este el caso, por ejemplo, de ciertos modelos anglosajones o escandinavos²; de otro lado, a ello se suma el hecho de que el modelo de relaciones Iglesia-Estado es frecuentemente concebido por las autoridades locales como una parte integrante de una propia identidad nacional a la que, en apariencia, los estados miembros no están dispuestos a renunciar, tal y como ha quedado de manifiesto en reiteradas ocasiones y no sólo en el marco del Consejo de Europa sino, también, paralelamente, en el plano del Derecho de la Unión Europea, cuya evolución ha experimentado este mismo fenómeno en distintas ocasiones³ y en el que la tensión dialéctica que se ha descrito ha terminado resolviéndose no por la vía judicial sino, directamente, mediante la introducción en el Derecho originario de un precepto tan peculiar como lo es sin duda el art. 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sobre cuyo contenido volveré brevemente más adelante.

Así las cosas, en esencia el dilema judicial al que antes me refería alude a la necesidad de encontrar un modo con el que hacer jurídicamente compatibles dos aspectos que, en apariencia al menos, no lo son: de una parte, la aplicación de un régimen común,

2. Específicamente en relación con la vigencia en Europa de no pocos regímenes de confesionalidad estatal puede verse, por ejemplo, FERREIRO, J., «Iglesias de Estado en países de la Unión Europea», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2010. Más ampliamente, en la literatura científica contamos con un buen número de exposiciones de conjunto acerca de los diversos modelos de relación Iglesia-Estado en el ámbito europeo, entre las cuales, por sólo citar algunos ejemplos, cabe destacar las siguientes: IBÁN, I. C. y FERRARI, S., *Derecho y religión en Europa occidental*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; ROBBERS, G., (Ed.), *State and Church in the European Union*, Nomos, Baden-Baden, 2005; DOE, N., *Law and Religion in Europe. A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2011. Es también muy recomendable, entre otros, la lectura de los dos capítulos que se dedican al derecho de libertad de conciencia en los países miembros de la Unión Europea, de los que es autora A. Fernández-Coronado, en FERNÁNDEZ-CORONADO, A., (Dir.), *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Editorial Colex, Madrid, 2002, pp. 67 y ss., así como también lo es la del epígrafe que se dedica al Derecho constitucional comparado en LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia, I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, Editorial Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 192 y ss.
3. Como se ha puesto de relieve, también en el seno de la Unión Europea –constituida por países que al mismo tiempo son miembros integrantes del Consejo de Europa–, la existencia de distintas culturas jurídicas que reflejan concepciones sociales a menudo muy diferentes y que obedecen a tradiciones históricas y a rasgos propios que se reputan privativos de una u otra identidad nacional no ha dejado de suponer un desafío o, incluso, una auténtica amenaza para el normal desarrollo del entero proceso de integración europea (Cfr. KATSIREA, I., *Cultural Diversity and European Integration in Conflict and in Harmony*, Ant. N. Sakkoulas, Athens, 2001, pp. 52-56).

europeo, de la libertad de religión o creencia garantizada además en plano de igualdad como cualquier otra libertad pública convencionalmente tutelada, y, de otra, la vigencia en algunos de los estados miembros de regulaciones que, entre otras peculiaridades en esta materia, conceden ciertos privilegios y ventajas a quienes profesan ya sea la religión oficial o bien las religiones histórica y socialmente más arraigadas en el país.

La relación dialéctica que se establece entre esos dos aspectos plantea un conflicto que ha sido resuelto –o que lo ha sido de manera deficiente, según veremos sostienen algunos autores a mi juicio con toda razón– por el Tribunal acudiendo a ciertas estrategias judiciales entre las que destaca de manera muy eminente el recurso reiterado –y no pocos entienden que también desmesurado– a la doctrina del margen nacional de apreciación, y en el fondo a ello estaba implícitamente aludiendo de algún modo el Juez Hedigan en el aserto al que antes se hizo mención.

Para un sector de la doctrina, el TEDH en este terreno habría logrado alcanzar un adecuado equilibrio convencional entre el respeto a las peculiaridades propias de cada ordenamiento nacional, incluso cuando estas comportan determinados regímenes desiguales y privilegiados para algunos ciudadanos por razón de su pertenencia a una u otra religión, de un lado, y la necesaria garantía común europea en materia de libertad de creencias derivada del art. 9 del Convenio y respetuosa con el principio de igualdad, de otro, lo que a mi juicio bien podría considerarse, por así decirlo, poco menos que como la cuadratura del círculo. Para otros autores, por el contrario, lo que ha venido haciendo el Tribunal en este ámbito es, en realidad, eludir deliberadamente un espinoso problema que le llevaba a una confrontación directa con los estados parte en una materia singularmente sensible para estos, aun al coste de tener que renunciar a aplicar judicialmente un verdadero estándar europeo en relación con el art. 9 semejante al que sí se ha podido imponer respecto de otros derechos y libertades; dicho de otro modo, estaríamos aquí, simple y llanamente, ante la renuncia por parte del Tribunal a garantizar en todos sus extremos y en plano de igualdad la libertad de religión o creencia conforme a las exigencias que requeriría su pleno amparo convencional, motivada aquella renuncia, en última instancia, por razones políticas o de pura conveniencia y no por criterios estrictamente jurídicos.

Con estas premisas, las páginas que siguen se dedican al estudio de esta temática y en ellas incidiré además, complementariamente, en una cuestión cuyo análisis resulta, a mi modo de ver, particularmente esclarecedor y contribuye a la mejor comprensión de las motivaciones subyacentes a una jurisprudencia europea que, en este campo, se antoja singularmente vidriosa y en ocasiones incoherente o contradictoria: se trata del debate que en los últimos años está teniendo lugar particularmente en Inglaterra y que, en cierta manera, reproduce a esta más reducida escala las mismas posiciones que se han dado en el plano europeo pero esta vez planteadas concretamente al hilo del conflicto que, en términos semejantes, surgió en aquel país al tener que hacer compatible un contexto normativo todavía marcado por la vigencia del principio de la confesionalidad anglicana estatal con el régimen convencional de la libertad de creencias, a raíz de la incorporación al ordenamiento inglés en 1998 del CEDH como parámetro de interpretación. El conocimiento de este debate científico es en sí mismo muy ilustrativo del trasfondo que subyace al tratamiento que se hace de esta temática en el ordenamiento inglés, pero

además, como decía, resulta particularmente aleccionador desde la óptica del entendimiento integral de la evolución que ha venido experimentando la jurisprudencia europea en materia de relaciones Iglesia-Estado.

II. LA DIALÉCTICA UNIVERSALISMO «VERSUS» PARTICULARISMO NACIONAL EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO

La tensión inherente a la dialéctica universalismo-particularismo nacional en materia de reconocimiento y garantía de los derechos humanos en el contexto internacional es bien conocida y ha sido muy frecuentada por la doctrina científica, tanto en lo que concierne al plano universal en el que esa dialéctica se manifiesta ya de un modo palmario en relación con los textos de Naciones Unidas como, asimismo, en el ámbito europeo en el que igualmente ese fenómeno es detectable en su sistema regional de derechos y libertades.

Tal y como se ha puesto de relieve, aun cuando puede afirmarse que los distintos países miembros del Consejo de Europa coinciden en compartir en lo esencial unos valores y principios básicos que son los que caracterizan al Estado de Derecho como forma de organización política, al mismo tiempo se ha de tener en cuenta que todos esos países están también distanciados y se diferencian unos de otros por la presencia en ellos de toda una serie de factores culturales propios, consecuencia a su vez de un conjunto de mentalidades, representaciones colectivas y tradiciones nacionales diversas y a menudo sociológicamente muy arraigadas en cada país⁴.

Esta afirmación es generalmente válida para todos los ámbitos en los que, de uno u otro modo, incide la regulación contenida en el CEDH, pero lo es todavía más, si cabe, para el sector de las relaciones Iglesia-Estado en el que esos factores particulares cobran una especial importancia –acaso mayor que la de otros elementos culturales propios de cada país–, dado que las autoridades locales suelen en efecto concebir a aquel sector, a la manera propia de relacionarse el Estado con las confesiones religiosas, como una parte sustancialmente integrante de la identidad nacional y suelen mostrarse, en consecuencia, especialmente celosas de la salvaguarda de sus singularidades en esta materia, resistiéndose a cualquier intento de someter su regulación específica en este terreno a unos patrones comunes europeos como los que caracterizan al sistema de derechos y libertades diseñado por el Convenio.

Esta suerte de dinámica centrífuga, de hecho, se pudo percibir ya desde los orígenes mismos de la promulgación del CEDH como norma común en el seno del Consejo de Europa, y así, por sólo poner ahora un ejemplo, cabe recordar que, en el momento de aprobarse ese texto, existía en la Constitución noruega de 1814 una expresa prohibición impuesta a la Compañía de Jesús de instalarse en el territorio nacional que obligó a las

4. Cfr. YOUROW, H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996, pp. 3-6.

autoridades de ese país nórdico, aparentemente no dispuestas a renunciar a ese veto, a formular una reserva sobre este punto dado que semejante prohibición resultaba *prima facie* abiertamente incompatible con el pleno reconocimiento de la libertad religiosa realizado en el art. 9 del Convenio.

Como se sabe, este fenómeno no fue privativo del campo de las relaciones Iglesia-Estado y se dio también inicialmente en otros sectores de la legislación en los que los estados parte, también bajo la premisa de que su particular tradición jurídica había de ser preservada en algunos aspectos frente a la concepción común y homogénea de los derechos humanos que emanaba del CEDH, similarmente formularon un cierto número de reservas en el momento de suscribir el Convenio, algunas de las cuales serían ulteriormente retiradas ante la evidencia de que esas objeciones eran cada vez menos justificables en un contexto global en el que la tendencia inequívoca era la de la gradual consolidación de un espacio jurídico europeo, homogéneo en sus bases axiológicas y en sus principios iusfundamentales y, en definitiva, ligado a una determinada concepción universal del significado jurídico de los derechos y libertades –en el ejemplo que se ha puesto del caso noruego, de hecho, la mencionada prohibición sería finalmente suprimida del texto constitucional en 1956 haciendo ya innecesaria la reserva–.

