

LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Recibido: 30/01/2010

Aceptado: 31/01/2010

Iván C. Ibán

Universidad Complutense de Madrid

Abstract: Article 16 of the Constitution recognizes the existence of three different freedoms, religious, ideological and cult. Ideological freedom was included in the Constitution, maybe, to protect political options but not religious. It can mean the expansion of religious freedom to territories far away from the traditional signification. It can also mean that non believers are included in the field of religious freedom. Religious freedom it's not an exact concept. In France, religion it's irrelevant for the State. In the United States, religion it's a positive value. The Constitution seems to follow the American pattern. Cult freedom it's included in the concept of religious freedom. The combination of both the concept of autonomy of denominations and the consideration of these as subjects of the religious freedom may conclude in an abuse of the system. Due to the fact that, historically, the protection of religious freedom it's a conquest of the State, the State has the right to define it's content.

Keywords: Constitution. Religious recognized groups. Religious freedom.

Resumen: El artículo 16 de la Constitución reconoce la existencia de tres derechos: libertad religiosa, libertad ideológica y libertad de culto. La libertad ideológica fue introducida en el texto constitucional, tal vez, con la intención de proteger opciones políticas y no religiosas. Su utilización puede llevar a una expansión del concepto de libertad religiosa hacia ámbitos que poco tienen que ver con ella. También cabe que se consideren titulares de tal derecho a aquellos que no profesan religión alguna. La libertad religiosa no tiene un contenido preciso. Hay dos posibles líneas de interpretación. En Francia, la religión sería algo irrelevante para el Estado. En Norteamérica, sería considerada como un valor positivo. La Constitución parece inclinarse por el segundo modelo. La libertad de culto es una concreción innecesaria de la libertad religiosa, pues no cabría esta sin existir aquella. El reconocimiento de la titularidad colectiva de la libertad religiosa, puede llevar a interpretaciones abusivas en combinación

con el concepto de autonomía de las confesiones. Corresponde al Estado fijar el contenido de la libertad religiosa, pues es él quien históricamente ha proclamado y protegido esa libertad.

Palabras clave: Constitución, confesiones, libertad religiosa.

Si se analizasen los títulos de mis publicaciones se podría llegar a la conclusión de que he prestado un cierto interés a la libertad religiosa. Y es que, en efecto, algo menos de una décima parte de los mismos (doce, exactamente) llevan incluida tal expresión en su seno. Sin embargo, si se analizase mi obra publicada con un poco más de (inmerecida) atención, se debería rectificar tal inicial juicio. Ninguno de mis libros la incluye en su título¹. Las publicaciones que sí lo hacen, generalmente son textos de conferencias o ponencias a congresos; por lo tanto, temáticas y títulos “impuestos”. La única excepción de esa pauta es un artículo escrito por “decisión propia” en el que pretendo comparar el texto de las dos leyes de libertad religiosa que han estado vigentes en España²; resultaba difícil titular ese trabajo sin utilizar la tal expresión. Si transcurridas más de tres décadas desde mi primera publicación (que sí la incluía en su título³), se observan estos resultados en un somero análisis de mis escritos, tal vez se podría llegar a la conclusión que, como jurista teórico, la libertad religiosa no me interesa. Sería una apreciación atinada. En efecto, la libertad religiosa, como categoría jurídica, no me resulta especialmente atractiva⁴.

¹ Uno lo hace en su subtítulo. Digamos que fue una “exigencia editorial”.

² Me refiero a *Dos regulaciones de la libertad religiosa en España. (La Ley de Libertad Religiosa de 1967 y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980)*, “Persona y Derecho”, 18, 1988, pp. 99-162. Posteriormente, y a petición de Javier HERVADA, fue incluido, con levisimas modificaciones, en el *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, 379-427.

³ A los inicios de mi “carrera investigadora” pensaba que el objeto del Derecho Eclesiástico era, esencialmente, la libertad religiosa. Cuando fui avanzando, minimamente, en el estudio del mismo comprendí que este, me gustase o no, versaba, prácticamente de modo exclusivo, acerca de la posición de las confesiones en un determinado ordenamiento.

⁴ Me parece leal para con mis hipotéticos lectores el apuntar por la “semioculta” vía de una nota al pie las razones de mi desinterés. Se me han olvidado las razones, si es que alguna hubo, por las que comencé a estudiar Derecho, y cuales son las sucesivas y cambiantes razones que me han hecho reiterarme en esa actividad. Pero tengo perfectamente claras cuales son por las que persevero en esa línea desde hace unos años, y vista mi avanzada edad me parece que será la última justificación que, ante mi mismo, encuentre. No estudio Derecho por lograr un ideal de justicia, no lo hago por actuar como abogado ante los tribunales, no lo hago por emitir dictámenes remunerados económica o políticamente, no lo hago por dictar unas clases más útiles o atractivas, no lo hago por ser “evaluado positivamente” por las variadas “agencias evaluadoras” que proliferan sin freno. Lo hago, he de confesarlo, no sin una cierta vergüenza, por una razón exclusivamente egoísta: me divierte. Como no quiero influir, triunfar, ganar, etc., necesito que ese entretenimiento se base en unas reglas precisas. No me entretienen los juegos de azar. Encuentro esa precisión

Sin embargo, una vez más, he de escribir a requerimiento de otros (unos, en este caso concreto, a cuyos requerimientos no me puedo negar. Y me niego a más cada día), sobre ella.

