
Reflexiones a partir del estudio de casos sobre libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Comments about a Case Study on Freedom of Religion at the Inter-American System of Human Rights

Susana MOSQUERA

Universidad de Piura (Perú)
susana.mosquera@udep.pe

RECIBIDO: 21/09/2017 / ACEPTADO: 28/11/2017

Resumen: Este trabajo parte de una realidad jurídica concreta que presenta al sistema interamericano de protección de los derechos humanos como un escenario casi inmune a la conflictividad religiosa. Con el estudio de casos en materia religiosa se ofrecerá un enfoque del trabajo de la Comisión y la Corte Interamericanas que permita conocer lo avanzado en defensa de este derecho. Ese conocimiento previsiblemente aportará soluciones a los problemas que un futuro escenario de pluralismo religioso pueda llegar a generar.

Palabras clave: libertad religiosa; libertad de expresión; sistema interamericano de protección de derechos humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract: This paper departs from the consideration of the Inter-American system of human rights as a legal scenario resistant to religious disputes. The study of cases on religious freedom will offer a general approach to the contributions made by both the Commission and the Court to defend freedom of religion. This knowledge could be useful to solve eventual future religious problems in a pluralistic society.

Keywords: freedom of religion; freedom of speech; inter-American system of human rights; Inter-American Commission of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights.

La escasez de casos sobre libertad religiosa que han llegado al sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹ exige alguna explicación. Sin duda hay causas históricas, culturales, políticas y también jurídicas para explicar un escenario con tan escasa conflictividad religiosa. Pero es previsible que los conflictos jurídicos con aspectos que afectan a la moral religiosa se presentarán cada vez con mayor frecuencia ante los órganos del sistema interamericano. Este trabajo busca adelantarse a ese futuro escenario, y contribuir a que el derecho de los países miembros y el sistema internacional ofrezcan una respuesta coherente y respetuosa a los estándares internacionales

¹ En adelante, SIDH.

de protección del derecho de libertad religiosa sin que ello implique una pérdida de autonomía del estado para proteger su soberanía legislativa.

El trabajo se estructura en tres apartados. Una breve introducción que sirva para presentar la original regulación del derecho de libertad religiosa en la Convención Americana sobre derechos humanos². Un segundo apartado para analizar la evolución que se observa en el tratamiento que la Comisión Interamericana³ ha hecho a este derecho. Y un tercer apartado que presenta a la Corte Interamericana⁴ y compara su técnica de argumentación con la utilizada por su equivalente europeo en un caso que pone en relación la libertad de expresión y la protección de los sentimientos religiosos.

I. INTRODUCCIÓN

Varias son las diferencias en el origen y posterior evolución del SIDH respecto a su equivalente europeo, pero la regulación dada al derecho de libertad religiosa es la que ahora corresponde destacar. La CADH se aparta de la triada «pensamiento, conciencia y religión» que aparece en los principales tratados de derechos humanos y en muchos de los textos constitucionales de la segunda mitad del siglo XX⁵. Aparentemente se decide separar la libertad religiosa de la libertad de pensamiento, con la intención de vincular la libertad de expresión con esa libertad de ideas de las que se nutre todo estado democrático. Esa regulación ha dejado su huella en los modelos constitucionales de la región, pues en la ola democrática de los años 80 y 90 cuando casi todos los países latinoamericanos reformaron o dictaron una nueva constitución, en todos ellos se reproduce esa separación formal entre la libertad de conciencia y religión y la libertad de pensamiento⁶.

Muy probablemente la inestabilidad política que marcó las primeras décadas de vida del SIDH es la razón que mueve a colocar en la CADH ese sesgo protector de la libertad de pensamiento vinculada a la libertad de expresión. La CIDH ha dado en varias de sus sentencias razones para entender ese trato

² En adelante, CADH.

³ En adelante, CIDH.

⁴ En adelante, CorteIDH.

⁵ Aunque a veces con pequeñas variantes que reemplazan religión por culto, o creencias.

⁶ Solo Bolivia tiene a la libertad conciencia, pensamiento y religión en un mismo artículo del texto constitucional.

especial que la libertad de pensamiento mantiene con la libertad de expresión dentro del SIDH, relacionándolo con la importancia que tiene la libertad de prensa como garantía de la calidad democrática de los estados⁷.

No obstante, a pesar de esa separación en forma⁸, resulta evidente que las libertades de pensamiento, aunque colocada en artículo aparte, sigue manteniendo una relación esencial con la libertad de conciencia y religión de las cuales resulta núcleo esencial que las dota de contenido y permite –justamente a través de la libertad de expresión–, su exteriorización con toda la potencia que el *agere licere* proyecta sobre estos dos derechos⁹. Pero resulta interesante comprobar la consecuencia que esa separación de contenido ha tenido en el SIDH a la hora de proteger algunos casos en los que la libertad religiosa estaba en juego, singularmente en el caso «La Última Tentación de Cristo» en el que la protección de la libertad de expresión se activa frente a la defensa de los sentimientos religiosos.

II. DEFENSA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DESDE EL TRABAJO DE LA CIDH

1. *Etapas inicial*

Los años iniciales del sistema propiamente jurisdiccional de protección de los derechos humanos estuvieron marcados por el trabajo de la CorteIDH en la promoción y defensa no contenciosa de los derechos humanos. Y es que la primera conformación de la CorteIDH tuvo que esperar hasta 1979 –un año después de la entrada en vigor de la CADH–, lo que sirvió para mantener muy activas las competencias de la Comisión. Así hasta 1986 la CorteIDH no dictará su primera sentencia en un caso contencioso, dedicando sus primeros años de trabajo a la preparación de opiniones consultivas solicitadas por los estados miembros¹⁰.