No obstante, como apuntaba, se trata de un fenómeno que, en su proyección sobre las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas y sobre el derecho consagrado en el art. 9 del Convenio, adquiere un cariz especial y en el que, además y por contraste con lo que en general ha venido aconteciendo respecto del estatuto de otros derechos y libertades, esa tendencia centrífuga se ha revelado pese a todo muy persistente en el seno del Consejo de Europa, lo que se ha reflejado en el hecho de que, en este terreno, el recurso a la doctrina del margen nacional de apreciación –una doctrina que, como se ha sugerido, es en sí misma la manifestación de una actitud que podría calificarse como de estricto compromiso por parte del Tribunal entre las perspectivas universalista y particularista en materia de derechos humanos⁵– en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo ha alcanzado cotas de desmesura seguramente no conocidas en la aplicación judicial de otros sectores de la regulación convencional⁶. Y si a menudo se ha podido hablar en un

5. Cfr. DEMBOUR, M.-B., «Critiques», en MOECKLI, D., SHAH, S. y SIVAKUMARAN, S., (Eds.), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 78.

6. Para una visión general de esta cuestión puede verse, por ejemplo, HENRARD, K., «A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation Left to States Pertaining to “Church-State Relations” under the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en ALIDADI, K., FOBLETS, M.-C. y VRIELINK, J., (Eds.), *A Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Ashgate, Farnham, 2012; como se ha sugerido, además, esa misma tensión dialéctica propiciada por la enorme heterogeneidad apreciable entre los diversos sistemas de relación Iglesia-Estado –y agravada por el hecho de que esos sistemas sean con frecuencia percibidos por las autoridades locales como parte irrenunciable de su identidad nacional– es la que explicaría, también, que hasta tan tardíamente como en el año 1993 el TEDH no se decidiera a decretar en una de sus resoluciones la vulneración, por parte de uno de los estados miembros, del art. 9 del Convenio, y es asimismo la que estaría detrás del hecho de que, ulteriormente, solo en muy contadas ocasiones la Corte de Estrasburgo haya vuelto a declarar la contravención

sentido crítico de esas actitudes de puro compromiso o de una cierta contemporización de la que ha hecho gala la jurisprudencia europea en estos asuntos ha sido, precisamente, porque en el propósito fundacional del CEDH estuvo, teóricamente al menos, la voluntad compartida de crear un sistema supranacional sustancialmente homogéneo de derechos y libertades que se superpondría a todas aquellas regulaciones nacionales con las que pudiese eventualmente colisionar, razón por la cual se ha señalado, por ejemplo, que aunque el preámbulo del Convenio da a entender que sus reglas se basan en la existencia de un patrimonio jurídico común que comparten todos los estados miembros (respeto a los principios democráticos, a la libertad y a la primacía del Derecho, etc.), ello no es incompatible con el hecho de que una determinada regulación nacional pueda eventualmente entrar en conflicto con esas reglas convencionales que fijan los estándares y principios europeos, y ello, en todo caso, en el esquema tutelar instaurado por el Convenio debería conducir indefectiblemente a la prevalencia de las disposiciones de este sobre cualquier posible normativa local discordante⁷.

La frecuente denuncia en sede científica del carácter desmesurado con el que ha venido aplicándose la doctrina del margen nacional de apreciación tiene un alcance general y, como es notorio, se ha verificado globalmente en relación con el desarrollo de la jurisprudencia europea en muy diversos ámbitos a partir de la percepción de que el Tribunal, en ocasiones, ha tratado forzada y artificiosamente de hacer pasar por argumentos jurídicos lo que en realidad son consideraciones más bien de orden político, aparentemente guiadas ante todo por la necesidad de alcanzar un cierto equilibrio entre los intereses de los estados miembros y la vigencia del sistema común de derechos y libertades⁸.

En el trasfondo de todas estas críticas late la idea de que, en última instancia, se trata de una doctrina con cuya aplicación inadecuada se estaría poniendo en cuestión el propio significado de la universalidad de los derechos y se estaría cediendo, también en este ámbito regional, a la presión particularista a la que desde hace tiempo se encuentra sometida la misma concepción universal —o tal vez más propiamente universalista— que subyace a los más relevantes textos internacionales en la materia⁹.

de ese precepto (Cfr. JANIS, M. W., KAY, R. S. y BRADLEY, A. W., *European Human Rights Law ...*, *op. cit.*, pp. 333-34).

7. Cfr. LOUCAIDES, L. G., «The Rules of Interpretation of the European Convention on Human Rights», en *Idem*, *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 2.
8. Seguramente una de las críticas más incisivas y mejor fundamentadas en este sentido sea la de BRAUCH, J. A., «The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law», en *Columbia Journal of European Law*, núm. 11, 2005; entre nosotros, por ejemplo, resulta especialmente esclarecedor el muy argumentado análisis crítico que se realiza en GARCÍA ROCA, F. J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
9. Se ha dicho, en este sentido, que con el modo en el que está siendo aplicada en Estrasburgo la doctrina del margen nacional de apreciación aparentemente se está erosionando el concepto mismo de la universalidad de los derechos, pudiendo ello expresarse así aun en el supuesto de los instrumentos regionales de protección como es el caso del CEDH, ya que estos se basan

Como se ha hecho notar, aunque no hay duda de que la principal aspiración de los impulsores del Convenio fue la de crear un estándar pan-europeo en materia de derechos humanos, lo cierto es que el TEDH fue siempre muy consciente de la tensión existente entre la instauración de ese estándar común, de un lado, y las distintas peculiaridades nacionales que las autoridades locales pugnaban por preservar, de otro, de manera que ya desde la más temprana formulación de la doctrina del margen estatal de apreciación el Tribunal se mostró dispuesto a asumir la presencia en Europa de distintas concepciones de la moralidad y trató de salvaguardar, en la mayor medida en que ello le fue posible, el principio de la soberanía nacional, todo lo cual en última instancia contribuiría a asegurar la propia aceptación por parte de los estados miembros de la jurisdicción del Tribunal, que era también un objetivo esencial en este delicado juego de equilibrios¹⁰; de hecho no cabe ignorar que, como también se ha evidenciado, entre las razones que explicarían el alto grado de aceptación que ha alcanzado el mecanismo de protección diseñado por el Convenio despunta, como una de las más notables, precisamente esa suerte de compromiso entre las reglas y los principios del mencionado estándar europeo de tutela, de una parte, y la salvaguarda de un cierto espacio propio para la diversidad nacional, de otra, que se aprecia en la jurisprudencia de Estrasburgo así como

también en esa misma pretensión de universalidad de unas disposiciones concebidas como válidas para todos los sujetos aunque lo sean dentro de su más limitado ámbito geográfico de aplicación (Cfr. ROSSETTI, A., «La universalidad de los derechos humanos en el Derecho Internacional», en *Derechos y Libertades*, núm. 13, 2004, pp. 75-76).

10. Cfr. AROLD, N. L., *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 39-40. No hay que olvidar que, como se ha subrayado, en el momento en el que fue redactado el Convenio, si bien es cierto que existía un consenso generalizado entre la comunidad internacional acerca de la necesidad de garantizar universalmente los derechos y libertades fundamentales, al mismo tiempo era también detectable en el entorno europeo una cierta oposición de algunos países a la propia idea de la instauración de un texto común en materia de derechos fundamentales que pudiera suponer un menoscabo de su soberanía, especialmente en el caso de que el tribunal encargado de su aplicación fuese con su actuación más lejos de lo que muchos países consideraban de entrada aceptable (Cfr. CHRISTOFFERSEN, J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 8). Ante esta evidencia, la aprobación del CEDH requirió del ejercicio de una intensa presión política sobre el Consejo de Europa con la que pudieron al fin ser superadas las reticencias de aquellos países menos favorables a la implementación de aquel instrumento normativo común, aunque ello solo pudo conseguirse admitiéndose la formulación de las reservas que se han mencionado y tras hacer algunas concesiones a las autoridades nacionales menos entusiastas, particularmente por lo que respecta al sometimiento de los estados firmantes a la jurisdicción de la Corte de Estrasburgo (Vid. BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 77-80). Por lo demás, cabe añadir que sin duda, tal y como se ha sugerido, a la postre la efectividad de esa presión política se vio muy favorecida por un cierto clima de opinión marcado por la generalizada percepción de que el propio Consejo de Europa, como institución, no sería capaz de sobrevivir al fracaso de su primer gran proyecto colectivo en un tema tan capital como este del sistema europeo de derechos humanos (Cfr. GREER, S., *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 18).

también en el que se ha dado en llamar tratamiento conciliador (*conciliatory approach*) adoptado inicialmente por la Comisión y más tarde por el TEDH como criterio rector de sus decisiones, que igualmente es el reflejo de una deliberada actitud de deferencia hacia los intereses privativos de cada uno de los países miembros¹¹.

Es cierto que, como es notorio, aunque las primeras décadas de andadura del Tribunal supusieron la concesión a las autoridades estatales de un amplísimo margen de discrecionalidad, fundamentalmente a partir de la resolución del caso *Sunday Times* (STEDH de 26 de abril de 1979) la doctrina del margen nacional de apreciación fue en cierto sentido reformulada, lo que representó una disminución de ese margen de actuación local merced al protagonismo otorgado desde entonces al principio de proporcionalidad en el contexto del nuevo test de validez convencional que se instauró en aquella sentencia, y es igualmente constatable que, en materia de protección de la libertad de religión o creencia, ocasionalmente el Tribunal se ha mostrado más dispuesto que en el caso de otros derechos a primar el ámbito de tutela convencional frente al margen de discrecionalidad de los estados parte¹². Sin embargo, de modo especial ante el enjuiciamiento de determinados asuntos considerados en algún sentido extraños al núcleo de la tutela proporcionada por el Convenio y en casos en los que han estado involucrados ciertos valores que los estados parte consideran esenciales a su acción política, tales como la preservación de la seguridad nacional, es también patente que la doctrina del margen nacional de apreciación ha permanecido en lo sustancial inalterada en la jurisprudencia de Estrasburgo¹³.