El título de la intervención que se me ha confiado precisa el alcance de la misma. Pero queda mucho más claramente delimitado si tenemos en cuenta que se enmarca en un Seminario que se titula “Libertad religiosa y libertad de culto en España: de la Constitución a las competencias autonómicas y locales”. En su segunda mitad el enunciado nos da una orientación de cual es la pretensión de los organizadores. Parece que la Constitución es un punto de partida y la normativa autonómica y local sería el de llegada. Pero no solo constituye una indicación de por donde deben discurrir las colaboraciones a este Seminario, sino que simultáneamente resulta ser una

en el llamado Derecho privado: la diferencia entre el depósito irregular y el comodato, la causalidad o no del negocio jurídico cambiario, y otros muchos ejemplos que podrían aducirse, es algo que se puede plantear en términos comprensibles a partir de los datos normativos que suministre cualquier ordenamiento vigente o pretérito. El lenguaje y los contenidos son homogéneos en todo caso. Es muy difícil, en ocasiones imposible, encontrar dicha precisión en el llamado Derecho público. Se me dirá que pocos Derechos tienen más precisión que el Derecho penal, con esa vocación de “tipificar” con exactitud. Olvidando el no pequeño detalle de que en un análisis del “fenómeno Derecho” que desbordase la modernidad, la estatalidad y la “occidentalidad”, descubriría que el Derecho penal ha sido –y es, en ocasiones- Derecho privado, me parece que es difícil encontrar una rama del ordenamiento más dominada por lo menos técnico que existe: la política y las, llamémoslas sin respeto pero con precisión, “histerias sociales”. No creo que la técnica deba confundirse con la minuciosidad de los plazos señalados por el Derecho procesal. Reconozco que el Derecho administrativo ha realizado extraordinarios avances en esa línea tecnificada, pero pruébese a explicar a un jurista británico (y aún francés) el sistema de licencias en torno al mundo de la construcción de inmuebles en nuestro país. Pues bien, me parece que esa imprecisión técnica, que me resulta tan poco entretenida, alcanza grados de difícil superación en todo el mundo de los llamados “derechos fundamentales”. Se ha pretendido enmascarar su carácter absolutamente contingente, absolutamente político, absolutamente inexacto, con una expresión dotada de la máxima tecnificación: los derechos fundamentales son “derechos públicos subjetivos”. Nada se logra con ello si se sale del aquí y el ahora. ¿Hay –o habido- algún texto normativo que establezca “no hay libertad de expresión”, “no hay libertad de reunión”, “no hay libertad religiosa”? Sin embargo, decidimos que un sistema en el que una reunión de más de veintiuna personas necesite de autorización gubernamental es contrario a la libertad de reunión; lo es a la de expresión aquél en que solo existan medios de comunicación de masas de propiedad pública; y no respetará la libertad religiosa aquél en que se prohíba realizar proselitismo religioso. La Alemania de Hitler, la Unión Soviética de Stalin, la China de la “revolución cultural” respetaban las libertades públicas a partir de sus “standards”. La actual Francia no respetará la libertad religiosa para algunos por prohibir la celebración de un matrimonio religioso antes del civil. Como para otros no se respeta la libertad de expresión en Estados Unidos de América en la medida que hay un control gubernamental de los contenidos que pueden ser difundidos a través de la Web. Es todo tan relativo, tan cambiante, tan político, que resulta difícil aplicar categorías claras. Es un puro juego de azar de lugar y de tiempo. Sin embargo, allá donde existan hombres y cosas existirán permutas, mutuos, etc.

descripción del proceso seguido por el ordenamiento español a lo largo de las tres últimas décadas. Todo tiene su origen en la Constitución y todo concluirá por ser Derecho autonómico y local. La legislación de carácter nacional puede ser olvidada, pues es un mero instrumento procedimental para alcanzar la plenitud del Estado autonómico.

Es decir, debo referirme a una (¿o son dos?) libertad proclamada en un texto constitucional y que obtendrá su pleno desarrollo en la normativa (¿cabe hablar ya de ordenamientos?) infranacional.

Pero no puedo referirme a la normativa en dichos niveles, pues más de una decena de colaboraciones se ocupan específicamente de tal temática.

El objeto de mi intervención queda pues limitado a realizar una glosa de un texto normativo que consta de menos de tres docenas de palabras. Lo transcribiremos una vez más:

Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

Debo olvidar lo actuado por el legislador nacional para desarrollar este precepto y, entiendo, también deberé hacerlo de las decisiones de los tribunales de justicia de ámbito nacional y de las actuaciones de la administración pública de ese mismo nivel. Y ello por exigencias de la temática del Seminario. Debo olvidar, también, todo lo actuado en otros niveles de la organización del Estado, pues eso corresponde a otros ponentes. En realidad se me está pidiendo que colabore en un experimento que quedaría encerrado en una pregunta: ¿qué opina un jurista de un texto normativo promulgado hace tres décadas sin poder tener en cuenta nada de lo que ha pasado a lo largo de las mismas? Acepto el reto y me enfrento al texto con ese espíritu. Para que el experimento no sufra contaminación alguna lo hago sin manejar otro instrumento que mi propio intelecto. No acudiré a texto escrito alguno (legal, doctrinal, jurisprudencial, etc.).⁵ Vayamos a ello.

