

DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA: LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA

Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN

II.- DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA COMO OBJETO FORMAL. 1.- *El objeto material de la nueva disciplina.* 2.- *Nuestra propuesta: Objeto formal de la nueva disciplina.* 3.- *Objeto formal de la nueva disciplina*

III.- EL SISTEMA. 1.- *Sistema, ordenamiento jurídico y ciencia jurídica.* 2.- *Objeto material, objeto formal y sistema.* 3.- *Definiciones.* 4.- *Primeros principios.* 5.- *Reglas de formación y desarrollo del sistema.*

I.- INTRODUCCIÓN

No estoy seguro de haber interpretado correctamente el encargo que con este título se me hizo, ni de responder adecuadamente a las posibles expectativas que tal enunciado haya podido despertar. Bien pudiera ser que a muchos de ustedes les suene a una sarta de lugares comunes con la consiguiente frustración por la pérdida de tiempo. Por si acaso mis disculpas por adelantado.

Me ha parecido que el sentido del título era obvio. Se trataría de estudiar la relación entre los dos miembros de ese título *Derecho de libertad de conciencia y construcción del sistema*. Lo cual exige la previa explicación, siquiera sea brevemente, de uno y de otro.

Mi pretensión no es formular dogmas sino problemas para provocar la discusión académica, en el bien entendido de que me limitaré a poner sobre la mesa una experiencia, todavía en fase de tanteo, en la que nos hemos embarcado unos cuantos profesores de Derecho Eclesiástico del Estado desde hace ya unos cuantos años.

No tengo más mérito para hablar en su nombre, que ser uno de los iniciadores de ese movimiento, con el modesto papel posterior de mero sugeridor o, si acaso, de coordinador consentido.

Quizá lo más clarificador sea hacerlo comenzando por el principio de la historia del Derecho Eclesiástico del Estado en España.

Ese principio hay que situarlo, a los efectos de lo que aquí interesa¹, en el año 1984. Porque los nuevos planes de estudios implicaron una auténtica reconversión para la disciplina canónica y un obligado reciclaje integral de los canonistas. De repente, por decisión de la norma jurídica el *Derecho canónico* como disciplina académica en el plan de 1953 era sustituida por el *Derecho Eclesiástico del Estado* y los canonistas nos veíamos obligados de la noche a la mañana a convertirnos en eclesiasticistas.

Claro que no todo era inventado. Por lo pronto no lo era el nombre y tampoco lo era su contenido.

Descartada la disolución en otras disciplinas (solución francesa)² una disciplina académica (con autonomía científica o sin ella) de ese nombre se conservaba, tanto en Alemania como en Italia, aunque, justo es decirlo, originalmente el Derecho eclesiástico del Estado, como conjunto normativo surge como consecuencia de la reforma³ y como disciplina científica es

¹ Es bastante habitual considerar a MALDONADO y a sus discípulos más directos, BERNÁRDEZ y LOMBARDÍA como los iniciadores del Derecho Eclesiástico del Estado en España, conectando con la doctrina eclesiasticista italiana. Pero existen precedentes anteriores, algunos de finales del siglo XIX y principios del XX realmente sorprendentes por sus planteamientos de partida, al considerar, no sólo que el estudio de los temas relativos a la libertad de conciencia constituyen una disciplina autónoma, sino que el hilo argumental de esa disciplina debe ser el derecho de libertad de conciencia concebido en términos similares a los nuestros, como SANTA MARÍA DE PAREDES (sobre esto RODRIGUEZ GARCÍA, *Aproximación histórica al Derecho Eclesiástico en España*, en "Laicidad y libertades", n. 1, 2001)

² Sobre la evolución del Derecho Eclesiástico del Estado en Francia cfr. MESSNER, F., *Du Droit ecclésiastique au Droit des religions: évolution d'une terminologie*, en *Revue du Droit canonique*, n. 47, 1997, pp.