11. Cfr. BLACKBURN, R., «The Institutions and Processes of the Convention», en BLACKBURN, R. y POLAKIEWICZ, J., (Eds.), *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 5-6.
12. A partir de la premisa de que el derecho consagrado en el art. 9 CEDH tiene una importancia especial en el sistema europeo, en tanto que encarna un valor que es el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, la Corte de Estrasburgo a menudo ha aplicado el test de validez convencional llevando a cabo un escrutinio particularmente estricto de la medida impugnada al contraste con el principio de proporcionalidad, reduciéndose con ello notablemente el margen de discrecionalidad estatal. De hecho, como se ha señalado, el TEDH, en apariencia consciente de que al operar de este modo está pisando un terreno comprometido y potencialmente conflictivo en sus relaciones con los estados firmantes, eventualmente ha recurrido estratégicamente a lo que podríamos calificar como una suerte de maniobra de distracción, con el aparente propósito de impedir que sus decisiones puedan ser contempladas como orientadas por un sistemático ánimo de confrontación y de revisión de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales, y esa maniobra no ha sido otra que la de invocar formalmente la doctrina del margen de apreciación estatal como eje de la decisión pero aplicar a continuación, sin embargo, un test de proporcionalidad particularmente intensificado que ensancha notablemente el ámbito del escrutinio judicial en Estrasburgo, lo que de hecho ha implicado que, en ocasiones, la doctrina del margen de apreciación nacional haya sido formalmente invocada de manera meramente retórica sin llegar a ser aplicada en absoluto (Cfr. ARAI-TAKAHASI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002, p. 99). Dos buenos ejemplos de esta dinámica serían las sentencias dictadas en los casos *Kokkinakis* y *Manoussakis* (respectivamente, SSTEDH de 25 de mayo de 1993 (TEDH 1993, 21) y de 26 de septiembre de 1996 (TEDH 1996, 44)).
13. Así, por ejemplo, la STEDH de 26 de marzo de 1987 (TEDH 1987, 4). Caso *Leander contra Suecia*, ap. 59.

El cuestionamiento de esta tendencia jurisprudencial es, como decía, de alcance general, pero como también anticipaba adquiere connotaciones propias ya en el más concreto sector de las relaciones Iglesia-Estado en el que, en efecto, el uso que se ha hecho en Estrasburgo de la doctrina del margen nacional de apreciación ha resultado ser singularmente discutible, destacando a su vez aquí de manera especial las resoluciones del TEDH concernientes a los límites de la libertad de religión o creencia¹⁴ y, en particular, las que se han dictado en algunos asuntos relacionados con la presencia de simbología religiosa en el espacio público, en las que el Tribunal ha mostrado una actitud hartamente deferente hacia los intereses particulares de las distintas autoridades nacionales, lo que también ha sido visto por algunos autores como una praxis judicial en última instancia erosiva de la propia concepción común de aquella libertad a la que teóricamente responde el sistema europeo de derechos humanos.

A este respecto, en relación con el ámbito de amparo delimitado por el Convenio, se ha llamado la atención sobre los riesgos que para la concepción universal de los derechos fundamentales en general, y para la de la libertad de religión o creencia en particular, representa el uso desmesurado de la doctrina del margen nacional de apreciación especialmente por lo que concierne a la peculiar naturaleza de los objetivos esgrimidos en ocasiones por las autoridades nacionales como legítimamente justificadores de sus medidas limitativas que, a menudo, han sido avalados por la Corte de Estrasburgo pese a su más que dudosa compatibilidad con las exigencias convencionales en este terreno¹⁵; asimismo y desde una óptica similar, se ha evidenciado que, a la hora de aplicar las cláusulas limitativas que acompañan al reconocimiento de la libertad de creencias en el Convenio, el TEDH ha ensanchado extraordinariamente el margen de apreciación de los estados hasta alcanzar dicho margen cotas sumamente elevadas, en abierto contraste con el mucho más riguroso criterio que se ha venido adoptando sobre este aspecto, por ejemplo, en la praxis del Comité de Derechos Humanos aplicativa de los textos de Naciones Unidas¹⁶, e igualmente se ha destacado la gran laxitud con la que el Tribunal ha venido realizando su escrutinio acerca de la aplicación del test de proporcionalidad de las medidas limitativas del art. 9 CEDH, en este caso al contraste con la mucho más exigente pauta empleada en los casos concernientes a otros derechos convencionalmente tutelados y concretamente al derecho al respecto a la vida privada¹⁷.

14. Se ha denunciado, a este respecto, la gran laxitud de la que en ocasiones ha hecho gala el TEDH a la hora de aplicar el requisito exigible a las autoridades nacionales en orden a la justificación de la legitimidad de su eventual interferencia en el ámbito de amparo de la libertad religiosa (Cfr. AHMED, T., *The Impact of EU Law on Minority Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 35).

15. Cfr. SWEENEY, J. A., «Freedom of religion and democratic transition», en BUYSE, A. y HAMILTON, M., (Eds.), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights. Justice, Politics and Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 124-28.

16. Cfr. TAYLOR, P. M., *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 343-47.

17. Cfr. VAKULENKO, A., «Islamic Dress in Human Rights Jurisprudence: A Critique of Current Trends», en *Human Rights Law Review*, núm. 7-4, 2007, pp. 722-23; en el mismo sentido, HOWARD, E., *Law and the Wearing of Religious Symbols. European bans on the wearing of religious symbols in education*, Routledge, Abingdon, 2012, p. 164.

De entre las diversas resoluciones que a estos efectos podrían invocarse¹⁸, me permitiré destacar ahora únicamente dos de ellas, tal vez las que mejor ejemplifiquen esta tan discutible –y discutida– línea jurisprudencial europea, que con toda razón se ha tachado de bastante errática en lo que respecta a la definición en cada caso del margen de apreciación concedido a los estados parte¹⁹.

En primer lugar cabe hacer mención de la sentencia recaída en el caso *Leyla Şahin* contra Turquía (STEDH de 10 de noviembre de 2005 (JUR 2005, 250659)), concerniente a un supuesto en el que se puso en cuestión la validez convencional de una norma turca que prohibía portar el velo islámico en la Universidad y en el que, finalmente, el TEDH desestimó el recurso de la demandante –a la que se había sancionado por incumplir dicha norma– basado en la presunta vulneración del art. 9 del Convenio, aduciendo la sentencia, entre otras razones, la de que la medida impugnada era imprescindible para preservar el orden público y el propio sistema democrático que en Turquía estaba sustentado en el principio de laicidad, tanto como el carácter laico de las universidades en ese país y los derechos de los demás estudiantes que igualmente habían de ser protegidos, siendo todo ello especialmente necesario, señaló el Tribunal, en un contexto caracterizado por la intensa presión social de los grupos fundamentalistas islámicos.

Esta resolución ha sido, en efecto, fuertemente criticada en sede doctrinal lo que resulta comprensible dado que, como se ha postulado, se trata de una sentencia que, apoyándose como lo hace en el «cómodo expediente» del margen nacional de apreciación no hace sino suscitar serias dudas en cuanto al respeto en ella de un mínimo consenso en torno al contenido esencial de la libertad religiosa en el marco del Convenio²⁰, o habida cuenta de que, como similarmente se ha señalado, estamos ante un pronunciamiento en el que, por virtud del tan extenso margen de apreciación concedido a las autoridades de

18. No son pocas las resoluciones en las que cabe detectar este fenómeno pero, de entre las más recientes, acaso deba ahora destacarse la segunda de las sentencias recaídas en el caso *Lautsi* (STEDH de 18 de marzo de 2011 [TEDH 2011, 31]), alusiva a la presencia del crucifijo en una escuela pública italiana y en la que, apelando entre otros aspectos al muy amplio margen de apreciación que había que reconocer aquí a las autoridades locales, el Tribunal rectificó el criterio aplicado por su sentencia anterior y declaró la validez de esa práctica en el marco del Convenio; un amplio análisis crítico del contenido de este controvertido pronunciamiento puede verse, por ejemplo, en POLO, J. R., «Símbolos religiosos, escuela pública y neutralidad ideológica estatal: el caso del crucifijo», en *Revista de Derecho Político*, núm. 85, 2012.

19. Cfr. DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, Presses universitaires de France, Paris, 2010, p. 286.

20. Cfr. JIMENA, L. y ALEGRE, M. A., *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, p. 286. Entre nosotros, un análisis también muy crítico del uso que se ha hecho de la doctrina del margen local de apreciación en este pronunciamiento puede verse, por ejemplo, en FRAILE, M., «El velo islámico y el voto de la Juez Tulkens. Comentario a la STEDH de 10 de noviembre de 2005 en el asunto Leyla Sahin c. Turquía», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 18, 2006, y en RELAÑO, E. y GARAY, A., «Leyla Sahin contra Turquía y el velo islámico: la apuesta equivocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del TEDH de 10 de noviembre de 2005», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 6/2.º, 2005.

Turquía en su determinación del significado y las consecuencias del principio de laicidad en ese país, el parámetro de la proporcionalidad en el correspondiente test de validez convencional podría haber quedado claramente desvirtuado en su aplicación efectiva en este caso²¹, si es que acaso dicho parámetro no fue aquí directamente obviado por completo, tal y como también se ha llegado a sostener²². En definitiva, según se ha podido concluir de manera muy reveladora, la gran controversia que suscitó de inmediato esta resolución entre la doctrina científica se relaciona, directamente, con el hecho innegable de que el Tribunal se dejase aquí influir tan decisivamente por su confesado propósito de contener al islamismo político en Turquía y con la manera concreta en la que ese objetivo se reflejó finalmente en la sentencia, en el sentido de que en ella esa motivación de índole político terminó superponiéndose al razonamiento estrictamente jurídico²³.