Dejando de lado, por el momento, las dos iniciales palabras, nada más iniciar su lectura ya asoman varias dudas del alcance del precepto: “la libertad ideológica, religiosa y de culto”. ¿Se tratan de tres libertades distintas?, ¿son una sola?, ¿son puros sinónimos de reiteración innecesaria? No puedo olvidar el origen de la primera parte transcrita. En los primeros borradores de la Constitución no figuraba. Fue incorporada a propuesta de un catedrático de Estructura Económica que, aunque con posterioridad transitó con soltura por el arco parlamentario, en aquél momento era

⁵Para completar la asepsia del laboratorio estas líneas se escriben en un agosto madrileño.

miembro del Partido Comunista de España. Como quiera que había vivido en una situación en que “no se podía” ser comunista (él sí, pero eso es otra cuestión), entraba dentro de la más absoluta lógica que intentase, y finalmente lograse, que la Constitución garantizase ese derecho. Estando plenamente de acuerdo con el fondo, sin embargo, me parece que el método utilizado para ello distaba mucho de la pureza técnica que es exigible en un texto de esa naturaleza. Recuerda al muy abusivo método empleado para modificar leyes por vía de la Ley de Presupuestos, sólo muy imperfectamente camuflado, el abuso, mediante el subterfugio de la Ley de Acompañamiento. Sencillamente, ese texto no encaja en un artículo constitucional en que posteriormente se habla de creencias religiosas, de confesiones, de Iglesia católica, etc. Comprendo que, en razón de la relación de fuerzas parlamentarias, y ante la imposibilidad de destinar un artículo completo a la cuestión, el diputado enmendante acudiese a esa vía, pero ello no obsta a que el texto resulte perturbador.

Tal inciso, tal vez, podría permitir alguna alambicada construcción doctrinal que llevaría a la desnaturalización de lo que el precepto en realidad pretende proteger. No es inimaginable que a partir de él podría crearse una categoría doctrinal en la que en un “totum revolutum” se mezclasen cosas que poco tienen que ver entre sí, salvo el hecho de que (como al final todo en el mundo del Derecho) son relativas a la persona: religión, sindicatos, prensa, política, etc. Tampoco sería imposible que a partir de ahí se pretendiese teorizar acerca de unos derechos de los ateos idénticos a aquellos que forman parte de una religión institucionalizada, siendo así que aquellos no reclaman dichos derechos, entre otras cosas, por su artificiosidad.

No es claro, en efecto, el alcance que pueda tener el ubicar sistemáticamente la libertad ideológica junto a la religiosa. En el caso de que consideremos que la religión es una ideología (o la ideología una religión), sería innecesario mencionar ambas. Pero si fueren cosas distintas, no se explica porque el constituyente las regula en un mismo precepto. Pero convendrá proseguir con nuestra lectura.

Tras la libertad ideológica aparece la expresión “libertad religiosa”. A nadie puede extrañar que un texto constitucional promulgado en un país con vocación de ser democrático en el último cuarto del siglo XX se incluya esta libertad. De hecho, siempre se ha dicho que es una de las primeras libertades que han gozado de protección para evitar la repetición de dramas históricos (guerras de religión). No existe texto internacional relativo a los derechos humanos que no la mencione. Solo hay un pequeño problema: ¿qué es la libertad religiosa? Tomada aisladamente puede significar cualquier cosa. Es un concepto tan absolutamente abstracto

que incluso permite una creación doctrinal de tanto éxito como la de los principios del Derecho eclesiástico (creación, esta de los principios, de VILADRICH. ¿O fue de FUENMAYOR unas décadas antes? ¿O fue de...?). No resulta difícil imaginar que tal prestigioso concepto pueda ser traído a colación para justificar el que unos padres se nieguen a que sus hijos cursen una determinada disciplina académica. También podría servir para proponer la prohibición de que autoridades políticas participasen en ciertas ceremonias religiosas. Podría ser la justificación última de que una determinada confesión, en cuanto que tal, recibiese financiación pública. Pero también permitiría suprimir dicha financiación. Es decir, puesta en las manos adecuadas, sirve absolutamente para cualquier cosa.

Siendo plenamente consciente de lo inconcreto de la categoría, sin embargo me parece que la historia demuestra que existen dos concepciones de la libertad religiosa. Sus diferencias traen su origen de dos concepciones de esta libertad muy distintas, y que se entrecruzan en los ordenamientos vigentes sin una nitidez suficiente como para captar con claridad sus orígenes. No se trata de hacer una historia de las libertades públicas, pero se me admitirá que Francia (la Revolución) y Estados Unidos (su propia fundación) juegan un papel de relevancia enorme. En materia de libertad religiosa, concebida como una libertad pública (derecho del hombre, derecho fundamental, o lo que sea) las concepciones son muy distintas. En Estados Unidos (y eso iba ya en el Mayflower que se fletó precisamente para ello) la religión (todas las religiones. “Todas”, naturalmente, significa una cosa distinta en cada momento. En el periodo fundacional serían las iglesias cristianas, luego el judaísmo, más adelante creaciones autóctonas más o menos cristianas, y están en el proceso de integrar al islamismo en ese “todas”) es considerada en sí misma como un bien que debe ser protegido. La proclamación pública de la religiosidad propia (cualesquiera sea la forma que adopte) parece una garantía del elevado sentido ético del individuo. El no-creyente es un ser sospechoso. La religión es pública, aunque no sea financiada con fondos públicos (mantengamos la ficción). En Francia, por el contrario, la religión es un tema privado (sigamos manteniendo las ficciones), no cabe realizar un juicio de valor positivo por parte del ordenamiento (y de la sociedad) en torno a la religiosidad del individuo. ¿Por cual de los dos modelos opta el constituyente español?