⁷ CorteIDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas T.V.) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C, n.º 293, párr. 381.

⁸ Cfr. SÁNCHEZ-BAYÓN, A. «La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (nº 6), www.iustel.com, octubre 2004 (agosto de 2017).

⁹ MOSQUERA, S. «El derecho de libertad religiosa», en ID. (coord.) *El derecho fundamental de libertad religiosa. III Jornadas de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2014, pp. 65-83.

¹⁰ Labor consultiva de la CorteIDH que sigue siendo sumamente relevante dentro del sistema.

La CIDH como órgano que conserva las competencias de naturaleza política que derivan de su relación estructural con la OEA, siempre ha realizado parte de sus labores con visitas *in loco* e informes respecto a los estándares de protección de los derechos humanos que se observan en los estados miembros¹¹. De ahí que lo primero que se puede localizar en relación con la protección de la libertad religiosa viene de la mano de esos informes por países que la CIDH ha hecho desde 1962.

El clima de inestabilidad política que había en los gobiernos de la época se refleja en el tipo de casos que aparecen en esos informes. Así en el de Chile de 1974 la Comisión da cuenta de una larga lista de violaciones de derechos humanos comprobadas durante la visita *in loco* realizada en 1973, entre las que destacan las torturas, persecución de minorías religiosas, las desapariciones forzosas, y la detención arbitraria de 38 miembros de la llamada religión siloista, y la ausencia de garantías judiciales para reparar las lesiones sufridas¹²; elementos que la historia hará repetir, como práctica constante, en posteriores informes y casos.

La primera petición que llega a la CIDH en 1978 está referida a la persecución que sufrían los Testigos de Jehová en Argentina con restricciones a la libertad de culto que incluían lesiones en el ámbito educativo, detenciones ilegales contra alguno de los miembros y sanciones penales por la negativa de algunos miembros jóvenes de esta organización religiosa de prestar servicio militar¹³. Un contexto que se repite en el siguiente informe que la CIDH presentó con relación a Paraguay, país que a pesar de contar con un marco de tolerancia religiosa restringía la libertad religiosa de los Testigos de Jehová al retirarles su personalidad jurídica¹⁴. Este tema sirve de carta de presentación de un problema evidente en toda la región, la ausencia de un sistema efectivo de reconocimiento de personalidad jurídica que garantice la dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa de las entidades que viven como minorías religiosas¹⁵. Los sistemas de

¹¹ Trabajo que muchas veces realiza desde el marco normativo de la Declaración americana sobre derechos humanos que también puede ser alegada en el sistema de peticiones ante la Comisión.

¹² A las acusaciones de la CIDH responde el Gobierno de Chile destacando la naturaleza política y no religiosa de ese movimiento, ofreciendo como dato adicional las campañas de los medios de comunicación nacionales contra dicho grupo en defensa de la integridad familiar y la moral cristiana. CIDH. Informe. 1974.

¹³ CIDH. Caso 2137 Testigos de Jehová v. Argentina, de 18 de noviembre de 1978.

¹⁴ CIDH. Informe sobre Paraguay 1979/80.

¹⁵ MOSQUERA, S. «¿Es posible definir jurídicamente el concepto ‘confesión religiosa’? La cuestión registral, los nuevos movimientos religiosos y el problema de las sectas», en *Revista jurídica del Perú*, vol. 63 (2005), pp. 237-266.

reconocimiento registral y leyes de libertad religiosa tardarán todavía un poco en aparecer, y es que junto al problema de la confesionalidad –real o sociológica– que hasta la fecha conservan los modelos de relaciones Iglesia-Estado de la región, cabe añadir que en su regulación de la libertad religiosa, la CADH se ha olvidado de insertar la dimensión colectiva de ese derecho, lo que en la práctica dificulta el trabajo de las confesiones y entidades religiosas en la región¹⁶.

En los informes que la CIDH preparó en 1981 para Colombia y Guatemala se constata el germen de un problema singular del SIDH, las persecuciones políticas, en este caso contra religiosos, dificultando que puedan realizar su trabajo asistencial y social¹⁷. Se comprueba que ese temor a ser perseguidos era fundado cuando llega a la CIDH el caso del Obispo Gerardi al que las autoridades guatemaltecas prohibieron el ingreso al país, tratando de atentar contra su vida y contra el grupo de religiosos que lo acompañaba, cuando regresaba de presentar en Roma un informe sobre el estado de la Iglesia en Guatemala¹⁸. Ese clima de persecución contra las instituciones religiosas alcanzará su punto álgido en la Cuba castrista tal y como refleja el detallado informe que presentó la CIDH en 1983, en el que se relataba cómo en los años iniciales de la revolución se pusieron en marcha distintos mecanismos para apartar a los cubanos de las prácticas religiosas¹⁹. Esos informes de la CIDH demostraron ser efectivos,

¹⁶ Problema que han resuelto los textos constitucionales que como el peruano han recogido la redacción de la CADH pero depurando esa laguna. Art. 2, inciso 3 de la Constitución de 1993: «Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

¹⁷ «(...) un clima de riesgo y peligro para los sacerdotes, especialmente para los que trabajan en las zonas rurales e indígenas en sus labores de asistencia religiosa y social. Las condiciones referidas se han agravado de tal manera que con fecha 1° de noviembre de 1980, el Papa Juan Pablo II se dirigió a los Obispos de Guatemala, expresando su preocupación». CIDH. Informe sobre Guatemala. 1981.