En segundo término y más recientemente, cabe destacar la resolución dictada en el caso S.A.S. contra Francia (STEDH de 1 de julio de 2014), concerniente en esta ocasión a la impugnación de una ley francesa por parte de una ciudadana de ese país que, en su condición de musulmana, entendió que esa norma vulneraba algunos de sus derechos amparados por el Convenio, entre ellos su libertad de religión o creencia, en la medida en la que le impedía vestir en público el velo islámico como ella libremente deseaba hacer; la ley en cuestión prohibía genéricamente exhibir en público –en cualquier espacio público como las calles o los lugares de tránsito público y no sólo en espacios institucionales vinculados a la Administración– cualquier prenda de vestir que produjese la ocultación total del rostro pero, como es notorio y así lo reconoció el propio Tribunal, su propósito primordial no era otro que el de vetar concretamente y de manera especial la presencia del velo islámico integral en el espacio público francés –razón por la cual esa norma es comúnmente conocida como la *ley anti-burka*–. Pese a todas las objeciones que se habían planteado, incluyendo las formuladas en el proceso interno por el propio Consejo de Estado francés, la Corte de Estrasburgo finalmente declaró que la norma impugnada no era contraria a las disposiciones convencionales y aceptó acriticamente el alegato de las autoridades galas según el cual se trataba de una ley imprescindible para preservar la vida

21. Cfr. BOSSET, P., «Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla Şahin v. Turkey», en BREMS, E., (Ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, especialmente pp. 199-203; en el mismo sentido, BELELIEU, C. D., «The Headscarf as a Symbolic Enemy of the European Court of Human Rights' Democratic Jurisprudence: Viewing Islam through a European Legal Prism in Light of the Şahin Judgment», en *Columbia Journal of European Law*, núm. 12/2, 2006, p. 609.
22. En este sentido, por ejemplo, RORIVE, I., «Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European answer», en *Cardozo Law Review*, núm. 30, 2008-2009, p. 2681; NIGRO, R., «The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil», en *Human Rights Review*, núm. 11, 2010, pp. 542-44; PERONI, L., «Religion and culture in the discourse of the European Court of Human Rights: the risks of stereotyping and naturalising», en *International Journal of Law in Context*, núm. 10/2, 2014, p. 204.
23. Cfr. SKJEIE, H., «Headscarves in Schools: European Comparisons», en LOENEN, M. L. P. Y GOLDSCHMIDT, J. E., (Eds.), *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?*, Intersentia, Antwerpen, 2007, p. 133.

en comunidad (*vivre ensemble*), una muy peculiar e indeterminada noción que, según el Gobierno de ese país, podía ser conectada con el enunciado de las cláusulas limitativas de los derechos contenidas en el CEDH y, por tanto, podía servir para justificar la legitimidad convencional de esta injerencia estatal en el ámbito de la libertad religiosa²⁴.

También este pronunciamiento ha sido objeto de una notable contestación en el ámbito científico, asimismo primordialmente basada en la idea de que el Tribunal habría concedido aquí un excesivo margen de apreciación a las autoridades locales y habría desatendido sus propios criterios jurisprudenciales sentados hasta la fecha en torno a la aplicación de la cláusula limitativa del art. 9 CEDH, ya que estos últimos reclamaban, entre otros aspectos, un entendimiento taxativo y una interpretación restrictiva de las nociones contempladas en dicha cláusula –*vid.* por todos el caso *Nolan y K.* contra Rusia, STEDH de 12 de febrero de 2009, ap. 73– que en este caso, según denuncian no pocos autores, no se habrían observado en absoluto²⁵. La aceptación acrítica del muy abstracto concepto de la vida en comunidad esgrimido por el Gobierno galo para justificar aquí la limitación resulta en ese sentido particularmente problemática pues, como se ha hecho notar, la sentencia apenas dedica algunos breves pasajes a esa noción y lo hace de un modo tan escasamente esclarecedor que no permite conocer su significado con la debida claridad y con la precisión que la propia jurisprudencia europea venía reclamando

-
24. Un muy extenso análisis de esta cuestión puede verse, por ejemplo, en POLO, J. R., «La prohibición del velo islámico integral en el espacio público: el concepto de vida en comunidad como límite a los derechos fundamentales en el caso S.A.S contra Francia», en ALÁEZ, B., (coord.), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
25. Incidiendo en esta anomalía, entre nosotros, AMÉRIGO, F., «Ampliando el concepto de orden público como límite a los derechos fundamentales. Comentario a la sentencia del TEDH núm. 43835/2011, ECHR 2014, de 1 de julio de 2014», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 14, 2014, p. 49; FAJARDO, F., «La prohibición del velo integral en los espacios públicos y el margen de apreciación de los Estados. Un análisis crítico de la sentencia del TEDH de 01.07.2014, S.A.S. c. Francia, 43835/11», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, pp. 779-80; CAMARERO, V. y ZAMORA, F. J., «La sentencia del TEDH en el caso S.A.S. c. Francia: un análisis crítico», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 37, 2015, p. 26; HERRERA, E., «La prohibición del velo integral en espacios públicos: la sentencia del TEDH (Gran Sala) en el asunto S.A.S. contra Francia, de 1 de julio de 2014», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 36, 2014, p. 17. La misma crítica, de hecho, fue ya formulada ante la sentencia en el caso *Leyla Şahin* (JUR 2005, 250659), denunciándose que el Tribunal aquí, apoyándose similarmente en el margen local de apreciación, también aceptó como válido y apto para servir de limitación a los derechos fundamentales un objetivo –la preservación del valor genérico del secularismo o de la laicidad– que no estaba explícitamente contemplado en el Convenio, a pesar incluso de que, paradójicamente, en algunos países miembros del Consejo de Europa existían entonces –como ahora– regímenes de confesionalidad estatal con sus consiguientes Iglesias de Estado (En este sentido, por ejemplo, ALTIPARMAK, K. y KARAHANOGULLARI, O., «After Şahin: The debate on headscarves is not over, *Leyla Şahin v Turkey*, Grand Chamber Judgment of 10 November 2005, Application No. 44774/98», en *European Constitutional Law Review*, núm. 2, 2006, p. 278).

en materia de límites al ejercicio de los derechos consagrados en el Convenio²⁶. A este respecto, a la vista de las notables inconsistencias que se aprecian en la argumentación judicial, se ha llegado incluso a airear la sospecha de que el Tribunal ya tuviese tomada de antemano su decisión aun antes de considerar siquiera los alegatos de las partes para no contrariar con su fallo a las autoridades francesas, y de ahí que tuviese que tratar de adaptar después tan dificultosamente su razonamiento para hacerlo compatible con la conclusión que previamente había decidido alcanzar²⁷, lo que vuelve a ponernos en contacto con el trasfondo más político que jurídico de la resolución de este caso, y además, en cierto modo esa intuición habría sido confirmada incluso por uno de los autores que se ha mostrado más favorable al sentido de este fallo judicial, al reconocer aquel que uno de los principales factores que indujeron al Tribunal a decretar que la norma impugnada perseguía un objetivo convencionalmente legítimo fue, precisamente, el hecho de que el Consejo Constitucional francés ya lo había declarado así en su decisión confirmatoria de la validez interna de esa disposición, lográndose con ello evitar una confrontación entre ambas instancias judiciales tan indeseada como innecesaria²⁸.

Las dos sentencias que acaban de ser resaltadas ejemplifican a la perfección la tensión dialéctica a que se ve sometida la jurisprudencia de Estrasburgo en esta materia y la enorme dificultad que le ha venido planteando al TEDH la necesidad de hacer compatible la concepción universal de la libertad religiosa, de un lado, con el muy heterogéneo panorama de las relaciones Iglesia-Estado en los diversos países miembros, de otro, pero, como quedó apuntado al comienzo de estas páginas, si hay un aspecto en el que todo esto se evidencia de un modo verdaderamente palmario ese es, seguramente, el que concierne a la existencia en el seno del Consejo de Europa de países en los que se encuentra todavía vigente el principio de la confesionalidad estatal, lo cual, obviamente, parece oponerse de entrada al principio de igualdad y no discriminación consagrado en el Convenio.

A este respecto, fue inicialmente la Comisión de Derechos Humanos la que fijó el criterio, refrendado posteriormente por el TEDH, en cuya virtud la sola existencia de Iglesias de Estado en algunos de los países miembros no es contraria a la garantía de la libertad de religión o creencia establecida en el Convenio, pero lo hizo añadiendo que la compatibilidad de los modelos de confesionalidad estatal con lo prescrito en el art. 9 de ese texto normativo dependerá de que aquellos incorporen las garantías necesarias para la adecuada protección de la libertad religiosa de todos los individuos, también lógicamente la de quienes no profesan la religión oficial (cfr. Anexo a la STEDH de 23 de

26. Cfr. LÆGAARD, S., «Burqa Ban, Freedom of Religion and “Living Together”», en *Human Rights Review*, núm. 16, 2015, pp. 207 y ss.

27. Cfr. KHOURY, H., «S.A.S. v. France: The Full-Face Veil as a Threat to Public Safety and the Protection of Others», en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, núm. 23-2, 2015, pp. 618-19.

28. Cfr. MILLET, F.-X., «When the European Court of Human Rights encounters the face. A case-note on the burqa ban in France. European Court of Human Rights, Judgment of 1 July 2014, Case No. 43835/11, S.A.S. v. France», en *European Constitutional Law Review*, núm. 11-2, 2015, p. 415.

octubre de 1990 (TEDH 1990, 26). Caso *Darby* contra Suecia); la Comisión, además, para justificar este criterio basilar, de manera reveladora resaltó el dato de que ya en el momento en el que fue redactado el CEDH existían en el seno del Consejo de Europa regímenes confesionales, dando así a entender que el Convenio fue ya originariamente concebido por todas las partes firmantes como plenamente compatible con esa situación.