La verdad es que da respuestas contradictorias. Por una vez deberemos apartarnos del párrafo constitucional transcrito, aunque, por el momento, no osaré desbordar el marco del artículo 16. En su párrafo segundo⁶ parecería inclinarse por el modelo francés. Me agradecería poder mantener esa tesis con algún convencimiento, pero no estoy yo muy seguro de que, de hecho,

⁶“Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia”.

el ordenamiento que desarrolle el texto constitucional sea capaz de no ceder a la tentación de inquirir, aunque sea indirectamente, acerca de tan íntima cuestión a propósito de temas tales como la financiación de alguna iglesia, la prestación de asistencia religiosa, la impartición de enseñanza religiosa, etc. Creo que este párrafo del precepto constitucional tiene un origen distinto. Por decirlo de un modo claro, tal vez en exceso, lo que manifiesta es una falta de confianza en que se cumplan las prescripciones previstas en un artículo constitucional casi inmediatamente anterior, el 14⁷. Por lo demás, falta de confianza probablemente no infundada.

Me parece más verosímil que se haya seguido el modelo norteamericano. Para comprobarlo basta con acudir al párrafo que cierra el artículo 16⁸. Cuando se trata de concretar las evanescentes proclamaciones del párrafo primero se olvida la ideología, se tiene presente solo la religión, y a ella se debe ayudar (“tendrán en cuenta”), siempre que se manifieste de un modo institucionalizado (“confesiones religiosas”). Probablemente ello pueda servir de base para que las reformas legislativas que pretendan implementar los valores constitucionales, al llegar a esta materia, no opten por la políticamente compleja vía de eliminar algunos privilegios de los que disfrutase una iglesia en concreto por motivos históricos, y opten por tratar de situar en un nivel similar de privilegios a otras confesiones. Esa concepción americana de la libertad religiosa permite ayudar a las grupos religiosos institucionalizados, incluso considerándolo una exigencia constitucional.

Si avanzamos en nuestra lectura nos encontraremos con una tercera libertad (o con el tercer componente de esa única libertad de nombre compuesto), la de culto. Naturalmente, los teóricos del Derecho por diletantismo y los tribunales de justicia por necesidad de aplicar la legislación, al acudir a este concepto deberán precisar su alcance. Sin embargo, me parece que “el ciudadano de a pie”, si es que resultase admisible el emplear tan poco académica categoría, tiene perfectamente claro que sea tal. Una actividad de culto, un ministro de culto, o un lugar de culto son, en principio, perceptibles con simplemente dar un rápido vistazo. Nadie duda que una misa católica sea un acto de culto; nadie duda que un clérigo católico sea un ministro de culto y que una catedral católica sea un lugar de culto. Pero tal precisión intuitiva se puede complicar por dos vías. La primera se derivaría de la propia confesión que hizo que la categoría fuese asumida de modo natural por la sociedad española. Se podría complicar, por ejemplo, si se pretendiese ampliar unas eventuales

⁷“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de...religión”.

⁸“Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con...las...confesiones”.

ventajas fiscales previstas para los lugares de culto a las plazas destinadas a aparcar vehículos automóviles⁹. Baste con tan imaginario ejemplo para comprender a que pretendo referirme. Pero habría una segunda vía de difuminar la precisión conceptual. Sencillamente en la hipótesis, no descartable, de que en el ámbito de aplicación de la norma apareciesen otros tipos de creencias religiosas institucionalizadas que, por ejemplo, consideren que lugar de culto es todo aquel en que algunos fieles se reúnen para orar; o en las que los ministros de culto lo serían algo así como por su asunción en tanto que tales por parte de la comunidad¹⁰.

Desde luego podría decirse que mis reflexiones, atinadas o no, no se refieren a la libertad de culto, sino a alguna manifestación de la misma. Vayamos a ello. Vayamos a los orígenes de las expresiones.

Pero antes de eso operemos con un mínimo de lógica. “Libertad religiosa y libertad de culto”. Si fueran dos libertades distintas eso significaría que podría existir una sin existir la otra. Imaginemos la hipótesis de un sistema en el que se reconociese la libertad religiosa, pero se prohibiese el culto (en el sentido más intuitivo de la expresión)¹¹ y, en consecuencia, no habría libertad de culto. ¿A que quedaría reducida la libertad religiosa? Pues me parece que prácticamente a la nada o, más exactamente, a la posibilidad de no tener o tener una creencia (sea cual fuere esta), pero sin posibilidad de manifestarlo. Naturalmente, para tener esa libertad no es necesario un derecho subjetivo, no es necesario, ni tan

⁹Y ello sin pensar en lo que podría lograr esa asociación –sí: asociación, como las restantes órdenes religiosas- que ha dejado a los marxistas italianos de los setenta como modestos aprendices en materia de “uso alternativo del Derecho”.