¹⁸ La CIDH considera probados todos los hechos que los peticionarios presentaron, y dado que Guatemala no respondió a los escritos de notificación que le hizo la CIDH, se emite informe de fondo en los términos de considerar al Estado responsable de la vulneración de los derechos de libertad de conciencia, religión y también pensamiento y libertad de expresión, entre otros. El caso no llegó a la CorteIDH. La historia personal de monseñor Girardi incluye su regreso a Guatemala en el año 1982 con el cambio de régimen, su participación en la Comisión de la Verdad, y su terrible asesinato por desconocidos en la puerta de la casa parroquial en 1998.

¹⁹ «(...) el Gobierno adoptó otras medidas como la eliminación de los feriados religiosos y la organización de actividades deportivas y clases de adoctrinamiento durante los domingos para obstaculizar la asistencia a los oficios religiosos. Igualmente, se negó el acceso de los creyentes a los medios de comunicación de masas para divulgar su credo. Diversas otras formas de discriminación se hicieron sentir sobre quienes profesaban una religión, lo cual correspondía al marcado dogmatismo marxista-leninista oficialmente proclamado». CIDH. Informe Cuba 1983, párr. 26.

la Constitución cubana será finalmente reformada²⁰ y el inciso que permitía el control estatal sobre las entidades religiosas pasará a decir simplemente que: «La ley regula las relaciones del Estado con las instituciones religiosas».

Parecido contexto de persecución político-religiosa se reconoce en el informe de Guatemala de 1983 que además incorpora la denuncia hecha por las autoridades religiosas de matanzas y desapariciones de miembros de las comunidades indígenas, abriendo de ese modo camino para dos líneas de acción que con el tiempo demostrarán ser muy habituales en el trabajo del SIDH: el sistema de peticiones activado desde organismos de defensa de los derechos humanos vinculado a la estructura de la Iglesia Católica, y los casos de masacres contra miembros de comunidades indígenas²¹. En ese clima de inestabilidad política de Guatemala llegará a la CIDH el caso 12506 con una denuncia contra el estado por la amenaza, desaparición, tortura y violación de una religiosa estadounidense a la que sus secuestradores creían vinculada con actividades subversivas²². En un marco similar, el caso 11610 contra México²³ incluye como hechos probados el interrogatorio al que fueron sometidos tres

²⁰ El art. 54 de la Constitución cubana establecía que: «El Estado socialista, que basa su actividad y educación al pueblo en la concepción científica materialista del universo, reconoce y garantiza la libertad de conciencia, el derecho de cada uno a profesar cualquier creencia religiosa y a practicar, dentro del respeto a la ley, el culto de su preferencia. La ley regula las actividades de las instituciones religiosas. Es ilegal y punible oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución, a la educación o al cumplimiento de los derechos de trabajar, de defender a la patria con las armas, reverenciar sus símbolos y los demás deberes establecidos por la Constitución».

²¹ En 1985 la CIDH presenta la resolución relativa a la petición presentada por un grupo de organizaciones de defensa de derechos humanos alegando violaciones de los derechos humanos de los indios Yanomamí, entre las que destacan los relativos al daño a sus tierras comunales y a la salud. Resolución n° 12/85. Caso 7615 contra Brasil de 5 de marzo de 1985. Y unos años más tarde, el caso 12.053 relativo a la lesión de derecho sufrida por las comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo contra Belice. CIDH. Informe n° 40/04, de 12 de octubre 2004.

²² La CIDH da informe de admisibilidad del caso pues considera probado que: «El 2 de noviembre de 1989, Darleen Chmielewski informó a la Policía Nacional en Antigua, Guatemala, que la Hermana Ortiz había desaparecido. El 4 de noviembre de 1989 se inició un procedimiento penal ante el Juez de Paz del departamento de Sacatepéquez. Seis años después, no hay duda de que ha habido un retardo injustificado e irrazonable en la solución del caso. La Hermana Ortiz no ha tenido éxito en las gestiones que ha hecho por conductos judiciales, diplomáticos y políticos y el caso permanece aún en su período de investigación inicial ('fase sumarial'). Ni los tribunales ni el fiscal han iniciado actuaciones contra ningún sindicado ni se ha ordenado la detención de persona alguna en el caso. No ha habido en Guatemala juicio criminal contra persona alguna». CIDH. Informe n° 31/96. Caso 12506 contra Guatemala, de 16 de octubre de 1996, párr. 30.

²³ Se observa en los informes de la CIDH una evolución interesante desde que se pone en marcha la actividad judicial de la CorteIDH, aumentan tanto en extensión como en la profundidad con la que analizan las cuestiones de fondo.

sacerdotes extranjeros a su ingreso a Ciudad de México en materia de doctrina social de la Iglesia, con posterior privación de libertad, procedimiento sumario de expulsión y prohibición de regreso bajo ninguna calidad migratoria²⁴, todo ello en un contexto en que a partir de 1995 fueron expulsados de Chiapas muchos extranjeros que realizaban labores de asesoramiento y protección de los derechos humanos.