En esta última apreciación es donde seguramente reside la principal clave para entender el trasfondo y las verdaderas razones, no estrictamente jurídicas, que laten tras este posicionamiento judicial: los sistemas nacionales de relación Iglesia-Estado –incluyendo los modelos de confesionalidad– han sido siempre, como lo siguen siendo ahora, algo que las autoridades estatales frecuentemente han concebido como una parte irrenunciable de su identidad nacional y por ello son un elemento con el que necesariamente se hubo de contar ya en la inicial conformación del sistema europeo de derechos humanos. Ante ello y habida cuenta de que, como es fácil comprender, por definición los modelos de confesionalidad siempre representan algún tipo de preferencia estatal por una u otra religión que, en la práctica, es muy difícil que no se traduzca en la concesión de privilegios y por consiguiente en una discriminación para las restantes religiones y para quienes las profesan, la única forma de argumentar la compatibilidad de dichos regímenes confesionales con la esencia de ese sistema de derechos y libertades en el que el valor de la igualdad desempeña un papel central parece ser, a la vista de lo que hace aquí la Comisión, la de subrayar la obligación también de esos países de garantizar el ejercicio de la libertad de religión o creencia de quienes no profesan la religión oficial –lo que no deja de ser una obviedad, pues es tanto como decir que una determinada legislación nacional solo será compatible con el sistema europeo de derechos si garantiza adecuadamente los derechos contemplados en el sistema europeo–, pero omitiendo cualquier referencia explícita a la exigencia de que ese ejercicio sea garantizado a todos los individuos básicamente en condiciones de igualdad. Esa omisión es en cierto modo comprensible si se parte del hecho de que la confesionalidad en algunos países es un condicionante previo al que, por razones políticas, no se puede renunciar y con el que hay que contar aquí necesariamente, lo que hace muy difícil –acaso imposible– justificar la presencia en el sistema europeo de aquellos modelos confesionales si no es directamente sacando de la ecuación al valor de la igualdad, y esto es, precisamente, en algún sentido lo que habrían hecho tanto la Comisión como el TEDH pues, como se ha destacado, por lo general ambos se han mostrado tradicionalmente muy reacios a aplicar conjuntamente los arts. 9 y 14 del Convenio y a extender con ello la garantía de la no discriminación al ámbito de la libertad de religión o creencia²⁹.

Lo ha expresado muy oportunamente la autora del que para mí constituye uno de los más perspicaces y penetrantes estudios de cuantos se han realizado sobre esta materia, al señalar que la mayor parte de los países miembros del Consejo de Europa en los que se constata algún tipo de confesionalidad, ya sea expresa o implícitamente reflejada en sus respectivas legislaciones nacionales, aunque como es lógico no han puesto en

29. Cfr. EDGE, P. W., *Legal Responses to religious Difference*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 44.

práctica ningún tipo de políticas de persecución o de intolerancia religiosas, no obstante sí es cierto que suelen otorgar determinados beneficios o privilegios a una o a varias confesiones en función de su carácter oficial o de su naturaleza sociológicamente mayoritaria, lo cual, en el mejor de los escenarios, suscita serias dudas acerca de la adecuada garantía en estos casos del principio de no discriminación consagrado en el CEDH³⁰.

Así las cosas, todo apunta a que son nuevamente motivos extrajurídicos los que explican los pronunciamientos de la jurisprudencia europea también en esta faceta alusiva a la existencia de países en los que se cuenta con una Iglesia de Estado, y lo cierto es que esta misma cuestión relativa a la compatibilidad o no de las disposiciones del Convenio con esos regímenes confesionales se ha planteado también científicamente en el contexto interno de algunos de ellos, lo que convierte en sumamente ilustrativo y aleccionador, por ejemplo, el conocimiento del debate que se ha suscitado en Inglaterra a propósito de todo este asunto, pues, paralelamente, en este otro contexto local parecen ser también razones de orden extrajurídico las que permiten explicar el panorama normativo vigente en esta materia; desde esta convicción, las páginas siguientes se dedican a la exposición sintética de las principales claves de este interesantísimo debate actualmente en curso en ese país.

III. EL DEBATE SOBRE LA CONFESIONALIDAD EN INGLATERRA EN EL MARCO DE LA INCORPORACIÓN A SU ORDENAMIENTO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El principio de confesionalidad, que como es notorio apela genéricamente a la idea de la profesión, por parte del Estado, de una determinada religión a la que se le confiere por ello el estatus de religión oficial, presenta en sus manifestaciones concretas en cada país características singulares y matices diferentes que dotan a cada particular sistema de relaciones Iglesia-Estado de su propia especificidad, razón por la cual a menudo encontramos diferencias sustanciales entre unos y otros modelos confesionales e, incluso, en ocasiones en algunos de ellos se detectan rasgos que, en principio, parecerían teóricamente más propios de ordenamientos sustentados en el principio de laicidad o aconfesionalidad, tales como, por ejemplo –y este es precisamente el caso de Inglaterra–, la ausencia de financiación pública directa de las confesiones religiosas.

30. Cfr. EVANS, C., *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 80-81; genéricamente en relación con el concepto del Estado confesional, a una semejante conclusión llega también AUDI, R., *Democratic Authority and the Separation of Church and State*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 44; en sentido similar, poniendo de relieve el carácter inevitablemente conflictivo de la relación entre el principio de no discriminación religiosa y los regímenes de confesionalidad estatal, así como la forma insatisfactoria y a menudo incongruente en la que ha sido afrontada esta cuestión en el seno del sistema europeo de derechos humanos y, en general, en el ámbito de los textos internacionales en esta materia, pueden verse las incisivas observaciones de SCOLNICOV, A., *The Right to Religious Freedom in International Law. Between group rights and individual rights*, Routledge, Abingdon, 2011, pp. 67-71.

En el ordenamiento jurídico inglés, como es sabido, por razones históricas rige actualmente el mencionado principio de la confesionalidad estatal de signo anglicano, y ello implica el carácter oficial de la Iglesia de Inglaterra que, aunque en el Derecho de este país retiene su condición de organización religiosa y no es estrictamente concebida como parte de la estructura administrativa estatal³¹, presenta no obstante muy estrechos vínculos con las instituciones públicas³².

Esta situación, por un lado, supone una relativa pérdida de autonomía interna de la confesión que se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que sea el propio Estado el que interviene decisivamente en la gestión de numerosos asuntos de orden interno eclesial como es el caso de la designación de los candidatos que habrán de ocupar las vacantes producidas al frente de las diócesis³³; asimismo y en relación con esa cierta subordinación al Estado de la Iglesia oficial, cabe destacar que si bien la normativa emanada del Sínodo General –el principal cuerpo legislativo de la Iglesia de Inglaterra– es considerada como parte del Derecho estatal, para que ello se verifique en cada caso y efectivamente esas disposiciones tengan eficacia en el ordenamiento jurídico inglés deben ser ulteriormente aprobadas por el Parlamento de ese país³⁴. Pero, al mismo tiempo, la confesionalidad anglicana tiene como consecuencia la concesión a la Iglesia de Inglaterra, y consecuentemente a quienes profesan esta religión, de toda una serie de beneficios y privilegios jurídicos que se desenvuelven en distintos ámbitos de la regulación estatal y que atañen a diversas facetas del ejercicio de la libertad religiosa, una circunstancia que se da también, aunque lógicamente en mucha menor medida, en relación con algunas otras confesiones que tradicionalmente han gozado en ese país de una mayor presencia sociológica que ha llevado aparejado también el reconocimiento de determinados beneficios en el ordenamiento estatal.

Este sistema de relaciones Iglesia-Estado ha venido suscitando un muy sugerente debate científico, cuyo eje central lo constituye, precisamente, el cuestionamiento de la compatibilidad entre la pervivencia del principio de la confesionalidad del Estado, de una parte, y la vigencia efectiva del valor de la igualdad en este caso en materia religiosa, de otra³⁵.

31. «A Church which is established is not thereby made a department of State. The process of establishment means that the State has accepted the Church as a religious body in its opinion truly teaching the Christian faith, and given to it a certain legal position, and its decrees, if rendered under certain legal conditions, certain legal sanctions» *Marshall v. Graham* [1907] 2 KB 112.

32. Cfr. *Aston Cantlow v. Wallbank* [2003] UKHL 37, [2004] 1 AC 546.

33. Vid. COLEMAN, S., «The Process of Appointment of Bishops in the Church of England: A Historical and Legal Critique», en *Ecclesiastical Law Journal*, núm. 19-2, 2017.

34. Vid. DOE, N., *The Legal Framework of the Church of England. A Critical Study in a Comparative Context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 57 y ss.

35. Una ilustrativa visión general de las principales posiciones sostenidas en el debate entre los defensores y los detractores del actual régimen de la confesionalidad en Inglaterra hasta pocos años después de la aprobación de la *Human Rights Act* puede verse, por ejemplo, en GARCÍA OLIVA, J., *El Reino Unido. Un Estado de naciones, una pluralidad de iglesias*, Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 46 y ss., y, también, en FERGUSSON, D., *Church, State and Civil Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 176 y ss. No obstante, como señalaba, esa contestación

Así, en este debate se distinguen, básicamente, dos posiciones enfrentadas: de un lado, nos encontramos con aquellos que consideran que la confesionalidad actualmente carece en general de los efectos discriminatorios que otrora pudo haber tenido y retiene únicamente una significación formal y unas consecuencias más bien de carácter simbólico, que en todo caso no afectan negativamente, o al menos no lo hacen de manera significativa, a la vigencia del valor de la igualdad; de otro, están aquellos autores que, contrariamente, estiman que la confesionalidad anglicana del Estado está muy lejos de ser meramente simbólica y produce más bien claros efectos discriminatorios, concernientes a diversos aspectos que sustancialmente atañen al contenido de la libertad religiosa y que perjudican ostensiblemente a los individuos que no profesan la religión oficial.