¹⁰La cosa no es tan extraña. No es necesario, ni tan siquiera, salir del ámbito de la Iglesia romano católica que es la confesión con más miembros, con notable diferencia, en el ámbito de aplicación de la norma en estudio. Piénsese en el modo de designación de obispos en algunos momentos históricos, o el modo de “ordenación”, poco publicitada, de los clérigos en aquellos países (en lo esencial: sometidos a regímenes comunistas) en los que la Iglesia institucional resultaba rechazada y los fieles católicos eran tolerados. Háblese con un clérigo de la llamada Iglesia Patriótica China (yo tuve la fortuna de hacerlo, pues un alumno mío en París lo era), o con quien, al tratar de “poner orden” en su situación administrativa desde la perspectiva canónica se descubre no solo que está casado, si no que, además, es ministro de una iglesia reformada además de la católica y la Autoridad le ofrece como solución adscribirle a un rito en el que se admite el matrimonio de clérigos; a él, que lo que había estado es tratando de mantener vivas comunidades cristinas en Checoslovaquia, cuando la institución ni miraba hacia allí, se le ofrecía una “solución” vergonzante, un retorcimiento del Derecho canónico. Basta con pensar en esos casos para comprender que no es una cosa tan insólita.

¹¹La hipótesis contraria: reconocimiento de la libertad de culto y prohibición de la religión (tal sería la absoluta supresión de la libertad religiosa) es, sencillamente, absurda. Cosa distinta, desde luego, es que la libertad religiosa absoluta no se podrá lograr nunca. Salvo que se opte –y se ha optado muchas veces a lo largo de la historia y de la geografía- por dotar de “toda” la libertad religiosa a una religión y, consecuentemente, de nada al resto.

quiera, que exista Derecho. Probablemente suene extraña tal música, pero, si recuerdo bien, el problema se planteaba cuando se trataba de redactar textos internacionales de protección de derechos, en el que los representantes de aquellos países en los que se producía una absoluta identificación entre el Estado y la religión (musulmana, si es que se puede recordar) no ponían especiales objeciones a la inclusión de la protección de la “libertad religiosa” pues entendían, con fundamento, que eso a nada comprometía de un modo claro. Sabedores los representantes de otros países (occidentales. No debemos avergonzarnos de, con todas las limitaciones imaginables, haber “inventado” la libertad) que cabía tal interpretación, intentaban forzar la inclusión de la “libertad de culto”. Y ahí surgían los problemas.

¿Es ese un problema real en el lugar y el momento en que se promulga la norma que estamos analizando? Me parece evidente que no. Se trata de una concreción (la libertad de culto es una parcela de la libertad religiosa) perfectamente innecesaria. ¿Razón de su inclusión?: si alguna vez hubiera un GASPARRI que hiciese unas *Fontes* de la Constitución, no creo que le resultase difícil demostrar que esta expresión se tomó, sin más, de las declaraciones internacionales de derechos.

Avanzando en nuestra lectura llegamos, por fin, a un tema técnico: la titularidad de tales derechos (o de tal derecho). “De los individuos y las comunidades”, reza a continuación nuestra norma. No creo que sea discutible que en sus orígenes los “derechos fundamentales” tenían una titularidad exclusivamente individual: “droits de l’homme”. Tampoco parece ser discutible que supone un avance el que la titularidad de los mismos se vea ampliada a los grupos. Sin embargo, esta ampliación de la titularidad, por apartarse de los orígenes de la categoría, resulta, cuando menos, perturbadora y, en ocasiones, y tal es el caso, directamente absurda.

Del mismo modo en que un grupo no puede amar o pensar, tampoco puede tener una creencia religiosa. Y eso, el creer religiosamente (en esto o en aquello y, en mi opinión, pero eso es otra cuestión, en no creer¹²) es el núcleo mínimo, la base fundante, de cualquier intento de protección de la libertad religiosa.

No es necesario destinar ni una línea a referirse a la titularidad individual del derecho fundamental de libertad religiosa (por el sencillo motivo de que, al ser un derecho fundamental, sería casi tautológico), pero sí es necesario hacerlo en relación a esa eventual titularidad colectiva.

¹²Obviamente me refiero a las teorizaciones, sin alcance práctico real alguno (lo de Alemania y sus agrupaciones de ateos o Bélgica y sus “ministros de culto” del ateísmo raya con el folklore) acerca de si los ateos, los agnósticos o los indiferentes son titulares del derecho subjetivo a la libertad religiosa. Teorizaciones en las que participe con tanto ahínco como descreimiento, al respecto, tengo en la actualidad.

Son varias cosas distintas lo que puede entenderse que significa “libertad religiosa de las comunidades”. Probablemente habría que realizar una tarea previa de delimitación conceptual de que sea una “comunidad”. Sería caer en unos grados de construcción en el vacío jurídico de lo que, lo confieso abiertamente, soy absolutamente incapaz.

Como hemos señalado, habida cuenta que las comunidades carecen de la capacidad de crear, es claro que ese “derecho de titularidad colectiva a la libertad religiosa” no puede consistir en que una protección de esas inexistentes creencias de una comunidad. El precepto debe referirse pues a otra cosa. A efectos estrictamente discursivos propondré la escisión de las comunidades en dos tipos: de una parte aquellas que tienen su base en una común creencia religiosa de sus componentes (más o menos lo que nuestro Derecho llama confesiones), de otra las restantes. Comencemos por las primeras.