2. Casos sobre objeción de conciencia

Del grupo de temas que ha visto la CIDH en materia religiosa cabe destacar, por la elaborada respuesta que se ofreció, los casos referidos a la objeción de conciencia al servicio militar. El primer caso llegó con la petición presentada por un ciudadano boliviano testigo de Jehová que si bien fue eximido de realizar el servicio militar tuvo que plantear distintas acciones, incluida una petición ante la CIDH presentada por el defensor del pueblo de Bolivia, para estar libre de toda obligación personal o económica con las fuerzas armadas de su país²⁵. En un segundo momento se presentó el caso de Cristián Daniel Sahli Vera y otros jóvenes chilenos de 18 años que expresaban su total oposición a cumplir el servicio militar al tiempo que responsabilizaban al Estado de no haber actualizado su legislación a los estándares internacionales en la materia; lo que obliga a la CIDH a formularse la pregunta, ¿comprende el artículo 12 de la Convención Americana un derecho a la condición de objetor de conciencia con respecto al servicio militar obligatorio?

La respuesta de la CIDH, después de valorar de forma exhaustiva la jurisprudencia comparada en la materia, es que: «(...) no ve razón alguna para apartarse de esta jurisprudencia coherente y constante de los órganos internacionales de derechos humanos, que deriva de una interpretación con sentido común del significado claro y normal del texto de los respectivos instrumen-

²⁴ Informe n° 49/99. Caso 11610 contra México, de 13 de abril de 1999, párr. 102. La CIDH aprobó el informe con base en el artículo 50, y lo transmitió al Estado mexicano. Posteriormente dio tiempo a la respuesta del estado, y ante la dificultad para lograr un acuerdo de solución amistosa, se informó a la OEA. Para lograr cambios en el sistema administrativo de control migratorio en México y su sistema de recursos. Se trata de un excelente informe que documenta el contenido de los derechos y garantías vulnerados y marca el tipo de trabajo que la CIDH hace desde la década de los años 90.

²⁵ Informe n° 97/05 sobre la petición 14/04. Acuerdo de solución amistosa entre Alfredo Díaz Bustos y Bolivia. 27 de octubre de 2005.

tos. La Comisión lee el artículo 12 (el derecho a la libertad de conciencia) conjuntamente con el artículo 6(3)(b) de la Convención Americana, interpretando que reconocen expresamente el derecho a la condición de objetor de conciencia en los países en que dicha condición está reconocida en su legislación interna. En Chile, la condición de objetor de conciencia no está reconocida en las leyes nacionales, por lo cual el Estado argumenta convincentemente que no está obligado a otorgarla, dado que el artículo 12 de la Convención autoriza expresamente al Estado a limitar el ámbito del derecho por razones de seguridad nacional, (...)»²⁶. Se trata también de un documento valioso para conocer los criterios de interpretación que el SIDH maneja en relación con el derecho de libertad religiosa, y aunque no aparece mencionado en la resolución, la aceptación de ese argumento de la autonomía que tiene el Estado para establecer los límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa sirve como puerta de ingreso para el margen de apreciación del estado en la implementación que se hace de los derechos convencionales en el ordenamiento interno²⁷.

3. *Aportaciones de la CIDH en un nuevo contexto democrático*

Ese era el tipo de temas que veía la CIDH en materia religiosa en sus primeros tiempos. Muchos de aquellos problemas iniciales de persecución contra las confesiones religiosas y sus miembros, han desaparecido con la llegada de la democracia a casi todos los países de la región²⁸, pero han surgido otros temas enmarcados justamente en un nuevo escenario de libertad y globalización. Casos sobre las técnicas de fecundación in vitro²⁹, o los derechos del colectivo

²⁶ Informe n° 43/05. Caso 12219. Fondo. Cristián Daniel Sahli Vera y otros contra Chile. 10 de marzo de 2005, párr. 96. Se trata de un informe exhaustivo y muy bien trabajado en el que la CIDH sienta las bases para lo que después se convertirá en elemento esencial del diálogo interjudicial de la Corte IDH con otros tribunales internacionales de derechos humanos.

²⁷ O como dice Roca: «El reconocimiento de la objeción de conciencia forma parte del margen de apreciación nacional en el sistema americano». Cit. ROCA, M. J., «Impacto de la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH sobre libertad religiosa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110 (2017), pp. 253-281, p. 275.

²⁸ Aunque en el Informe de la CIDH de 2008 sobre Venezuela se dio cuenta de unos aparentes actos de antisemitismo que el Estado explicaba como maniobras para desacreditar al fallecido presidente Chávez.

²⁹ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) v. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 Serie C, n.° 257.

LGBTI³⁰, casos en los que la protección de derechos –aunque no sean directamente casos de libertad religiosa– se cruza con valores morales, que obligan al estado a responder con rapidez para defender las razones que explican el margen de actuación con el que han adaptado el tratado a su realidad nacional. Esta es por ejemplo la situación en la que se encuentra Chile frente a la petición presentada por Sandra Pávez, una docente de religión católica a la que las autoridades eclesiásticas revocaron su certificado de idoneidad docente al comprobar que mantenía una relación con persona del mismo sexo³¹. Se alega en este caso una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley de la víctima por su condición sexual, y al art. 11 de la Convención que protege la honra y la dignidad, pues alegan que «los tribunales chilenos no pueden amparar al interior del territorio ‘corrientes de pensamiento que sean atentatorias de las máximas constitucionales’ y que, si bien es cierto que la Constitución ampara la libertad religiosa, ésta debe ceñirse estrictamente a la ley, prohibiendo por lo tanto toda forma de discriminación e injerencia en la vida de los individuos»³².