³ Lo cual no quiere decir que no se puedan señalar precedentes muy anteriores respecto del ordenamiento; los *nomocanones* o los *capitulares* carolingios, correspondientes respectivamente al cesaropapismo y a la tradición carolingia son una buena muestra de lo que queremos decir. Otra cosa es la disciplina científica y académica que ha recibido ese nombre.

alemán; en cuanto tal disciplina se conforma fundamentalmente⁴ en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX paralelamente al fenómeno de recuperación de su autonomía interna por parte de las Iglesias⁵. Terminará configurándose como parte especial del Derecho constitucional tomando como base los artículos 135 al 140 de la Constitución de Weimar en cuya formulación tendría un papel decisivo un eclesiasticista como KAHL⁶ por su cualidad de parlamentario constituyente. De un contexto pluriconfesional como el alemán sería trasladada luego a uno confesional, Italia, por SCADUTO⁷ y RUFINI⁸, discípulos respectivamente de HINCHIUS y FRIEDBERG que lo fueron a su vez de RICHTER⁹.

Entre esas alternativas, la mayor parte de los canonistas españoles optaron por lo más fácil. Dar por hecha la disciplina copiando sin más, con las adaptaciones obligadas desde el punto de vista de la regulación concreta de unos mismos contenidos, la disciplina italiana, mayoritariamente en su versión más conservadora, pretendidamente seguidora de las tesis de

⁴ Sobre la historia de la formación del concepto y de las influencias de las diferentes corrientes iusfilosóficas, iusnaturalismo racionalista, escuela histórica del derecho y positivismo, la mejor exposición sigue siendo la de DE LUCCA: *Il concetto di diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico*, Padova, 1946 y *Diritto ecclesiastico e esperiezia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1976.

⁵ PIRSON, D., Die geistlichen Wurzeln des deutschen Staatskirchenrecht, en *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, 2ª ed., Duncker-Humblot, Berlin, 1994, p. 11.

⁶ Sobre esto cfr. LANDAU, P., "La genèse du "Staatskirchenrecht" en Allemagne dans la seconde moitié du XIXe siècle", en *Revue du Droit canonique*, n. 47, 1977, pp. 174-175 y 188-189.

⁷ *Il concetto moderno di diritto ecclesiastico*, Palermo, 1885; *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, vol. I, Bocca, Torino, 1892 y vol II, Bocca, Torino, 1894. Sobre SCADUTO cfr. CATALANO, G., "Il contributo di Francesco Scaduto alla nascita ed allo sviluppo del Diritto ecclesiastico italiano", en *Il diritto ecclesiastico*, I, 1995.

⁸ "L'indirizo odierno del diritto ecclesiastico in Italia", en *Il Falangieri*, XXI, 1896; "Lo Studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico", en *Rivista italiana di scieze giuridice*, 1892; *Corso di Diritto ecclesiastico italiano*, Bocca, Torino, 1924. Sobre RUFFINI cfr. TEDESCHI, M., "Il contributo di Francesco Ruffini alla nuova scienza del Diritto ecclesiastico", en *Scritti di Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁹ Sobre estas conexiones y las aportaciones de estos autores cfr. LANDAU, p., "La genèse du Staatskirchenrecht en Allemagne dans la seconde moitié du XIX siècle", en *Revue du Droit canonique*, 47/1, 1997, pp. 166-174.; WOLF, E., *Ordnung der Kirche. Leher- und Handbuch des Kirchenrechts auf ökumeniserr Basis*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1961, pp. 490-491.

RUFFINI. Ni siquiera hubo nadie que se molestara en intentar, puestos a copiar, en copiar el original. Se despreciaban así las aportaciones más importantes de una y otra tradición jurídica: equiparación (principio de paridad) en cuanto a su tratamiento jurídico entre libertad de religión y libertad de pensamiento en tanto que derechos individuales y entre las correspondientes asociaciones religiosas (Iglesias o confesiones) o filosóficas (Weltanschauen), por cuanto que desde el punto de vista jurídico de cara a su regulación jurídica especial lo único que importa es que sean creencias o convicciones auténticas y el derecho de libertad de conciencia, del que serían concreciones o derivaciones jurídicas y, consiguientemente perspectiva formal para su estudio, tanto la libertad de religión como la libertad de pensamiento. Una vez más los árboles impidieron ver el bosque. La doctrina española, no sin retraso, se interesó por lo anecdótico (la inclusión o no del ateísmo en la libertad de religión), pero no por el alumbramiento, científicamente hablando, más fascinante de la discusión. A ese mismo criterio reductor, no sobrado de perspicacia, parece responder, en principio, la definición del área Derecho Eclesiástico del Estado en las Directrices Generales de los nuevos planes de estudios de 1984 en España.