En la línea de la primera de las posiciones descritas se ha postulado que, actualmente, el ordenamiento de ese país en realidad confiere muy escasos privilegios a la confesión oficial y ello es perceptible de manera especial en materia económica, lo que quedaría subrayado por el hecho de que, a diferencia de lo que acontece en otros países incluyendo algunos que formalmente se proclaman regidos por el principio de aconfesionalidad, la Iglesia de Inglaterra no recibe financiación directa por parte del Estado³⁶, y, similarmente, se ha podido hablar de la confesionalidad inglesa como caracterizada solo por una «leve preferencia» mostrada por el Estado hacia la religión oficial³⁷. En esta misma orientación se destaca también, de manera muy eminente además, la tesis sostenida por uno de los más reconocidos tratadistas de la materia, en cuya virtud, pese a que indudablemente comporta ciertas ventajas para la religión oficial, en la confesionalidad prevalecen algunas características muy positivas que, incluso, redundan en beneficio del pluralismo religioso en Inglaterra, habida cuenta de que, por ejemplo, esta situación en la práctica ha permitido ocasionalmente a muchas confesiones minoritarias acceder también a ciertos beneficios y privilegios previamente concedidos a la Iglesia oficial esgrimiendo precisamente el principio de igualdad de trato³⁸; estas mismas ideas son las que han llevado a algún autor a sugerir la conveniencia de mantener vigente en Inglaterra, con las necesarias adaptaciones, la actual «confesionalidad residual», como aquí

al conjunto de privilegios de que sigue gozando la confesión oficial se ha intensificado en los últimos años, de modo que han de tenerse muy en cuenta también, entre otras, las ulteriores referencias bibliográficas que a continuación voy a reflejar en este epígrafe.

36. Cfr. TRIGG, R., *Religion in Public Life: Must Faith Be Privatized?*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 27.
37. Cfr. HILL, M., SANDBERG, R. y DOE, N., *Religion and Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer, Alphen aan Rijn, 2011, p. 43.
38. Cfr. HILL, M., «Church and State in the United Kingdom: Anachronism or Microcosm?», en FERRARI, S. y CRISTOFORI, R., (Eds.), *Law and Religion in the 21st Century. Relations between States and Religious Communities*, Routledge, Surrey, 2010. Esa misma actitud, podríamos decir, muy complaciente con el significado y las consecuencias actuales de la confesionalidad en Inglaterra atraviesa gran parte de la producción científica de este autor y se evidencia, visiblemente, en una obra de referencia y por lo demás muy estimable como es su voluminoso tratado que lleva por título *Ecclesiastical Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

es calificada, al entenderse que posiblemente se trate del sistema óptimo de relaciones Iglesia-Estado en ese país dadas sus peculiares características sociales y culturales³⁹.

Frente a este tipo de posicionamientos se sitúan aquellos otros autores que, a mi juicio con un mayor fundamento, han puesto de relieve los más que evidentes puntos de fricción entre la confesionalidad inglesa y el principio de igualdad y no discriminación que rige en el sistema de derechos fundamentales en ese país.

Así por ejemplo, se ha llamado la atención sobre el hecho de que, aunque tal y como algunos sostienen en determinados ámbitos la confesionalidad anglicana tiene consecuencias más bien de orden simbólico o produce efectos que atañen a cuestiones que realmente carecen de una gran relevancia en la vida cotidiana de los individuos, no es menos cierto que en otras facetas específicas el estatuto privilegiado del que disfruta la Iglesia de Inglaterra se deja sentir con una mayor intensidad y tiene una repercusión jurídica que no debería ser en modo alguno subestimada, a pesar de que no llegue a alcanzar las cotas tan elevadas de diferenciación y de tratamiento privilegiado que caracterizan, por ejemplo, al modelo de Iglesias de Estado vigente en Escandinavia o a los sistemas concordatarios de los que se beneficia la Iglesia católica en otros países⁴⁰ —en este último supuesto este autor no menciona ningún país en concreto, pero es evidente que el nuestro sería un claro exponente de ello—; e incluso hay quien ha postulado, aun admitiendo la premisa de que la posición privilegiada de la Iglesia de Inglaterra es hoy de carácter fundamentalmente simbólico, que esa posición solo se explica ya por razones históricas siendo incompatible además con el principio liberal de la neutralidad estatal, razón por la cual ese estatus simbólicamente privilegiado constituye actualmente un anacronismo que se habría de abandonar para garantizar una actuación estatal en esta materia verdaderamente neutral⁴¹.

Este tipo de críticas, como apuntaba, se han visto especialmente estimuladas a raíz de la incorporación al Derecho de este país como elemento hermenéutico indispensable del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que tuvo lugar en 1998 mediante la *Human Rights Act*, y en este sentido se ha señalado que la aprobación de esta norma trajo consigo todavía una mayor atención a las cuestiones relacionadas con la tutela de la libertad y la no discriminación en materia religiosa, pudiéndose detectar, desde entonces, una creciente contestación a la posición claramente privilegiada de la Iglesia de Inglaterra en ciertos ámbitos, y todo ello hasta el punto de que el propio *Home Office* llegaría a sugerir

39. Cfr. WOODHEAD, L., «Neither Religious nor Secular: The British Situation and its Implications for Religion-State Relations», en BERG-SØRENSEN, A., (Ed.), *Contesting Secularism. Comparative Perspectives*, Ashgate, Farnham, 2013, pp. 155-58; postulando similarmente el carácter en su mayor parte «residual y simbólico» de la actual confesionalidad en Inglaterra, RIVERS, J., «The Right to Religious Liberty in English Law», en VVAA, *Law, Religion, Constitution. Freedom of Religion, Equal Treatment, and the Law*, Ashgate, Farnham, 2013, p. 294.

40. Cfr. WELLER, P., «Equity, Inclusivity and Participation in a Plural Society: Challenging the Establishment of the Church of England», en EDGE, P. W. y HARVEY, G., (Eds.), *Law and Religion in Contemporary Society. Communities, individualism and the State*, Ashgate, Aldershot, 2000.

41. Cfr. FRANKEN, L., *Liberal Neutrality and State Support for Religion*, Springer International Publishing, Switzerland, 2016, p. 191.

en uno de sus informes del año 2001 que, efectivamente, la confesionalidad en este país estaba produciendo como consecuencia un indiscutible perjuicio (*religious disadvantage*) para las restantes confesiones religiosas⁴².

En este sentido, por ejemplo, se ha hecho notar que, si bien la jurisprudencia europea ha declarado la teórica compatibilidad del Convenio con la existencia de regímenes de confesionalidad estatal siempre que al menos estén presentes en ellos las garantías necesarias para el ejercicio de la libertad religiosa por quienes no profesen la religión oficial, lo cierto es que el hecho mismo de que el Estado privilegie una religión sobre las restantes resulta muy difícilmente congruente con una adecuada recepción del art. 9 del CEDH en el ordenamiento interno de este país⁴³, y, a partir de esta premisa, especialmente en los últimos años han visto la luz en la literatura científica diversos estudios en los que, de manera pormenorizada y con una sólida fundamentación, se han puesto en evidencia las contradicciones que existen entre el marco normativo internacional y especialmente el europeo en materia de derechos humanos, de un lado, y las múltiples manifestaciones de la confesionalidad en Inglaterra, de otro⁴⁴.

Desde una óptica más específica, a ello habría que sumar las cada vez más numerosas críticas que se vienen formulando en particular a la existencia de los distintos privilegios de que goza la confesión oficial en sectores concretos de la ordenación estatal, por lo general también singularmente alentadas por las consecuencias derivadas de la incorporación del CEDH al Derecho inglés.

Así por ejemplo, en relación con la presencia en este ordenamiento de un estatuto especial y claramente privilegiado aplicable al matrimonio anglicano, así como también con la de la existencia de un régimen particular en beneficio de algunas otras formas conyugales religiosas que igualmente obedece a razones históricas, se ha postulado que esta opción legislativa resulta muy dudosamente conciliable con el significado y alcance de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 del Convenio en su conjunción con el derecho a contraer matrimonio también reconocido en este texto internacional⁴⁵; en sentido similar y sin abandonar este sector normativo, se ha podido afirmar que el conjunto de privilegios de los que disfruta el matrimonio anglicano únicamente pueden entenderse hoy justificados por razones ligadas a la tradición histórica puesto que, bajo el prisma del valor de la igualdad y del principio de no discriminación en materia religiosa que imperan actualmente en el contexto de las democracias liberales, esos privilegios son ya

42. Cfr. KNIGHTS, S., *Freedom of Religion, Minorities, and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 15-16.

43. Cfr. LYNCH, A., «The constitutional significance of the Church of England», en RADAN, P., MEYERSON, D. y CROUCHER, R. F., *Law and Religion. God, the State and the Common Law*, Routledge, Abingdon, 2005, p. 189.

44. Así por ejemplo, O'HALLORAN, K., *The Church of England – Charity Law and Human Rights*, Springer, Cham, 2014, pp. 189 y ss.

45. Cfr. EEKELAAR, J., *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 162-63.

sencillamente indefendibles⁴⁶. Paralelamente y ya en otro ámbito objetivo, se ha puesto asimismo en cuestión, también bajo el prisma del principio de igualdad, la presencia en la Cámara de los Lores exclusivamente de determinados miembros de la Iglesia de Inglaterra⁴⁷.

Sea como fuere, ante un reconocimiento como el antes señalado por parte de la propia Administración inglesa –aunque pueda aquí objetarse que se trataba de un informe promovido por ese departamento gubernamental pero que no reflejaba necesariamente una concreta posición política por su parte– y, sobre todo, frente a un contexto científico marcado por una cada vez mayor impugnación de este tratamiento jurídico diferenciado entre unas y otras religiones, la cuestión que adquiere una importancia capital es la que debería llevar a preguntarnos la razón por la cual el legislador inglés no ha adoptado hasta ahora las medidas adecuadas para corregir de algún modo esa situación –no en vano se ha hablado de un «mínimo impacto» en el Derecho de este país de la *Human Rights Act 1998* por lo que concierne a la libertad religiosa⁴⁸–, y es en este orden de consideraciones en el que cabe apelar a la tesis mantenida por la autora de uno de los estudios más perspicaces que uno haya podido leer sobre este asunto, en el que no sólo se pone en evidencia de manera convincente que la incorporación como elemento hermenéutico del contenido del CEDH resulta abiertamente incompatible con no pocas de las manifestaciones de la confesionalidad en Inglaterra sino que, además y en relación con el interrogante antes planteado, se postula que son razones ante todo de índole política y alusivas a la tradición histórica, y no estrictamente jurídicas como sería lo exigible, las que explican la habitual falta de un abordaje frontal de esta cuestión por parte de los poderes públicos así como la ausencia, hasta ahora, de un intento serio y decidido de depurar el ordenamiento inglés en este terreno⁴⁹.