Para algunos esa libertad religiosa de las comunidades religiosas no sería otra cosa que lo que el iuspublicismo católico ha venido reclamando desde siempre con la expresión “*libertas ecclesiae*”. Es decir, la Iglesia romano católica, sin otro fundamento, no lo necesita, que el de su propia existencia tiene unos derechos que son exactamente los que determina ella misma. El planteamiento ha tenido un cierto éxito histórico. Naturalmente los ejemplos de lo que exige tal concepción de las libertades podrían ser infinitos: que el matrimonio canónico tenga efectos civiles y que al mismo solo les resulte de aplicación el ordenamiento canónico (excluyendo, por ejemplo, la aplicabilidad del divorcio, como pretendió en su momento un diputado); que la Iglesia esté exenta de cualquier tributo estatal; que el ordenamiento estatal deba seguir los postulados éticos de dicha iglesia; etc. Todo puede ser planteado en el puro plano hipotético, y con uno u otro lenguaje eso se sigue planteando. Pero los planteamientos hipotéticos, en el campo del Derecho, deben valorar las consecuencias, llamémoslas así, técnicas que implican. Si estamos hablando, como estamos hablando, de un ordenamiento estatal, entender que cualquier sujeto (individual o colectivo; es irrelevante) puede fijar autónomamente el contenido sus derechos subjetivos (en realidad: el Derecho objetivo que le resulta aplicable) es, sencilla y llanamente, privar de la juricidad al ordenamiento correspondiente. Me parece, cuando menos, poco realista el pretender utilizar lo concedido por el ordenamiento (el derecho de libertad religiosa), precisamente para destruirlo. Además es desleal, pero esa no es categoría técnica. Así planteado puede parecer un planteamiento disparatado, pero, insisto, asistimos de continuo a reclamaciones en ese sentido. Naturalmente lo argumentado en relación a una determinada confesión, podría argumentarse en torno a cualquier otra e, incluso, a propósito de cualquier “comunidad”.

Otra posible interpretación de esa libertad religiosa comunitaria, también presente en muchas de las reivindicaciones y, a que engañarnos, en muchas normas vigentes, consistiría en considerar que en su propio ámbito la correspondiente confesión es autónoma. Aquí son dos los conceptos extraordinariamente flexibles los que se manejan: “ámbito propio” y “autonomía”. Desde la perspectiva confesional la idea es extraordinariamente clara: en su ámbito propio, que es el religioso, una confesión está exenta de cualquier intervención por parte del ordenamiento estatal. Cualquier intervención del Estado en dicho ámbito sería una nueva versión del regalismo. La idea, en principio, no es absolutamente rechazable: no parece adecuado que la normativa estatal establezca como deben ser bautizados los indígenas; como tampoco que prohíba que una exigencia para ser acceder a la vida en religión sea el prestar unos determinados votos. Las cosas no son tan sencillas, no son tan modestas las pretensiones de las confesiones. Las confesiones serían, que cosa más natural, las encargadas de delimitar el ámbito de lo que debe ser tenido por religioso. La enseñanza, la familia, en realidad, todo, puede entenderse que forma parte de la religiosidad. En consecuencia, los integrantes de esa comunidad que disfrutaría de libertad religiosa quedarían exentos del Derecho estatal. Sería un sistema de estatutos personales en razón de la adscripción a un grupo religioso. El Derecho estatal tendría como única misión regular el estatuto jurídico personal de aquellos que no estuvieran adscritos a un grupo religioso. La pretensión puede parecer exagerada, pero sus manifestaciones son continuas: tal es lo que hay tras todas las objeciones de conciencia de carácter religioso.

Pero ese mecanismo de “independencia” no solo se manifiesta en ese modo. También lo hace de un modo más sutil por otra vía. Los ejemplos pueden encontrarse en cualquier rama del Derecho, sirva alguno en el ámbito del Derecho laboral. En el seno de una confesión la normativa encaminada a la protección de los trabajadores solo resultará de aplicación en la medida que la propia confesión lo desee. En caso contrario la libertad religiosa (de las comunidades) no será protegida. No surge una relación laboral entre el miembro de una orden religiosa y la misma: no tendrá derecho a vacaciones o descanso semanal (desde luego si tendrá derecho, frente al Estado, naturalmente, a percibir una pensión por jubilación que recibirá, en la práctica, la orden). En cualquier entidad caracterizada como religiosa, una causa de despido procedente será el mantener en el ámbito privado unos comportamientos distintos a los establecidos por la religión correspondiente (empresas de tendencia).

El problema de fondo es que no se tienen en cuenta unos elementos extraordinariamente simples de percibir. Quien garantiza la libertad

religiosa es el Estado español. Eso es un hecho. Es más, históricamente, no creo que pueda negarse que el establecimiento de unos mínimos (luego unos máximos) de libertad religiosa no ha sido precisamente tarea de las confesiones, sino de los estados¹³. No parece que si es el Estado quien garantiza una libertad, sean los destinatarios de la misma quienes deben fijar su contenido. La libertad religiosa implica la libertad de las religiones, pero la libertad de las religiones no puede absorber todo el contenido de la primera, pues entonces la libertad religiosa concluye por desaparecer.