Este caso se encuentra todavía en una fase inicial, solo hay informe de admisibilidad, falta el informe de fondo y solo después de que las partes –Estado y peticionarios–, no lleguen a una solución amistosa, podría la CIDH considerar presentar demanda ante la Corte. Considerando esos elementos, la carga procesal del sistema y la urgencia de algunos graves casos pendientes, puede que nunca llegue ante la CorteIDH; pero si no es el caso Pávez será otro similar, pues solo es cuestión de tiempo de que este tipo de conflictos se presenten ante el SIDH. Para ese momento el Estado demandado debería estar en condiciones de ofrecer como respuesta una adecuada defensa de su marco normativo interno³³. Lo que debería llevarle por una argumentación de su margen de apreciación nacional como estrategia de defensa ante los órganos del sistema.

³⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239.

³¹ Informe de admisibilidad n.º 30/15, petición 1263 contra Chile, 21 de julio de 2015. La petición fue presentada por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual una vez agotaron la vía interna, que confirmó en todas las instancias que, la legislación aplicable facultaba al órgano religioso correspondiente para otorgar y revocar la autorización para ejercer la docencia de religión de acuerdo con sus particulares principios religiosos, morales y filosóficos, respecto de lo cual el Estado no tendría poder de injerencia alguna, llevando ante la CIDH el caso como una petición de defensa de los derechos a la igualdad ante la ley y a la vida privada.

³² Informe de admisibilidad n.º 30/15, petición 1263 contra Chile, 21 de julio de 2015, párr. 14.

³³ Ofreciendo, de ser posible, una respuesta más completa y no el escueto: «sin perjuicio de las observaciones sobre el fondo que el Estado pueda formular en su oportunidad, no tiene reparos respecto al cumplimiento de los requisitos de forma por parte de los peticionarios».

III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTEIDH CON INCIDENCIA EN MATERIA RELIGIOSA

1. *Un sistema de geometría variable*

Al igual que el modelo europeo en sus orígenes, el trabajo cuasi-judicial de la CIDH se completa desde 1979 con el de un órgano puramente judicial, la CorteIDH. Pero a diferencia del modelo europeo, estos dos órganos no surgen al mismo tiempo, sino que son consecuencia de una evolución en fases que ha generado un modelo protector de geometría variable en el que no todos los Estados miembros están vinculados por el mismo marco normativo. Varios son los Estados que solo han ratificado la Declaración Americana sobre derechos humanos – como es el caso de Estados Unidos y Canadá–, otros han ratificado la CADH sin reconocer la competencia contenciosa de la CorteIDH, y otros le han dado reconocimiento a su competencia contenciosa solo con carácter especial. De tal modo que, de los 35 Estados miembro de la OEA, solo 21 reconocen la competencia contenciosa de la CorteIDH – lo que la convierte de facto en una Corte Latinoamericana–, y de ellos unos 10 Estados acumula la mayor cantidad de casos porque sí le han dado competencia general al tribunal que controla el tratado. La razón de esta diversidad de regímenes de competencia del SIDH tiene su explicación en la evolución histórico-jurídica del sistema, y aunque sucesivas reformas internas han ido depurando algunas dificultades, esa geometría variable es un problema estructural muy grave que afecta a la relación entre órganos, y al nivel de participación que tienen los Estados³⁴. Adicionalmente, no hay en el sistema inter-americano un órgano equivalente al Comité de Ministros del Consejo de Europa, encargado de facilitar la comunicación con los gobiernos que ayude al diálogo entre sistema interno y sistema internacional.

En ese orden de cosas hay que empezar diciendo que la CorteIDH todavía no ha recibido un caso en el que el tema central sea el estudio del derecho de libertad religiosa, pero sí ha tenido oportunidad de pronunciarse de manera indirecta sobre este derecho. Lo hizo por vez primera en la Opinión Consultiva 8/87 sobre «suspensión de garantías en estados de emergencia» para confirmar que no se puede suspender la libertad religiosa durante los estados

³⁴ GONZÁLEZ, F., «The Experience of the Inter-American Human Rights System», en *Victoria University of Wellington Law Review*, 103 (2009-2010), pp. 116-125.

de anormalidad³⁵. También tocó aspectos referidos a violaciones al ejercicio de libertad de culto dentro de los centros penitenciarios³⁶ en casos como el Instituto de reeducación del menor en el que se denuncia la vulneración del derecho de libertad religiosa al demostrarse que obligaban a los menores internos a «practicar la religión católica»³⁷. Pero será en los casos de comunidades indígenas donde la CorteIDH esboce alguno de los elementos de la libertad religiosa que pueden llegar a singularizar al sistema interamericano, dada la rica diversidad cultural que tienen los países miembros³⁸.

Así en el Caso Mayagna la sentencia enfatiza la relación de los pueblos indígenas con las tierras ancestrales como elemento de identidad cultural y religiosa³⁹. El caso Masacre Plan de Sánchez⁴⁰, sirvió para incluir un aspecto más en la protección de la libertad religiosa, el derecho a dar sepultura conforme al propio culto⁴¹. Y con el caso Yaky Axa se incluyó la protección de esa iden-

³⁵ ROMERO PÉREZ, X. L., «La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Análisis comparativo con el ordenamiento jurídico colombiano)», en *Revista Derecho del Estado*, n° 29 (julio-diciembre, 2012), pp. 215-232, cit. p. 228.

³⁶ Aspecto que ya había analizado la CIDH en 2005 en el Caso Niños y adolescentes privados de libertad en el «Complejo de Tatuapé de FEBEM», Resolución de la CIDH, de 30 de noviembre de 2005.

³⁷ Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducación del Menor» vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. No. 112. Caso que por otro lado, se centra en la vulneración del derecho a la vida, integridad física, libertad personal, y garantías judiciales.

³⁸ Vid. ARLETTAZ, F., «La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 1 (2011), pp. 39-58, cit. pp. 53 y ss.

