

INTRODUCCIÓN.

1.- LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

La Constitución de 1978 culmina hasta la fecha un largo proceso de constitucionalización de la libertad religiosa en nuestro país¹. El apartado 1 de su artículo 16 “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”. Este reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa, así como las declaraciones que le siguen en los otros dos apartados de este artículo, han sido saludados por muchos por su carácter conciliador y superador de viejas rencillas y enfrentamientos seculares entre los españoles. Y, en efecto, en un principio, contrastan estas afirmaciones y las que le siguen en el apartado 2 -”Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”- y en el 3 -”Ninguna confesión tendrá carácter estatal”- con la tradición constitucional y, especialmente, con el pasado no muy remoto en el que la confesionalidad estatal y la supeditación de las autoridades públicas al poder de la Iglesia católica era una

¹ Como correctamente señala Llamazares: “Desde el punto de vista del derecho de libertad de conciencia, la Constitución de 1978 entraña una auténtica fractura en nuestra historia: la intolerancia se sustituye por la libertad y la confesionalidad por la laicidad. Esos es lo que ocurre en nuestro texto constitucional, pero se conservan en él todavía no pocos residuos y reminiscencias de intolerancia y confesionalidad (al igual que ocurre con la propia sociedad), como consecuencia de nuestro largo y cercano pasado. La Constitución y los principios que hemos estudiado son un *ya* pero sobre todo un *todavía no*. Ahora es necesario acomodar todo el ordenamiento a su norma cimera, eliminando todos los rescoldos contradictorios con ella y optando de *iure condendo* por las fórmulas más armónicas con ella. Es obligación de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) proceder diligente y escrupulosamente a la depuración del ordenamiento” (Llamazares 1997, 271).

cuestión de principios². Precisamente, la tradición constitucional española desde el Estatuto de Bayona y la Constitución de Cádiz se ha construido a partir de la declaración de confesionalidad del Estado, esto es, del reconocimiento de que la religión católica es la religión oficial, moduladas estas afirmaciones, en su caso, en unas u otras constituciones, con actitudes moderadamente tolerantes hacia otras religiones o confesiones. Las posturas atea, agnóstica o de indiferencia ante las confesiones religiosas o el fenómeno religioso no merecían mención alguna.

Este artículo 16 de la Constitución española ha sido, en líneas generales, bien recibido por su carácter superador de las encontradas posturas en materia religiosa que se producen en los siglos XIX y XX en la sociedad española y que tienen su máxima expresión, por un lado, en la Constitución de la República Española de 1931, que refleja la vieja tendencia liberal a la laicidad estatal al recoger en su art. 3 la declaración de que “el Estado español no tiene religión oficial” y, por otro, en el conglomerado normativo de las Leyes Fundamentales del régimen de Franco en el que, no cabe olvidar, es, según el principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, “un timbre de honor” de la nación española -y, por lo tanto, de los españoles- “el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación”³. Laicidad radical teñida de una clara hostilidad hacia la religión católica, de un lado, y confesionalidad igualmente radical que hace que ésta llegue a impregnar los cimientos del Estado y la vida social, de otro, han sido los dos polos entre los que ha oscilado nuestra historia reciente al enfrentarse al reconocimiento y regulación del fenómeno religioso. A la vista de estas experiencias, el artículo 16 de la Constitución vigente parece señalar *un antes y un después*. *Un antes* en el sentido de

² El texto del artículo 16 de la Constitución de 1978 es el siguiente: “1.- 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. 2.- Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3.- Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

³ En esta misma línea, escribió muy tempranamente Amorós: “... el texto que regula la ‘cuestión religiosa’ no es: ni vagamente librecultista, como en la Constitución de 1869, ni laicista, como la de 1931; ni tampoco la aceptación más o menos genuina por el Estado de la doctrina de la Iglesia católica, como en el sistema de Leyes Fundamentales del régimen del General Franco. Los precedentes del artículo 16 hay que buscarlos, más bien, en Constituciones modernas -singularmente, de las democracias europeas- y en las Declaraciones internacionales de derechos” (Amorós 1984, 40).

permitir la superación del viejo conflicto de la “cuestión religiosa” entre partidarios y detractores de la confesionalidad católica del Estado y, por consiguiente, por abrir la vía a la plena incorporación del sistema de derechos y libertades fundamentales recogido en las declaraciones y pactos internacionales, con la libertad religiosa entre ellas, a nuestro ordenamiento jurídico y, en definitiva, a la vida social. *Un después* por cuanto señala el camino por el que deben encauzarse las relaciones del Estado con las diferentes confesiones religiosas en el marco perfilado por dicha libertad y por la tolerancia mutua.