Pero había propuesto una escisión de las comunidades en dos tipos. Corresponde ahora referirse a la hipotética libertad religiosa de las comunidades no religiosas. ¿Tiene algún sentido considerar que una asociación deportiva o cultural, que una entidad mercantil, que un partido político, son titulares del derecho de libertad religiosa? La respuesta negativa es la que me viene inmediatamente a la cabeza, pero como con ella nada se podría avanzar, hipoteticemos con una eventual respuesta positiva.

Al relacionar la libertad religiosa con, por ejemplo, un partido político, podría estarse pensando en que en el ámbito del referido grupo no cabría dar un tratamiento distinto por razones religiosas. Pero eso no sería libertad religiosa “de” un grupo, sino libertad religiosa “en” un grupo y, en consecuencia, un problema de libertad religiosa del individuo¹⁴, no corresponde pues referirse a ello ahora.

¹³ Respondo a la previsible inmediata objeción, por parte de algunos, a lo recién afirmado: la Declaración Conciliar *Dignitatis Humanae*. Sin entrar a analizar si lo que allí se configura como derecho es equiparable a lo que entendemos por libertad religiosa, me parece claro que se trata de un documento de “consumo interno”. Un cambio de posición de la Iglesia romano católica, en un punto en el que muchos estados habían cambiado de posición hacia siglos o muchas décadas. Cuando el *Syllabus* era la verdad, ya circulaba con eficacia el concepto de “libertad religiosa” en algunos países. No me parece concorde con la realidad el entender que la Iglesia católica ha propiciado la libertad religiosa; si se quiere, la ha propiciado cuando ya no tenía otro remedio. Cabe un último y concreto argumento para poner de relieve la importancia histórica “externa” de la declaración –asirse a un “clavo ardiendo”-: la *Dignitatis Humanae* forzó a introducir, en su momento, una cierta libertad religiosa en España. El proceso, que no reproduciré, es de enorme interés en el plano del Derecho constitucional (una autolimitación de la soberanía por vía del Principio II de los del Movimiento Nacional), pero ello no pone de relieve la vocación de la Iglesia romano católica en luchar por la defensa de la libertad religiosa, sino el escaso interés por la protección de las libertades por parte del sistema político surgido en España al concluir la guerra civil. Y aún eso habría que relativizarlo, pues no se puede obviar la influencia de los Estados Unidos de América en el proceso de reformas que propiciaron la aparición de la Ley de Libertad Religiosa, así como de algún ministro en concreto.

¹⁴ Una relación, aunque muy indirecta, con la cuestión tendría la respuesta que “constitucionalmente” quepa dar a la siguiente pregunta: ¿Es conforme a la legalidad que un partido político prohíba la militancia a aquellos que pertenezcan a una determinada religión? En España ha existido el caso; no se si sigue existiendo

Otra posible interpretación de tal libertad sería considerar que un determinado grupo realice una declaración en el sentido de que sus miembros profesan una determinada religión. Tal hipótesis debería llevar, cuando menos, a resolver las siguientes cuestiones: una primera ya vista, la exigencia de profesar una determinada religión para pertenecer a ese determinado grupo¹⁵. Una segunda, sería la integración de ese grupo en una confesión en concreto: tal es tema que, parece, debería ser resuelto por la confesión afectada, y si pasa a formar parte de ella, para el Estado pasará a ser confesión. Pero existe una tercera posibilidad, consistente en que, en el caso inmediatamente expuesto, la confesión correspondiente rechazara esa integración, pero que el grupo reclamase el tratamiento (favorable) previsto por el ordenamiento para dichas entidades. Creo que la única respuesta que al Derecho cabe dar es señalar que ha previsto una estructura específica para ubicar el fenómeno religioso agrupado, y que o se es confesión (y se recibe el tratamiento para ellas previsto), o no se es (y se recibe el tratamiento previsto para ese grupo –sociedad deportiva, entidad mercantil, etc.- o, en último extremo, se aplicará el Derecho común –si es que sigue existiendo Derecho común en materia de asociaciones-).

Procede a continuación nuestro texto a referirse a los límites de estas libertades, pero con una concreción en cuanto a los casos en que deben operar: “en sus manifestaciones”. Dedicemos un instante a esta expresión.

Caben dos modos de interpretar gramaticalmente esta redacción. Que el Derecho se refiere solo al llamado “fuero externo” es una evidencia: el Derecho no puede operar en el fuero interno. Por lo tanto, aunque caben gramaticalmente dos interpretaciones de la redacción del texto (se podría limitar “más” lo no manifestado, o únicamente cabe limitar lo manifestado), es irrelevante, desde la perspectiva jurídica, por cual de ellas se opte. En realidad, es un caso más, no infrecuente, de precisiones legislativas sin alcance alguno.