Descartada la desbandada hacia otros campos por rechazo de los ocupantes que nos veían como advenedizos impertinentes y molestos (Internacional, Civil o Constitucional). Se optó por la solución de asignarnos una parcela académica reducida a la mínima expresión, pero que, en todo caso, exigía de nosotros un importante esfuerzo de acomodación.

Dos eran las tareas que teníamos que afrontar: 1) formulación del objeto formal de la disciplina (perspectiva) y de su objeto material, y 2) Ordenación de este y de todas sus proposiciones desde aquel en un auténtico sistema. Porque sólo la unidad y singularidad de objeto formal (perspectiva) garantiza la autonomía científica de una disciplina académica¹⁰.

¹⁰ No nos cansaremos de repetir que sólo desde el sistema elaborado desde una determinada perspectiva (objeto formal) será posible construir un saber eclesialista verdaderamente científico. No nos cabe en la cabeza la recomendación de *renunciar a la obsesión por el sistema* (MARTÍNEZ TORRÓN, *Derecho, Religión y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*. Comares, Granada, 1999, p. 113, nota 24), ni la afirmación de que “*la autonomía científica*” de las distintas disciplinas jurídicas es relativa (p. 100-101) o que es *incongruente abogar por la autonomía científica de las especialidades jurídicas* (Ibidem, p. 97), salvo que se parta de una idea de ciencia distinta de la convencional y que al menos yo, lo confieso, desconozco.

II.- DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA COMO OBJETO FORMAL

2.1.- El objeto material de la nueva disciplina

Esa parcela era definida en las directrices de planes de estudios en cuanto asignatura troncal con contornos indefinidos y con una mezcla de temas tan heterogéneos que no era fácil reducirlos a unidad: Tutela de la libertad religiosa en el Derecho español y comparado y efectos reflejos (educación, matrimonio u objeciones de conciencia, etc.), añadiendo el tema del Régimen jurídico de las relaciones entre el Estado y las Iglesias y Confesiones religiosas. Se describía así el posible objeto material con una cláusula abierta con el etc del paréntesis: lo que no se explicitaba era el objeto formal que es lo que podría aportar tanto la unidad (decidibilidad, no contradicción e integridad), como la autonomía científica de ese ámbito del saber jurídico.

En todo caso, el objeto formal que eligiéramos debería dar unidad a la libertad religiosa y a la ideológica que siquiera sea, indirecta y sectorialmente (entiéndase como se entienda la expresión “efectos reflejos”), se integraba en ese objeto material. Ese objeto quedaba tan equivocadamente descrito que admitía muy distintas posibilidades de interpretación acerca de lo que constituía, tanto el objeto material como el formal.

Punto de partida indiscutiblemente obligado era el art. 16 del texto constitucional en el que se “garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto”. Pero ahí se acababan las coincidencias.

La mayor parte de los eclesiasticos españoles, bien que con matices diferenciales importantes, (IBÁN, GONZALEZ DEL VALLE, CIAURRIZ, AMORÓS, OLMOS, VILADRICH, ESCRIVÁ IVARS, MOLANO, FORNÉS, FERRER, PALOMINO etc.)¹¹. han entendido que se trata de dos libertades, con sus correspondientes derechos, distintas y separables, ideológica y religiosa, con una regulación jurídica diferente en

¹¹ A pesar del reduccionismo de este punto de partida, desde él se han hecho aportaciones muy valiosas en relación con muchos de los temas concretos objeto del Derecho Eclesiástico. De todos modos, desde la perspectiva de la construcción científica de la disciplina no sería justo sino destacara la temprana aportación de VILADRICH con su formulación de los principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado así entendido, tanto por el esfuerzo intelectual que representó como por el juego que han dado si tenemos en cuenta el uso que de ellos ha hecho el resto de eclesiasticos. Cfr. CALVO-ALVAREZ, J., *Los principios del Derecho Eclesiástico Español*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 1999.