Con todo, el derecho a la libertad religiosa no deja de plantear numerosos problemas tanto de índole dogmática como de índole social e institucional. Primero de todo, porque la regulación del artículo 16 no surge de forma espontánea. Ni siquiera por la labor de discusión de los redactores de la Constitución, sin duda importante para perfilar el texto final, ni la situación en el 78 era similar a la del 31 o a la del 36. La misma constitucionalización de la libertad religiosa, tal y como se ha hecho en el artículo 16, no deja de plantear más de un problema. Por otra parte, la regulación de la libertad religiosa como derecho fundamental no concluye en ese artículo 16, sino que es preciso estudiarla a la luz de otras referencias constitucionales -art. 1, 10, 14 y el resto relativo a derechos y libertades fundamentales-, así como del desarrollo legislativo y reglamentario ulterior entre los que deben mencionarse también los diferentes Acuerdos suscritos con la Iglesia católica y “las demás confesiones”. En este marco normativo, cobra una especial relevancia la Ley Orgánica de la Libertad Religiosa, del 5 de julio de 1980, y también la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional con cuyas sentencias, que no han sido excesivas, se aclara y da sentido a la libertad religiosa. Al mismo tiempo, ésta tiene un carácter expansivo que no puede ignorarse a la hora de confeccionar un panorama cabal de su situación y realidad. En efecto, por su peculiar implicación con el ser humano, sus manifestaciones impregnan la vida social de quienes se consideran creyentes de una u otra creencia o ideología, con lo que no es de extrañar que sean inevitables los choques entre diferentes visiones de la sociedad como, por ejemplo, en materia de enseñanza o aborto, por citar los casos más emblemáticos⁴.

⁴ Tampoco podemos olvidarnos de los cambios ideológicos de la propia Iglesia católica y su cambio de postura sobre la misma a partir del Concilio Vaticano II con la Declaración *Dignitatis humanae*. La nueva actitud de la Iglesia hacia la libertad religiosa -de una oposición frontal, sobre todo, durante el siglo XIX, a su reconocimiento- determinará un cambio de posición, al menos, formal del régimen de Franco que le llevó a la aprobación de la Ley reguladora del ejercicio del derecho de libertad religiosa del 28 de junio de 1967.

Ante este panorama, cobra sentido la opinión esbozada por algunos estudiosos de que si bien en la sociedad española no se discute sobre la necesidad del reconocimiento de la libertad religiosa, sin embargo, el disenso y el debate se ha desplazado a otras cuestiones relacionadas con la libertad de conciencia, como son la legislación del divorcio, el aborto, la objeción de conciencia, la libertad de enseñanza, la asignatura de religión, etc. Son problemas estrictamente no encuadrados en el derecho a la libertad religiosa y que, sin embargo, como afirman Ibán y Prieto, “han constituido el centro de la polémica entre laicismo y confesionalismo, entre Iglesia y Estado” en los tiempos recientes (Prieto en Ibán y Prieto 1989, 98). La existencia de estas polémicas, aunque sean puntuales, en mi opinión, constituyen una poderosa razón para no abandonar el estudio del derecho a la libertad religiosa. Primero de todo, para no perder de vista una perspectiva general y global de todos estos problemas. Además, porque uno de los efectos del reconocimiento del derecho a la libertad religiosa es la vieja aspiración liberal a separar el Estado de la Iglesia, de cualquier Iglesia. Lo cual supone tanto la especificación de cuáles son los ámbitos y límites de actuación del Estado y de los poderes públicos, como de las Iglesias y de las confesiones.

Junto a estas cuestiones están las que tienen un marcado carácter institucional y social. El hecho de que la Constitución reconozca el derecho a la libertad religiosa es, sin duda, un hecho importante, pero ello no quiere decir que el reconocimiento constitucional sea ya una garantía de que el discurrir diario de la sociedad española esté plenamente inspirado en este derecho. Sólo desde la ingenuidad del formalismo liberal decimonónico puede realizarse esta afirmación. Debe tenerse en cuenta que si el sempiterno conflicto religioso se ha amortiguado ha sido no sólo en virtud del reconocimiento constitucional de la libertad religiosa, buscando así una salida jurídica a un problema viejo, sino también a esta creciente secularización de la sociedad que ha atenuado el fuego de las pasiones encontradas.