³⁹ «La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras». CorteIDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. No. 79, párr. 149. Aspecto que el juez Cançado Trindade enfatiza en su voto razonado.

⁴⁰ Este caso tiene como marco fáctico los hechos acaecidos un domingo 18 de julio de 1982, día de mercado en Rabinal aproximadamente a las 8:00 de la mañana del 18 de julio de 1982 cuando fueron lanzadas dos granadas de mortero en la comunidad Plan de Sánchez; alrededor de 268 personas fueron ejecutadas, en su mayoría miembros del pueblo maya achí y algunas no indígenas residentes en otras comunidades aledañas. Aspecto importante de esos hechos fue que: «La comunidad Plan de Sánchez sólo pudo realizar el entierro de algunos de sus familiares conforme a las ceremonias mayas, a sus creencias y religiosidad a partir del año 1994». Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C. No. 105, párr. 42.30.

⁴¹ Aspecto que también se estudia en el caso Moiwana en el que tras una grave masacre, «los supervivientes regresaron a sus tierras ancestrales, sin cumplir las reglas religiosas culturales de su comunidad –realizar los rituales mortuorios necesarios y alcanzar reconciliación con los espíritus de quienes fallecieron en la masacre– al regresar sin haberse investigado y castigado a los

tividad cultural indígena sobre la base de otros instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, como ayuda para la labor de interpretación de la CorteIDH⁴².

2. *Libertad de expresión y protección de los sentimientos religiosos en la jurisprudencia de la CorteIDH: «La última tentación de Cristo» v. Otto-Preminger-Institut*

No obstante, a pesar de la muy escasa actividad de la CorteIDH en relación con la libertad religiosa⁴³, el caso más representativo, «La última tentación de Cristo»⁴⁴ presenta un marco fáctico idóneo para aplicar la comparación con el caso Otto-Preminger-Institut⁴⁵ del SEDH y reflexionar si la distinta respuesta que hubo en cada uno de los casos obedece a las diferencias estructurales de ambos sistemas, o resulta coherente con esa diferente regulación de la libertad religiosa que ha hecho la CADH. Ambos casos están referidos a la relación que se establece entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, pues en ambos se prohíbe la proyección de una película bajo el argumento de que insulta a la religión cristiana, por lo que resultan adecuados para el objeto de este trabajo.

El caso austríaco se inicia cuando el Otto-Preminger-Institut anuncia la presentación de la película «Consejo en el cielo» en la ciudad de Innsbruck en mayo de 1985, programada para sesiones de noche, excepto una de ellas que estaba prevista para las 4 de la tarde. La diócesis católica de la ciudad denuncia al director del instituto por «denigración de preceptos religiosos»⁴⁶. Como conse-

culpables de la masacre, creían haber ofendido seriamente a esos espíritus y, como consecuencia, empezaron a sufrir enfermedades físicas y psicológicas». Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. No. 124, párr. 113.

⁴² CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125.

⁴³ También el caso Kokkinakis tardó mucho en abrir la jurisprudencia del TEDH en materia religiosa.

⁴⁴ Corte IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C. No. 73.

⁴⁵ TEDH. Otto-Preminger-Institut c. Austria, sentencia de 20 September 1994.

⁴⁶ Tipificado en el art. 188 del Código Penal austríaco. El cual tiende a eliminar los comportamientos dirigidos contra los objetos de veneración religiosa y que sean de naturaleza tal que puedan causar una «indignación justificada». De ello resulta que tales medidas pretendían proteger el derecho de los ciudadanos a no ser heridos en sus sentimientos religiosos por la expresión pública de los pareceres de otras personas. TEDH. Otto-Preminger-Institut c. Austria..., *op. cit.*, ap. 25.

cuencia de la denuncia la proyección fue prohibida y aunque el director del Instituto apeló, la Corte de apelaciones consideró que la libertad artística estaba necesariamente limitada por el derecho de proteger la libertad religiosa y el deber del Estado de garantizar una sociedad basada en el orden y la tolerancia; consideró que la indignación de las autoridades eclesiásticas estaba justificada pues como bien señalaba el código penal, el objeto de protección eran los sentimientos religiosos de una persona media dotada de una sensibilidad religiosa normal⁴⁷.

Por su parte, el caso chileno surge a raíz de que la solicitud presentada en 1988 por United International Pictures Ltda., ante las autoridades del Consejo de calificación cinematográfica, para proyectar en Chile la película del director Martin Scorsese, «La última tentación de Cristo», fuese denegada. La empresa distribuidora apeló, pero se confirmó la decisión del órgano administrativo que negó autorización para la proyección. En noviembre de 1996 en respuesta a una nueva solicitud, el Consejo de calificación cinematográfica revisó su decisión y autorizó la proyección para mayores de 18 de años. En enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile aceptó una petición de protección presentada por un grupo de ciudadanos en nombre de «Jesucristo, de la Iglesia Católica y de ellos mismos» y la decisión administrativa fue anulada⁴⁸.

Los derechos en discusión en ambos casos enlazan la libertad de expresión⁴⁹ y la protección de los sentimientos religiosos⁵⁰ pero aunque ambos tri-

⁴⁷ La asociación apeló a la Comisión Europea de derechos humanos en octubre de 1987 alegando la violación del art. 10 de la Convención europea de derechos humanos. La Comisión declaró admisible la petición en abril de 1991 y en su informe de fondo en 1993 expresó la opinión de que se había producido una violación del art. 10 del CEDH.