razón de la especialidad: la libertad religiosa es algo completamente distinto, en cuanto a su regulación jurídica, dada su especialidad, de la libertad ideológica: son, no dos especies del mismo género, sino dos géneros diferentes; desde el punto de vista jurídico, la libertad religiosa es merecedora de un régimen jurídico completamente distinto al de la libertad ideológica. Lo que la distingue es su carácter religioso. De ahí que su objeto material sea definido como todo el fenómeno religioso, pero sólo él, focalizado sobre la libertad religiosa, en cuanto tenga relevancia para el derecho del Estado (objeto formal). Se diferencia del resto de las disciplinas jurídicas por su objeto material, pero no por el formal, quedando comprometida así su autonomía científica.

No se trata de utilizar como perspectiva y objeto formal a la libertad de religión, sino que esta toma de postura implica una división artificial en dos del objeto material que en el texto constitucional es un único derecho, no dos derechos diferentes.

Unos pondrán el acento en el aspecto individual de esa libertad, no faltando quienes lo pongan en el colectivo (confesiones religiosas¹²).

Otros¹³, de conformidad con la expresión literal del art. 16.1 CE, interpretado a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, de acuerdo con el art. 10.2 CE y con la jurisprudencia del TC, entendemos que libertad ideológica y religiosa son inseparables, porque son el mismo y único derecho y, en todo caso, en cuanto posible objeto material, la libertad religiosa es una especie del género libertad ideológica. Objeto material, por tanto, será ese derecho único. Pero caben todavía varias posibilidades por lo que se refiere a su objeto formal.

¹² GONZALEZ DEL VALLE llega a afirmar que el objeto del Derecho Eclesiástico no son ni la igualdad ni la libertad religiosa, sino las relaciones del Estado con las confesiones religiosas; este sería el objeto material y el objeto formal, no el único, la libertad e igualdad religiosas (*Derecho Eclesiástico español*, 3ª ed., Oviedo, 1995, p. 71), para entender justificado a renglón seguido su tratamiento diferenciado (*Ibidem*, p. 72).

¹³ Posición sorprendente por lo que tiene de contradictoria es la mantenida por MARTÍNEZ TORRÓN: son objeto del Derecho eclesiástico del Estado tanto la libertad religiosa como la ideológica en tanto que derechos individuales, pero al referirse a las asociaciones y grupos que vehiculan su ejercicio colectivo, no acierto a adivinar en razón de que malabarismo lógico (o ilógico) entiende que sólo son objeto del Derecho eclesiástico los grupos religiosos, salvo que sea una consecuencia obligada de su concepción reduccionista del objeto formal a lo que me referiré más adelante.

Los textos internacionales aludidos utilizan, para referirse a ese único derecho tres expresiones distintas: libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad de religión¹⁴. Tienen significados inseparables, se superponen unas a otras y sin embargo no significan exactamente lo mismo¹⁵. De lo que se trata es de tres perspectivas distintas de un único derecho de libertad. Libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad de religión son tres posibles objetos formales del estudio de ese derecho único, lo que abre tres posibles corrientes científicas llamadas a complementarse mutuamente.

Partiendo, por tanto, de que se trata de un único derecho, cabría, según esto, el estudio de ese derecho desde la perspectiva de la libertad de religión en sentido estricto, aunque teniendo en cuenta que el objeto material es la libertad de religión en sentido amplio que incluye la libertad de creencias religiosas y no religiosas. Por ejemplo esa sería la perspectiva históricamente obligada, por cuanto la libertad secularizada de creencias tiene su precedente y punta de lanza en la libertad religiosa en sentido estricto. Expresión de esa perspectiva sería el concepto amplio de religión hacia el que se ha ido inclinando paulatinamente la jurisprudencia del Tribunal Supremos de Estados Unidos y que ha sostenido en su interpretación de ese término en la Declaración Universal de Derechos Humanos el CDH.