Los sociólogos de la religión han estudiado con detenimiento la evolución de las creencias en España, en particular, las religiosas, y aventuran nuevos procesos sociales. Díaz-Salazar habla así del “vaciamiento” de la religión. Reconoce que Durkheim no tuvo razón cuando predijo que la secularización de las sociedades conduciría a la desaparición de la religión de la vida de las personas. Por el contrario, las sociedades en la actualidad viven un momento de eclosión del sentimiento religioso, pero éste no se dirige hacia las religiones tradicionales, sino hacia nuevos focos de atención. Esto es lo que llama “vaciamiento” de la religión: un cierto

hartazgo de las religiones institucionalizadas. Pero, no, por ello, crece el indiferentismo, las posiciones agnósticas o ateas, sino que el sentimiento religioso y sus actitudes rituales se dirigen hacia otros focos de atención, ya sean otras religiones, ya sean otros objetos culturales. Creo que estas transformaciones son también datos que el jurista debe tener en cuenta para contrastarlos con argumentos que se esgrimen demasiado dogmáticamente.

Por contra, las reacciones institucionales no responden ni al clima necesario para el pleno ejercicio de todos los ciudadanos de su derecho a la libertad religiosa ni a la evolución de la sociedad española. En efecto, existen elementos de juicio que permiten vislumbrar cómo, desde hace pocos años, se está impulsando un proceso de recatolización del país (véase las declaraciones de la nueva Conferencia Episcopal y de su responsable de educación respecto a la necesidad de reivindicar el carácter social de la moral católica y de su propuesta para proyectarla sobre la sociedad española) ante el que los poderes públicos permanecen impasibles, en el mejor de los casos. Ahí está, como ejemplo, la polémica sobre la obligatoriedad de la enseñanza de la religión que en el caso de un Estado neutral en materia religiosa sería impensable. O, a su vez, el reciente acuerdo entre el Ministro de Educación y Ciencia y la Conferencia Episcopal para que el presupuesto público sufrague a un profesorado de religión cuya elección escapa a su competencia. O el descarado favoritismo en la financiación de la Iglesia por encima de las cantidades asignadas por los mismos católicos en el Impuesto sobre la Renta (*El País*, 8-IX-99). O las noticias sobre los obstáculos a la práctica de religiones minoritarias o, incluso, su prohibición (como ha hecho el gobierno de Canarias al calificar de secta a la iglesia protestante del Ejército de Salvación, *El País*, 2-VI-99). Inclusive, la permanencia todavía de crucifijos en los colegios públicos a pesar de las denuncias de los protestantes (*El País*, 5-VI-99). A la vista de estos y otros datos no debe de extrañar que el gobierno de España haya sido señalado como uno de los que “incumple los compromisos en materia de libertad de religión y de conciencia contraídos con la firma del denominado Documento de Budapest, de 1994, según un informe de la Federación de Helsinki para los Derechos Humanos (no gubernamental)” y que ha sido presentado a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) (*El País*, 19 y 20 de abril de 1999).

En realidad, estos casos, y muchos más que, por la razón que sea, no merecen la atención periodística -por ejemplo, algunas actitudes enquistadas en la conciencia española que ven al no católico como un extraño,

como un no español, algunas actitudes que, como ha sido una constante en nuestra historia, repudian todo aquello relacionado con lo “civil”, como matrimonios, cementerios, etc.-, es resultado de un lento y paulatino cambio que la Iglesia católica ha iniciado por el que se está produciendo una rectificación de alguna de las posiciones más presentables del Concilio Vaticano II. Las encíclicas de Juan Pablo II *Veritatis Splendor* y *Evangelium vitae* y, en España, la Instrucción Pastoral de la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal, titulada “Moral y sociedad democrática”, de 1996, parecen conducir a ese fin al vincular el concepto de libertad con la noción de verdad, que lógicamente está residenciada en la institución eclesial. A muchos esta idea, y no sin razón, -con todo lo que ha sido la tradicional oposición eclesial a la Ilustración y a la modernidad- les ha sonado a una vuelta a las viejas tesis antimodernistas, antiliberales y antidemocráticas dado que parece sustentada en la vieja tesis de que la Iglesia es la poseedora de la verdad absoluta y de que, además, es la sociedad perfecta. Y es que la creencia de que sólo la institución eclesial está en posesión de la verdad absoluta es difícilmente conciliable con el pluralismo político, que aparece como valor superior en el artículo 1.1 de la Constitución, y con la libertad individual. Efectivamente, no puede existir ésta, ni tampoco el sistema democrático si una ética privada, en este caso, la católica, se convierte en una ética pública, en la moralidad pública que debe inspirar y justificar la actuación de los poderes públicos y el orden legal. Creo que no le falta razón a Peces-Barba cuando hace el siguiente comentario respecto al documento de la Conferencia Episcopal Española: “Creo que el documento no tiene desperdicio y debería ser estudiado a fondo por los filósofos del Derecho. Creo que aparte de su debilidad intelectual, de ser manifestación de la inocencia histórica de la Iglesia, y de su posición de superioridad al juzgar los acontecimientos sociales, representa un buen ejemplo de la dificultad de hacer compatible, desde ciertas posiciones de la Iglesia institución, no de todas, la aceptación de la democracia, y la defensa de una verdad y de un orden moral que se extiende al ámbito público y que no es compatible con otras posiciones diferentes, respecto a las cuales no cabe conciliación alguna” (Peces-Barba 1997, 541).