⁴⁸ Esa decisión fue apelada pero la sala de la Corte Suprema de Chile la confirmó. El art. 19,12 de la Constitución Chilena disponía un sistema de censura para la exhibición o publicidad de las producciones cinematográficas. El Decreto Ley n° 679 de 1 de octubre de 1974 autorizaba al Consejo de clasificación cinematográfica –como parte del Ministerio de Educación– la supervisión de la exhibición de películas en Chile. Es en ese contexto que la Comisión interamericana de derechos humanos recibe en septiembre de 1997 una petición firmada por una asociación de abogados por las libertades públicas. En el transcurso del proceso ante el SIDH se intentó reformar el controvertido artículo constitucional que permitía la censura previa sin éxito. Finalmente esa reforma llegará inducida por el fallo de la CorteIDH en este caso.

⁴⁹ «(...) la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente». CorteIDH. Caso «La Última Tentación de Cristo...», *op. cit.*, párr. 65.

⁵⁰ Libertad a la que la Corte Europea ha descrito como uno de los fundamentos de una «sociedad democrática», uno de los elementos vitales para mantener la identidad de los creyentes y su concepción

bunales comparten la esencia del contenido de estos derechos y su valor dentro de una sociedad democrática, llegan a respuestas diferentes.

Según el Tribunal de Estrasburgo quienes eligen ejercer la libertad de manifestar su religión, no pueden esperar ser inmunes a algún tipo de crítica. «Aquellos que eligen ejercer la libertad de manifestar su religión, tanto si pertenecen a una minoría como a una mayoría religiosa, no pueden, razonablemente, esperar hacerlo al abrigo de toda crítica. Deben tolerar y aceptar el rechazo ajeno de sus creencias religiosas, incluso la propagación por parte de otros de doctrinas hostiles a su fe»⁵¹. Aquí el TEDH inserta la responsabilidad del Estado de garantizar una adecuada protección de la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Pero en ese contexto propuesto: ¿dónde estaría el límite de esa necesaria tolerancia hacia la crítica religiosa?

Para el Tribunal Europeo la libertad de expresión comprende deberes y responsabilidades, y en el contexto de las opiniones y creencias religiosas puede obligar a evitar las expresiones gratuitamente ofensivas que no contribuyen a generar debate o progreso en materia de derechos humanos. Planteamiento que puede resultar necesario para evitar ataques a objetos de veneración religiosa, siempre que esas eventuales restricciones o sanciones sean proporcionales al propósito que persiguen. Con esos argumentos decide que el Estado no violó la libertad de expresión del Otto-Preminger-Institut en tanto que esa libertad no es absoluta pues acepta restricciones justificadas. El tribunal reconoce que las autoridades austríacas están en mejor posición para determinar qué daño hubiese causado la exhibición de la película al público austríaco incorporando el margen de apreciación en la jurisprudencia sobre libertad religiosa⁵².

La solución europea parece reducir el grado de universalidad que se predica de los derechos humanos para evitar lesionar la soberanía del país. Por esa razón el TEDH hace una lectura flexible al interpretar el contenido del derecho para

de la vida. TEDH. Kokkinakis c. Grecia, sentencia de 25 de mayo de 1993, párr. 31. O en palabras de la CorteIDH: «Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida». CorteIDH. Caso «La Última Tentación de Cristo...», *op. cit.*, párr. 79.

⁵¹ TEDH. Otto-Preminger-Institut c. Austria..., *op. cit.*, ap. 47.

⁵² «Como para la moral no es posible discernir en Europa un concepto uniforme del significado de la religión en la sociedad (...) Por esta razón no es posible lograr una definición que comprenda lo que constituye un atentado admisible en virtud del derecho a la libertad de expresión cuando éste se realiza contra los sentimientos religiosos de otros. Por tanto, las autoridades nacionales deben disponer de un cierto margen de apreciación para determinar la existencia y al alcance de tal injerencia». TEDH. Otto-Preminger-Institut v. Austria..., *op. cit.*, ap. 49.

trasladar al orden legal doméstico la competencia para su desarrollo y aplicación. Se trata en el fondo de una técnica para evitar los conflictos en aquellas materias en las que todavía no se ha formado un criterio consistente⁵³, pero no resulta una estrategia efectiva para impulsar una cooperación entre los dos niveles, doméstico e internacional, porque usando el margen de apreciación nacional podríamos obtener tantos enfoques nacionales como Estados parte en el tratado.

La Corte de San José resuelve las cosas de modo diferente y no acoge los argumentos de la CIDH que entendía lesionados los derechos de libertad de conciencia de los chilenos no católicos que no podían ver la película prohibida, pues en opinión de la CorteIDH «la prohibición de la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’ no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias», es decir, no se lesionó el art. 12 de la CADH⁵⁴. No obstante, a pesar de no hallar lesión a la libertad religiosa, la CorteIDH considera que el Estado ha violado la libertad de expresión, pues mantener un procedimiento de supervisión de exhibición de películas equivalente a un sistema de censura previa, significa que el Estado no ha cumplido con la obligación esencial que deriva el art. 2 de la CADH de adaptar el ordenamiento interno a las obligaciones que derivan del tratado. Por eso Chile es condenado no solo por la incorrecta interpretación del art. 13 de la CADH sino también por el retraso y desinterés en adaptar el sistema interno a los estándares convencionales⁵⁵. El proceso de cumplimiento de esta sentencia fue exitoso y culminó con una reforma constitucional que modificó el controvertido art. 19,12 de la constitución chilena⁵⁶.

⁵³ SHANY, Y., «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?», en *The European Journal of International Law*, vol. 15, n.º 5 (2006), pp. 907-940, p. 909.