De todas maneras esta perspectiva contraviene la lógica de conceptos, de un lado, y, de otro, cobija un grave riesgo al situar a las creencias religiosas como primer referente: el del privilegio con tal de que esté generalizado.

Es la perspectiva que, si he entendido bien, formula MARTÍNEZ TORRÓN¹⁶, no sin vacilaciones y desde luego con un enfoque, a mi modo de ver, reduccionista, que amortigua un tanto su metodológica virtualidad.

¹⁴ DUDH, art. 18; CEDH, art. 9.1; PIDCP, art. 18.1.

¹⁵ LISTL, J., "Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit", en *Handbuch...*, I. 2ª ed. cit, p.454.

¹⁶ *Religión y Sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares Granada, 1999, pp.115 ss; especialmente p. 137 : "... el concepto de religión permite precisar el concepto y alcance de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia: y... precisamente por ello, las actividades realizadas en el ejercicio de esa triple actividad constituyen el objeto del derecho eclesiástico"; objeto que precisará en las pp.138-139: "el derecho eclesiástico del Estado tiene por objeto de estudio la ordenación jurídica estatal de aquellas relaciones humanas en las cuales se

No rompe con la corriente que hemos señalado en primer lugar; es más se adscribe formalmente a ella¹⁷, lo que, a parte otras expresiones, genera la duda sobre si entiende libertad religiosa e ideológica como separables o no. A todo lo cual se añade el criterio reduccionista aplicado al objeto formal (libertad de religión) utilizando como tal únicamente la “intensidad axiológica equiparable” de las creencias ideológicas a las religiosas, olvidando que la creencia religiosa no sólo es profesión, sino antes incluso, confesión, de un lado y, de otro, al objeto material (libertad religiosa e ideológica individuales, pero sólo la primera como colectiva¹⁸)¹⁹.

Nuestro TC se refiere a dos de esas expresiones, libertad de pensamiento y libertad de conciencia, a las que denomina *modalidades* del derecho, en singular, consagrado en el art. 16.1 CE²⁰.

La primera se preocupa únicamente, de forma directa, de la libertad para tener unas u otras creencias, ideas u opiniones y a su expresión de palabra, por escrito o en imágenes y sólo indirectamente de los comportamientos.

La segunda comprende el derecho a la formación de la conciencia en libertad y el de comportarse de acuerdo con las propias creencias y convicciones que son su foco de interés fundamental, y sólo por referencia a ellas, y en la medida en que estén relacionadas con ellas y esa relación

encuentra presente el elemento religioso, entendiendo por tal la incidencia de conductas derivadas de creencias religiosas, o bien de convicciones no religiosas que posean una intensidad axiológica equiparable”.

¹⁷ *Ibidem*, p.117.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 139 ss.

¹⁹ Es ese doble reduccionismo del objeto material y del objeto formal lo que debilita la posición de MARTÍNEZ TORRÓN y no lo que le critica PALOMINO en “Contribuciones relativas a la ponencia “Objeto del Derecho eclesiástico”, en *Diálogo sobre el futuro de la ciencia del Derecho Eclesiástico en España*, Navarra Graficas Ediciones, Pamplona 2001, pp. 140 ss. No vale ni tomar la parte por el todo ni pretender elevar la anécdota excepcional a categoría. Ni siquiera en el nivel del comportamiento los conflictos conciencia-ley se pueden resolver siempre ofreciendo alternativas; pero es que además la convicción es mucho más que la condición de los comportamientos y el Derecho también protege o debe proteger eso anterior; las creencias no son sólo profesión sino también confesión y autopercepción de la identidad y de la diferencia y derecho a la libre formación de la conciencia (a lo largo de toda la vida) como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

²⁰ STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2.

sea más o menos fuerte, las ideas, e incluso las meras opiniones. Desde esta perspectiva interesa consecuentemente el distinto grado, tanto de su protección jurídica, más o menos reforzada (especial protección de los datos sensibles, de las garantías institucionales, de la privacidad sustraída a la acción normativa del Derecho o valor liberador de las objeciones de conciencia, etc.), como de sus límites, mayores o menores (la libertad ideológica o religiosa sólo tiene como límite el orden público tal como se define en el art. 3.1 de la LOLR, en tanto que la libertad de expresión y de cátedra, según el art. 20 CE, o de asociación, según el art. 22, tienen además otros), justamente en razón de esa mayor o menor vinculación con las creencias y, en última instancia con la conciencia de la propia identidad²¹.