A la vista de estas posiciones, de los hechos mencionados más arriba, incluso de las evidentes resistencias en los poderes públicos y en las instituciones sociales a materializar una efectiva separación Estado-Iglesia, los asuntos de uno y los del otro, creo oportuno un estudio sobre el proceso de constitucionalización de la libertad religiosa en España, un proceso difícil, habría que decir trágico, atravesado por conflictos ideológicos y por su radicalización. Por eso, es necesario plantearse las cuestiones dogmáticas que permitan insertar a la libertad religiosa, desde una óptica jurídico-

constitucional, en el sistema de derechos y libertades fundamentales recogidos en la Constitución de 1978. Porque, en definitiva, en su precisa aclaración puede estar en juego las bases mismas del orden constitucional y democrático.

2.- ALGUNAS ACLARACIONES CONCEPTUALES PREVIAS. SOBRE LA TOLERANCIA Y LA LIBERTAD RELIGIOSA.

A pesar de que el artículo 16 de la Constitución se refiera a la “libertad ideológica, religiosa y de culto”, no existe una total unanimidad sobre la terminología a utilizar. El mismo texto constitucional utiliza estos términos que, sin embargo, no son los habituales en los documentos internacionales en materia de derechos humanos. Estos se refieren a “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. Incluso el elenco de términos puede aún ampliarse más si nos fijamos en la literatura especializada. Esta disparidad pudiera servir de base a la idea de que estamos ante varios derechos fundamentales separados, como así ha mantenido cierto sector de la doctrina. Sin embargo, yo no soy de esa opinión. Primero, porque no creo que los constituyentes y, por tanto, el texto constitucional de pié a esta interpretación. Y, segundo, porque los textos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantienen la existencia de un único derecho, aunque sus manifestaciones sean plurales.

Por eso, a expensas de las explicaciones que aparecen en el apartado correspondiente de este texto, creo pertinente aclarar que cuando utilizo el término “libertad religiosa” lo hago en sentido amplio⁵. Es decir, para referirme a la libertad de profesar o no una creencia, una religión. La libertad de cada uno, en suma, para formar su conciencia. Lo que sí hay que rechazar de plano es una lectura estricta que ciña la libertad religiosa a la libertad del creyente y se la niegue al ateo, al agnóstico o al indiferente en materia religiosa.

No es ésta la única cuestión conceptual que requiere una aclaración previa. Una parte importante del trabajo es una reconstrucción del proceso de formación de la idea de libertad religiosa y, por tanto, también de la de tolerancia, así como de su constitucionalización en España. Pero tolerancia y libertad religiosa no son lo mismo. Como es sabido, se considera a la libertad religiosa como la “primera de las libertades” que impulsaría el desarrollo de las primeras teorías sobre los derechos del hombre. A la reivindicación de la libertad religiosa, le precedió, sin embargo, la lucha por

⁵. Sobre la pluralidad terminológica puede verse Contreras Mazario (1994), pp. 133 y ss.

la tolerancia, que, al principio, fue solamente tolerancia religiosa. La reflexión primero sobre la tolerancia y, más tarde, sobre la libertad religiosa es una reflexión de marcado carácter filosófico, pero contextualizada históricamente. Y es que el horizonte en el que se desarrolla está condicionado por el nuevo escenario surgido de la quiebra de la unidad religiosa, de la Reforma.