En términos muy similares y no menos realistas se ha señalado que, a medida que se afianzan en el ordenamiento de este país los principios y reglas del sistema europeo de derechos humanos y especialmente los que atañen a la igualdad y la no discriminación en materia religiosa, la confesionalidad en Inglaterra se muestra cada vez más abiertamente contraria a algunas de las premisas sobre las que se sustenta el moderno Derecho Eclesiástico del Estado, lo que permite llegar a la también muy significativa conclusión de que, aunque es ciertamente improbable que en un futuro próximo dicha confesionalidad pueda llegar a desaparecer habida cuenta de su gran arraigo histórico y de su naturaleza compleja y multifacética, lo que en cualquier caso aparenta ser inevitable es

46. Cfr. JUSS, S., «Church of England Marriages: Historical Particularity or Anomaly?», en *King's Law Journal*, núm. 20, 2009, p. 167; en sentido muy similar BRADNEY, A., *Religions, Rights and Laws*, Leicester University Press, Leicester, 1993, pp. 42-43.

47. Cfr. EDGE, P. W., *Religion and Law. An Introduction*, Ashgate, Aldershot, 2006, p. 101.

48. Cfr. RIVERS, J., «The Secularisation of the British Constitution», en *Ecclesiastical Law Journal*, núm. 14-3, 2012, pp. 381-82.

49. Cfr. SMITH, CH., «A very English affair: establishment and human rights in an organic constitution», en CANE, P., EVANS, C. y ROBINSON, Z., (Eds.), *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

que este régimen confesional tendrá que evolucionar y sufrir los cambios necesarios para adaptarse a aquel marco normativo internacional en materia de derechos fundamentales o, al menos, para disminuir los evidentes puntos de fricción que actualmente se detectan respecto de este entorno iusinternacional⁵⁰.

IV. CONCLUSIONES: LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y LAS SERVIDUMBRES DE LA DIPLOMACIA

Un examen global de la jurisprudencia europea recaída en asuntos que, de uno u otro modo, conciernen a los sistemas de relación Iglesia-Estado, al estatuto de las confesiones en los distintos países miembros o al régimen de la libertad religiosa en cada uno de ellos, produce en el intérprete la inequívoca sensación de que, en efecto, hay un trasfondo más político que jurídico claramente perceptible en buena parte de esas sentencias, y ello explicaría que, tras un análisis de fondo de las principales resoluciones del TEDH en esta materia, se haya podido extraer la conclusión, a mi juicio acertada, de en todas ellas es perceptible una utilización inadecuada y excesiva de la doctrina del margen nacional de apreciación, estimulada por todo un conjunto de presiones políticas por parte de las autoridades locales a las que el Tribunal no ha podido o no ha sabido sustraerse, redundando todo ello en un muy pobre y altamente insatisfactorio nivel de tutela de los derechos consagrados en el Convenio y en particular de la libertad de religión o creencia⁵¹.

En cuestiones tales como la de los límites de esa libertad o como la de la presencia de simbología religiosa en el espacio público, ambas por lo demás estrechamente relacionadas entre sí, buena parte de la doctrina científica ha denunciado esa situación al considerar que en estos casos, a menudo y particularmente a causa del desmesurado o inadecuado uso que se ha venido haciendo del criterio del margen estatal de apreciación, el TEDH no ha hecho otra cosa que renunciar a adoptar su propia perspectiva de enjuiciamiento, una perspectiva propiamente europea podríamos decir, y no ha realizado el riguroso escrutinio que debería haber llevado a cabo al contraste con las garantías convencionales, y ello hasta tal punto que se ha podido incluso sostener, muy expresivamente, que esa actitud de sumisión hacia los intereses particulares de los estados miembros ha conducido al Tribunal casi a una «auto-negación» en materia de libertad religiosa⁵².

Pero si hay un aspecto en el que todo ello se pone en evidencia de una forma particularmente conspicua ese es, sin duda alguna, el relativo a la manera en la que el Tribunal

50. Cfr. SANDBERG, R., *Law and Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 69-70.

51. Cfr. SANADER, T., «Religious Symbols and Garments in Public Places – a Theory for the Understanding of *S.A.S. v France*. Developments and Limits of the ECtHR's Case Law Regarding Article 9ECHR», en *Vienna Journal on International and Constitutional Law*, núm. 9, 2015, especialmente pp. 194 y ss.; a una muy parecida conclusión llega también, por su parte, GIBSON, N., «An Unwelcome Trend: Religious Dress and Human Rights Following *Leyla Şahin vs Turkey*», en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 25/4, 2007, p. 631.

52. Cfr. LEWIS, T., «What not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation», en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 56-2, 2007, p. 396.

ha afrontado el tema de la compatibilidad o no con el Convenio de los regímenes de confesionalidad existentes en determinados países miembros.

Como se vio, la argumentación con la que en Estrasburgo se ha declarado esa compatibilidad es la de que un régimen de confesionalidad no es por sí mismo incompatible con el CEDH, siempre que incorpore las adecuadas garantías para el ejercicio de la libertad religiosa de todos los individuos, sin más exigencias, pero es difícil ignorar que la libertad religiosa –como cualquier otro de los derechos proclamados en el Convenio– sencillamente no se concibe sino en íntima e indisociable relación con el valor de la igualdad y con el principio que jurídicamente lo encarna en el CEDH, lo que, visiblemente, parece oponerse de manera frontal a la concesión de privilegios jurídicos en esta materia tanto a quienes profesan la religión oficial como a quienes pertenecen a las religiones tradicionalmente preponderantes en una determinada sociedad, y esto es algo que, por ejemplo, ha sido expresamente declarado en relación con los textos de Naciones Unidas en los que reconocidamente el sistema europeo encontró su inspiración⁵³.

Porque, efectivamente, lo que acaba de postularse no solo es válido en relación con los intentos, por parte del Tribunal, de justificar de modo convincente la compatibilidad del Convenio con los regímenes de confesionalidad sino que, asimismo, es predicable en los mismos términos también de aquellos supuestos en los que ha estado en discusión la compatibilidad con el sistema europeo de otros modelos que, no siendo formalmente confesionales, mantienen en todo caso algún tipo de régimen preferencial para con la religión que históricamente fue la oficial de la Nación o para con las religiones histórica y sociológicamente más predominantes, como es el caso por ejemplo de algunos países de tradición concordataria.

En estos otros supuestos se detecta exactamente ese mismo trasfondo más político que jurídico en las decisiones del TEDH y, a este respecto, valga ahora como ejemplo lo establecido en una de ellas precisamente atinente a nuestro país en el que, como es notorio, se dan esas características que acabo de apuntar. Se trata del caso Alujer Fernández y Caballero García contra España (STEDH de 14 de junio de 2001 [JUR 2004, 138645]), en el que fue cuestionada la convencionalidad de las normas nacionales que conformaban un estatuto fiscal especialmente favorable para la Iglesia Católica. El Tribunal en este caso declaró la validez de esas normas pero lo hizo apelando explícita y significativamente al

53. No pudo ser más claro el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación general al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 20 de julio de 1993, en cuyo apartado 9 se proclama que «el hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes. En particular, determinadas medidas que discriminan en contra de estos últimos, como las medidas que sólo permiten el acceso a la función pública de los miembros de la religión predominante, o que les conceden privilegios económicos o imponen limitaciones especiales a la práctica de otras creencias, no están en consonancia con la prohibición de discriminación por motivos de religión o de creencias y con la garantía de igual protección en virtud del artículo 26 [...]».

amplio «margen de apreciación que hay que dejar a cada Estado [...], concretamente en cuanto al establecimiento de las *delicadas relaciones entre el Estado y las religiones* [...], dicho margen de apreciación se justifica aún más no existiendo en Europa un estándar común en materia de financiación de las Iglesias o cultos; *estas cuestiones se encuentran estrechamente vinculadas a la historia y a las tradiciones de cada país*» (La cursiva es mía); el TEDH volvía a evidenciar así su incapacidad para aplicar un mínimo estándar común, propiamente europeo, en esta materia, y además reconocía abiertamente el peso que en su decisión habían tenido otros factores extrajurídicos como los que acaban de señalarse, lo que de entrada contribuye a fomentar la impresión de falta de solidez jurídica que producen buena parte de los argumentos expuestos en la sentencia para tratar de justificar el sentido del fallo, pues es legítimo pensar que, de haber gozado estos de una mayor consistencia, el Tribunal seguramente no se habría visto en la necesidad de subrayar, tan reveladoramente como lo hace, que el margen de apreciación estatal adquiere una singular connotación en este tan delicado asunto y que estamos ante cuestiones tan decisivamente ligadas a la propia identidad nacional de los estados parte. Un fenómeno muy similar se había producido ya en la sentencia recaída en el caso Iglesia Bautista «El Salvador» y otros contra España (STEDH de 10 de enero de 1992 [JUR 2004, 45060]), asimismo alusiva al cuestionamiento de determinados privilegios fiscales de que gozaba la Iglesia católica en España merced a su especial estatuto concordatario; en esta otra resolución el Tribunal tuvo que recurrir a ciertos argumentos, tan visiblemente forzados y de tan dudosa compatibilidad con algunas de las exigencias convencionales que la propia jurisprudencia europea había explicitado, que no es de extrañar que se haya sugerido, a mi juicio con gran perspicacia, que la decisión del Tribunal estuvo aquí muy presumiblemente influida por el hecho de que, de haberse declarado que, por aplicación del principio de no discriminación, todas las restantes confesiones tenían derecho a acceder a los mismos privilegios fiscales que los concedidos a la religión que otrora fuese la oficial del país y que en ese momento era la socialmente mayoritaria, se habría con ello erosionado y puesto en discusión indefectiblemente la viabilidad del concepto mismo de Iglesia de Estado en el marco del Convenio, un efecto claramente indeseado y que aparentemente trató ante todo de evitar el Tribunal en este caso⁵⁴. Coincido plenamente, por tanto, con la idea de que, tanto el enfoque como la solución que ha venido concediendo el TEDH a los pleitos en esta materia, lo que verdaderamente han implicado es la inobservancia de los principios y las reglas con los que la misma jurisprudencia europea ha delimitado el significado y alcance de los arts. 9 y 14 del Convenio, e igualmente creo acertada la conclusión de que el amplísimo margen de apreciación otorgado aquí a los estados parte ha dado a menudo como resultado una jurisprudencia europea que en algunos aspectos se muestra singularmente contradictoria, en función de las particulares características del sistema nacional de financiación de las confesiones que esté siendo enjuiciado en cada caso⁵⁵, una conclusión que es a mi juicio en buena medida extrapolable al enjuiciamiento en Estrasburgo de muchas otras cuestiones vinculadas con los sistemas de relación Iglesia-Estado.