⁵⁴ CorteIDH. Caso «La Última Tentación de Cristo...», *op. cit.*, párr. 79.

⁵⁵ *Vid.* GOMES, E. X., «The Implementation of Inter-American Norms on Freedom of Religion in the National Legislation of OAS Member States», en *Bringham Young University Law Review* (2009), pp. 575-596.

⁵⁶ El 10 de julio de 2001 el Congreso Nacional aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación regulado por ley; proyecto que fue promulgado e incorporado a la Carta Fundamental el 25 de agosto de 2001. El 9 de enero de 2003 la película «La Última Tentación de Cristo» fue recalificada por el nuevo Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría «para mayores de 18 años», se realizó la *avant premier* el 11 de marzo de 2003 en la sala del Cine Arte Alameda en Santiago. Todo ello permitió que en noviembre de 2003 la CorteIDH declarase que el Estado de Chile había dado pleno cumplimiento a la sentencia de la CorteIDH. Dando así por terminado el caso «La Última Tentación de Cristo» y archivando el expediente. Convierto al caso Olmedo Bustos en uno de los pocos casos cerrados ante el SIDH.

El caso sirvió también para demostrar la utilidad que ha tenido la técnica de la CADH de separar formalmente la libertad religiosa y la libertad de pensamiento y expresión en dos artículos autónomos de la Convención.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

De este panorama de casos sobre libertad religiosa se puede comprobar en primer lugar, que la lista es breve y que todavía no ha llegado a la CorteIDH su caso estrella sobre libertad religiosa que abra la puerta al estudio a fondo de este derecho como lo hizo el caso Kokkinakis en el sistema europeo. Y es que el SIDH, activo principalmente para los países de la América Latina, no ha encontrado grandes problemas de convivencia religiosa que hayan necesitado la intervención de los órganos del sistema, superados los iniciales problemas de persecución político-religiosa con la consolidación democrática en la región.

Pero un nuevo escenario abierto a la convivencia religiosa y cultural, puede hacer necesario un cambio de enfoque. En ese sentido, el SIDH ya tiene experiencia abriendo el concepto de libertad religiosa para incluir en él la cosmovisión indígena, pero ahora deberá plantear el esfuerzo de considerar la protección de los sentimientos religiosos de los grupos minoritarios y de los agnósticos e indiferentes.

Por un lado, el tránsito de un escenario de confesionalidad como era el dominante en la región hasta bien entrada la mitad del siglo XX, vino acompañado de un proceso de reconocimiento a esos grupos y colectivos religiosos minoritarios a través de distintos sistemas registrales, pero con deficiencias importantes a la hora de impulsar un efectivo modelo de cooperación con las entidades religiosas. Esa dificultad puede esconder un freno o limitación del ejercicio de la libertad religiosa para esas confesiones, y abrir de ese modo un nuevo escenario de casos para los órganos del SIDH.

Por otro lado, como ya se puede comprobar, muchos países de América Latina están ya inmersos en polémicas jurídicas y políticas por la regulación del aborto, el matrimonio igualitario, la ideología de género en las escuelas, entre otras. Temas que, sin estar directamente bajo la órbita de influencia protectora de la libertad religiosa sí afectan a la idea de moral social que tiene el sistema jurídico interno. La efectiva garantía de ese derecho de libertad religiosa dará a los Estados la oportunidad de defender su realidad jurídico-social sin lesionar los derechos de otros colectivos pero sin renunciar a su propia identidad y autonomía normativa.

Lo cierto es que, hasta la fecha, son muy pocos los Estados que han acudido ante el SIDH utilizando como parte de su estrategia de defensa la justificación de que actuaron dentro de su margen nacional de apreciación del tratado⁵⁷. Pero los casos que llegan al SIDH parece que han comenzado a manejarse con argumentos no solo jurídicos⁵⁸, de ahí que sea importante reconocer la cercanía doctrinal que existe entre el control de convencionalidad y el margen de apreciación pues los Estados van a necesitar la segunda para defender sus reglas propias en materia religiosa⁵⁹. En ese sentido, promover que los Estados miembros del SIDH incorporen el margen de apreciación como estrategia de defensa podría servir para mitigar alguna de las tensiones que dificultan el trabajo de la Comisión y la Corte Interamericanas siempre pendientes de no invadir el preciado espacio soberano de Estados muy preocupados por el cumplimiento del principio de no intervencionismo. La defensa de la regulación estatal en casos que afecten a la moral o a los sentimientos religiosos puede ser el terreno natural para que el margen de apreciación ingrese al sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de ese modo mejore el diálogo interjudicial entre el derecho interno y el derecho internacional aceptando la unidad de esos dos derechos tal y como la intuó Kelsen.

⁵⁷ Para comprobar la escasa incidencia que la doctrina del margen de apreciación ha tenido hasta la fecha en la jurisprudencia de la Corte IDH, véase ACOSTA ALVARADO, P. A. y NÚÑEZ POBLETE, M. (coord.) *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de los derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales*. UNAM, México, 2012.

⁵⁸ CARVALHO, S. y BAKER, E., «Experiencias de litigio estratégico en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *SUR. Revista Internacional de los Derechos Humanos* (2014), pp. 469-479.

⁵⁹ «(...) margin of appreciation is designed to provide flexibility in resolving conflicts emerging from diverse social, political, cultural and legal traditions of Contracting States within the European context». Cit. BAKIRCIOGLU, O., «The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases», en *German Law Journal*, vol. 8, n° 7 (2007), pp. 711-734, cit. p. 711.