La Reforma produjo una ruptura traumática de la conciencia ideológica y religiosa europea y el resultado fue, tras un período de duda y cautela, el conflicto, la intolerancia, las guerras de religión. En este contexto, la tolerancia se fue abriendo camino gracias al sentido de lo pragmático de algunos políticos y de algunas cabezas brillantes que se percataron de los escasos beneficios de la intolerancia y de la represión de los disidentes. Como Erasmo, Castellion, Bodin, Spinoza hasta llegar a Locke y Voltaire, sus más cualificados defensores. Por supuesto, esta breve enumeración no hace justicia a sus numerosos mentores. Sin embargo, consumada la ruptura religiosa, el escenario en los Estados católicos y protestantes fue la intolerancia. La solución adoptada en la Paz de Augsburgo de 1555 no dio los resultados apetecidos. El principio *cuius regio eius religio*, que consagraba el privilegio del príncipe para decidir qué religión o qué creencias deberían compartir sus súbditos fue un fracaso. La tolerancia y la libertad religiosa sólo encontrarán un camino expedito cuando las grandes instituciones religiosas, incluso las surgidas de la Reforma, se enfrenten al problema de la aparición de nuevas disidencias religiosas. Los mismos principios que dieron lugar a la reforma de Lutero -diálogo directo con Dios, libre interpretación de los textos, el libre examen, etc.- implicaba también un elemento de disgregación que se manifestó, posteriormente, en la aparición de sectas como los anabaptistas, socinianos, puritanos, cuáqueros, presbiterianos, etc. Estos serán los que reivindiquen mayor tolerancia y, sobre todo, libertad religiosa y quienes, en definitiva, promoverán en las colonias inglesas en América los primeros paraísos de tolerancia y libertad y, por lo tanto, quienes lo plasmarán en los primeros textos jurídicos.

La libertad religiosa, ya en estos momentos, tiene un sentido bien distinto. No se basa en razones pragmáticas, sino que se reivindica como el derecho de toda persona de profesar y expresar libremente la opción religiosa que desee, o ninguna de ellas. La libertad religiosa es configurada como la libertad para profesar cualquier creencia, religiosa o no. Es el reconocimiento de que el individuo es la única autoridad válida para decidir cuáles son sus creencias. Mientras que la tolerancia implica una lectura negativa, esto es, que se respeta al disidente a quien se coloca, no obs-

tante, en una posición inferior, la libertad religiosa, por el contrario, tiene una lectura positiva: que todas las creencias se colocan en un mismo nivel y que la persona elige entre ellas la que más la convence, la que voluntariamente quiere profesar. La libertad religiosa consagra así el pluralismo ideológico y religioso, sin jerarquías ni diferencias. Con ello, se acentúan las diferencias conceptuales entre la tolerancia y la libertad religiosa. Creo que estas explicaciones deben ser tenidas en cuenta a lo largo de la lectura del trabajo pues permite mantener la oportuna distancia con su objeto y, al mismo tiempo, evita confusiones injustificadas.

Una primera versión de este trabajo fue presentada como segunda prueba al concurso de una Cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Rioja, celebrado en marzo de 1999. La Comisión que la juzgó estaba formada por los profesores Manuel Atienza, Javier de Lucas, Gregorio Peces-Barba, Alberto Montoro y Juan Ramón de Páramo. En un tema tan personal como es la libertad religiosa sus comentarios y críticas han sido de inestimable ayuda en la reelaboración de alguna de las tesis, en la matización de algunas posiciones. Quiero, por ello, agradecer en estas páginas sus observaciones así como la valoración final que les mereció el trabajo realizado.

Son muchos, no obstante, los amigos y compañeros que me animaron en el período de preparación del concurso, así como en el proceso de elaboración del trabajo ahora publicado. A todos ellos, muchas gracias. En especial quiero agradecer su paciencia, su disposición personal así como la orientación generosa en la elaboración del trabajo al profesor José Ignacio Lacasta, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, con quien me une una larga y estrecha amistad y con quien he discutido punto por punto todo el texto. También al prof. Ernesto Garzón Valdés, Catedrático de la Universidad de Mainz, quien fue hace ya unos años el director de mi tesis doctoral y que, después de tanto tiempo, ha seguido y sigue apoyando cuanto hago. Gracias a sus comentarios pude mejorar y enriquecer un primer manuscrito del trabajo. Hago extensivo mi agradecimiento a otros compañeros de las Universidades de La Rioja y de Zaragoza que, amablemente, han resuelto cuantas consultas y dudas tuve en el transcurso de su elaboración.