A primera vista, podría entenderse que la parte final de este párrafo constitucional establece los límites del derecho de libertad religiosa. Una más atenta lectura debe llevar a la conclusión de que, en realidad, lo que se establece es un límite a los límites de tal derecho. Bienvenida sea cualquier limitación a la posibilidad de limitar el ejercicio de un derecho fundamental, pero habrá que intentar valorar el alcance real de tal prescripción constitucional. Lo que viene a decir este texto es que las limitaciones a la libertad religiosa no pueden ir más allá del orden público. Así pues, el orden público se transforma, en realidad, en el único

¹⁵Prácticamente hay que volver sobre lo señalado en la nota anterior para plantear nuevas cuestiones que pueden resumirse en una: ¿resulta constitucionalmente legítimo que el Estado apoye, en cualquier modo, un grupo de tal naturaleza?

límite al ejercicio de la libertad religiosa. Ocurre, sin embargo, que el legislador ordinario no da (no puede dar) una definición precisa de él (en términos de: “El orden público esta compuesto por y solo por...”). Con lo que la tarea de fijar en que consista tal corresponde a los tribunales de justicia. Podríamos decir que nuestra Constitución desplaza, por esta vía, la capacidad limitadora de la libertad religiosa del ámbito legislativo al judicial. Pero, siendo parcialmente cierto lo anterior, no podemos llegar a la conclusión de que serán los tribunales de justicia quienes, a su libre albedrío, establecerán los límites del ejercicio del derecho de libertad religiosa, porque a su vez ellos tienen otra limitación, el concepto de orden público con el que operen deberá derivarse de la legislación (“protegido por la ley”). El planteamiento pueda parecer en exceso barroco: la Constitución establece limitaciones a los límites que pueda establecer a la libertad religiosa, por la vía de encomendar esa tarea a los tribunales de justicia, que, sin embargo, verán su tarea limitadora limitada por lo que diga la ley¹⁶.

La redacción del precepto tiene, a mi modo de ver, dos aciertos claros: De una parte elimina cualquier pretensión (y las hay) de situar la libertad religiosa (o cualquier otra libertad pública) por encima del propio Derecho español. De otra, establece un mecanismo, tal vez complejo, pero eficaz, para permitir una adaptación de los límites a la realidad (normativa, social, etc.) de cada momento. El concepto de orden público es, por su propia naturaleza, flexible. Los tribunales de justicia resultan ser una instancia idónea para permitir la adecuación de las previsiones normativas a la realidad social.

En definitiva, el “tema” de los límites está resuelto de un modo razonable. El orden público es el único límite posible al derecho fundamental de libertad religiosa. Lo que significa que corresponde a los tribunales de justicia fijarlo en cada caso concreto. Pero dichos tribunales no pueden acudir sino a la legislación a la hora de operar con tal categoría.

Tal vez se recuerde que en este análisis, poco más que exegético, del párrafo primero del artículo 16 de la Constitución española de 1978, en el que venimos refiriéndonos a cada una de las expresiones que lo conforman por el orden en que aparecen, hemos omitido precisamente las dos palabras iniciales: “se garantiza”. Vayamos con ellas.

¹⁶ En realidad yo creo que habría que sustituir la expresión ley por la de ordenamiento. Para conformar ese concepto de orden público los tribunales de justicia deben acudir, sin duda, a la ley, pero también deben hacerlo a todas aquellas fuentes que conforman el ordenamiento: cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo (aquella que puede ser invocada para fundamentar un recurso de casación por infracción de doctrina legal), ciertas decisiones del Tribunal Constitucional y, desde luego, el amplio juego que da el artículo 1,1 de la Constitución (¿son esos los principios generales de nuestro Código Civil? Pienso que sí).

Me parece que esa expresión encierra una verdad obvia, pero que, a la vista de algunas pretensiones interpretativas, no necesariamente debe considerarse como ociosa su inclusión. Se garantiza, pero, ¿quién lo hace?

La respuesta es clara. Lo hace la Constitución española, lo hace el Derecho español, lo hacen todos y cada uno de los mecanismos por él previsto para tal fin. Pero no cabe una interpretación minimalista de lo anterior. No se trata solo de que la protección sea asumida por el Estado. Es asumida por el Estado, sencilla y llanamente, porque es el Estado quien la sitúa en una posición que le hace acreedora de esa protección. Es el Estado quien define tal concepto. La solución, sin duda, resultará inadecuada para aquellos que entienden que los derechos fundamentales gozan de una entidad propia, que son seres vivos al margen de su reconocimiento, o no, por parte de un ordenamiento en concreto. Generalmente estos que creen en la sustantividad propia de esos derechos son los mismos que se consideran competentes para establecer cual es su alcance, o para determinar quienes deben establecerlo. Desde esas posiciones, al Estado no le quedaría otra función que la de acoger esa categoría externa y protegerla acriticamente. Las cosas no funcionan así (afortunadamente, me permitiría añadir). Un derecho fundamental, el derecho fundamental de libertad religiosa, no es un “algo” con existencia autónoma. Es una categoría técnica, no es más (pero tampoco menos). Categoría técnica que es utilizada –antes incluso: creada- por el ordenamiento (en nuestro caso el Derecho español que se deriva de la Constitución). Es a él quien corresponde, en consecuencia, no solo establecer los mecanismos protectores, sino fijar su contenido y alcance; si se quiere: definirla.

Vista la historia, visto lo que ocurre en otros países, no me parece que debamos manifestarnos descontentos con los resultados logrados por esa vía. No es el mundo ideal, pero conozco pocos mejores. Muchas soluciones normativas que pretenderán desarrollar el precepto constitucional que venimos analizando serán inadecuadas, pero creo yo que serán inadecuadas por apartarse de lo previsto en este párrafo primero del artículo 16 de la Constitución. Por supuesto (en el Derecho del Estado no hay dogmas), cabría criticar el precepto de referencia, y, en alguna medida, así lo he hecho. Pero no se me ocurren soluciones mejores. Tampoco he visto propuestas alternativas que merezcan tal calificación.