54. Cfr. EVANS, C., *Freedom of Religion Under the European Convention ...*, op. cit., 2001, p. 84.

55. Cfr. CELADOR, O., *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 242.

En el contexto de la relación dialéctica que se detecta entre el universalismo y el relativismo cultural en materia de protección internacional de los derechos humanos, los paralelismos que pueden establecerse entre el tratamiento de la llamada cuestión religiosa en Estrasburgo, de un lado, y el que por su parte se concede a esa misma cuestión en el seno de la Unión Europea, de otro, son más que evidentes, pues la ya mencionada dinámica centrífuga se aprecia tanto en el trasfondo de buena parte de la jurisprudencia europea sobre esta materia como, muy similarmente y por las mismas causas, en el origen de la aprobación primero de la Declaración núm. 11 del Tratado de Ámsterdam y, más tarde, del art. 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que dio carta de naturaleza legal a lo previsto en aquella Declaración, incorporándolo al Derecho originario de la Unión⁵⁶.

A este respecto, algunos autores aparentemente han tratado de hacernos ver que es posible contemplar la jurisprudencia del TEDH en este terreno como el fruto de una suerte de interpretación coordinada y armónica entre el principio de libertad religiosa y el del respeto a los sistemas nacionales de relación Iglesia-Estado⁵⁷, empleando un enfoque de este asunto en el fondo muy parecido al adoptado por aquellos otros que, ya en el plano del ordenamiento de la Unión, han postulado que lo que representa el precitado art. 17 TFUE no es otra cosa que la exitosa cristalización de una especie de modelo europeo de laicidad (*European laïcité*) en el que conviven en armonía los principios fundamentales del sistema de derechos y libertades de la Unión –incluyendo el de no discriminación basada en la religión–, de un lado, y el respeto al *status quo* nacional de los distintos estados miembros en esta materia, de otro⁵⁸.

Frente a este tipo de planteamientos otros autores han adoptado una perspectiva de análisis a mi juicio mucho más realista –o si se quiere mucho menos formalista– y atenta a la sustancia de las cosas, y así, por solo poner ahora algunos ejemplos particularmente significativos, en relación con el pronunciamiento del TEDH en el caso *S.A.S. contra Francia* (TEDH 2014, 36) y con el muy controvertido uso que en él se hace del concepto de la vida en comunidad como un límite convencionalmente aceptable a la libertad religiosa, el autor de uno de los comentarios críticos más penetrantes y a mi modo de

56. Según dispone ese precepto, «1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. 2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. 3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones». Un amplio estudio de esta cuestión puede verse, por ejemplo, en POLO, J. R., *El estatuto de las confesiones religiosas en el Derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

57. En este sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección de la libertad religiosa por la jurisprudencia de Estrasburgo», en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., MESEGUER, S. y PALOMINO, R., (Coords.), *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls, I*, Editorial Iustel, Madrid, 2013, p. 278.

58. En este sentido, WILLAIME, J.-P., «European Integration, Laïcité and Religion», en *Religion, State & Society*, núm. 1/2, 2009, pp. 31-32.

ver mejor fundamentados sobre este aspecto de la sentencia ha podido concluir, de manera harto expresiva, que lo que verdaderamente hizo aquí el Tribunal –o lo que volvió a hacer pues, nos dice, esta venía siendo con frecuencia la pauta de la jurisprudencia europea en esta materia– fue abandonar el camino del Derecho para optar abiertamente por el de la diplomacia⁵⁹. Por su parte y siguiendo con el paralelismo antes sugerido, esto es, a propósito ahora de lo acontecido en el ordenamiento de la Unión Europea, se ha podido advertir agudamente y de manera profundamente realista que, partiendo de las posiciones privilegiadas que tradicionalmente han ostentado y aún hoy mantienen ciertas confesiones mayoritarias en determinados países miembros de la Unión, algunas de esas confesiones «históricas» vieron en el Tratado de Ámsterdam la ocasión propicia para tratar de incorporar a las bases constitucionales de la Unión un principio que, jurídicamente, les permitiese preservar esa posición de privilegio ante posibles injerencias del ordenamiento comunitario y que, al mismo tiempo, dificultase el acceso a una efectiva igualdad de trato por parte de las nuevas confesiones o de aquellas carentes de aquel arraigo histórico en cada país⁶⁰; esas mismas razones extrajurídicas que subyacen a la redacción de la Declaración núm. 11 de aquel Tratado son obviamente las que latan tras la definitiva aprobación del art. 17 TFUE, motivo por el cual este último precepto ha sido calificado, con todo acierto y de una forma que difícilmente podría resultar más reveladora, simplemente como una versión contemporánea del viejo principio *cuius regio eius religio*⁶¹.

En mi criterio, esa misma calificación le sería perfectamente aplicable a buena parte de la jurisprudencia del TEDH en materia de relaciones Iglesia-Estado en los términos en los que ello ha quedado hasta aquí expuesto, y, si bien se mira, la llamativa frase pronunciada por el Juez Hedigan con la que se abrían estas páginas claramente evoca el recuerdo de aquel célebre principio ratificado en la Paz de Westfalia; de hecho, de manera indudablemente muy significativa y a mi juicio plenamente justificada, tras analizar con agudeza el sentido y el trasfondo de la jurisprudencia europea en este ámbito, la conclusión a la que se ha llegado en un reciente estudio no es otra que la de que dicha jurisprudencia ha sido establecida, precisamente, bajo el aún poderoso influjo westfaliano⁶², y ello seguramente haya sido la causa de que, como oportunamente se ha puesto en evidencia en otro todavía más reciente trabajo sobre el tema, la jurisprudencia europea se haya mostrado tan inconsistente y a menudo tan contradictoria especialmente en relación con el significado atribuido al principio de neutralidad estatal en materia religiosa que, claramente derivado del Convenio, debería implicar la obligación de los poderes públicos

59. Cfr. BONNET, B., «La Cour EDH et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public», en *La Semaine Juridique. Édition Générale*, núm. 29, 2014, p. 1428.

60. Cfr. MARGIOTTA BROGLIO, F., «Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea», en MARGIOTTA BROGLIO, F., MIRABELLI, C. y ONIDA, F., *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 157.

61. Cfr. MCCREA, R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 113-15.

62. Cfr. JANIS, M. W., «The Shadow of Westphalia: Majoritarian Religions and Strasbourg Law», en *Oxford Journal of Law and Religion*, núm. 4-1, 2015.

de no favorecer a una religión sobre otras y de no discriminar por tanto a los individuos en función de su particular afiliación religiosa, un principio aquel que sin embargo no siempre ha sido interpretado y aplicado de ese modo en Estrasburgo⁶³.

Reconocerlo así y admitir sin ambages que han sido y son razones de índole extra-jurídica –razones políticas, históricas, sociológicas, etc.– las que a menudo han alentado tras las decisiones de la Corte de Estrasburgo en este ámbito o tras el modo en el que se afronta esta cuestión en el Derecho de la Unión Europea, como según acaba de verse hacen algunos autores con gran realismo, es algo muy parecido a lo que también han hecho algunos de los más preclaros analistas, paralelamente, en el contexto del debate científico suscitado a propósito de este asunto en Inglaterra, allí donde, como se ha evidenciado, ocasionalmente se ha puesto de relieve la sustancial incompatibilidad existente entre la confesionalidad anglicana y el principio de no discriminación consagrado en el sistema europeo, así como también ese carácter en última instancia extrajurídico y más bien político de los motivos por los cuales no se ha abordado frontalmente hasta la fecha una depuración del ordenamiento inglés en este terreno como la que en rigor demandaría su adaptación al marco normativo del CEDH, una adaptación que algunos de estos autores han considerado cada vez más inaplazable.

Desde esa misma perspectiva realista que aquí se ha reclamado, a nadie se le escapa la enorme dificultad que conlleva el reto de lograr una efectiva y plena vigencia del valor de la igualdad en el marco del sistema europeo de derechos humanos especialmente en este tan delicado sector de las relaciones Iglesia-Estado, pero, aun así, a menos que decidamos resignarnos a que ese objetivo no vaya a poder ser nunca alcanzado ante las enormes resistencias de los estados en este terreno –como de hecho parece haberse resignado la Unión Europea con la aprobación del art. 17 TFUE–, lo cierto es que, como es bien sabido, un buen tratamiento siempre empieza por un buen diagnóstico, y, en mi criterio, tener por jurídicos a determinados criterios que realmente no lo son y basar en ello la elaboración científica no contribuye en absoluto a esa adecuada y necesaria buena diagnosis, sino más bien al contrario.

63. Cfr. RINGELHEIM, J., «State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach», en *Oxford Journal of Law and Religion*, núm. 6-1, 2017.