Todavía en el primer caso caben varias posibilidades de *especialización*, según que se focalice la atención sobre una u otra de las manifestaciones de la misma y única libertad²². No podrá hablarse de autonomía científica, pero es perfectamente pensable la autonomía académica. Estaríamos entonces ante un *saber constitucionalista especializado*, en el estudio del derecho fundamental de libertad de creencias²³, siempre desde la misma perspectiva formal: la libertad de pensamiento. Si he entendido bien, en esta vía se sitúa últimamente SOUTO, abandonado su posición anterior.

Común a ambas posiciones es el objeto material, como ponen de relieve los títulos de sus obras. Lo que cambia es el objeto formal.

En la primera de ellas (1992) entiende que la perspectiva (objeto formal), ni teológica ni religiosa, “determinará el régimen jurídico de la proyección civil del fenómeno religioso en su triple dimensión. Estatal

²¹ El TC en la Sentencia 47/1985, de 27 de marzo de , FJ 1, p. 4, excluye de la protección jurídica reforzada *directa* del art. 16. 1 a la libertad de opinión a la que encuadra en el artículo 20 que dispensa, en principio una protección menor (está sometida a más limitaciones). La libertad de conciencia se residencia en el art. 16 y, en cambio, la libertad de pensamiento en el 20. Pero, aunque separables en tanto que objeto material del saber, en tanto que perspectivas, se pueden proyectar sobre los objetos materiales de ambos artículos. En el mismo sentido STC 20/1990, de 15 de febrero, FFJJ 2-5; STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 8; STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6.

²² SOUTO PAZ, J.A., *Comunidad.....*, cit., pp. 28-29. Justamente a libertad de creencias es” la primera libertad especializada”, “primaria y fundamental” “ ala que se reconducen” todas las demás libertades espirituales según la terminología francesa (p. 159).

²³ SUTO PAZ, J.A., *Comunidad política*, cit., pp. 12-13, 157-159.

(Estado confesional, separatista o laico); individual (libertad religiosa, o régimen de intolerancia o tolerancia) y social (tensión entre la ideología del poder y la ideología social, en la que tienen un especial protagonismo los grupos ideológicos, empresas ideológicas o de tendencia)²⁴. De ahí que consecuentemente haga suyos, sin apenas matización, los principios cimeros e informadores del Derecho eclesiástico, expresión acabada del objeto formal, de VILADRICH²⁵.

En el libro que publica unos años mas tarde²⁶, modifica esta posición. Ya en el título enuncia tanto el objeto formal como el material: en el título principal el objeto material, y en el subtítulo el objeto formal: las libertades públicas.

Según él, la libertad de creencias es la primera “libertad especializada”²⁷, de un lado y, de otro, “la centralidad de la libertad de creencias en el ámbito de las libertades públicas la convierte” “ en la primera de las llamadas libertades espirituales, de manera de la libertad de conciencia²⁸, la libertad de expresión, la libertad de educación o las libertades de asociación, reunión o manifestación son una simple proyección de la libertad ideológica o religiosa”. Se trata de “ libertades públicas especializadas”, pero, en última instancia “simples manifestaciones de la libertad”. “La libertad es única, pero, atendiendo a las diferentes actividades del ser humano, que pueden ser objeto de prohibición o limitación, surgen estas diferentes libertades especializadas, que no son autónomas sino expresión de la única libertad humana”²⁹. Esa parece ser la nueva perspectiva y el nuevo objeto formal que convierte al Derecho Eclesiástico del Estado en un “Derecho constitucional especial”

²⁴ *Derecho Eclesiástico del Estado. El Derecho de la libertad de ideas y creencias*. 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 46.

²⁵ *Ibidem*, pp. 81-94.

²⁶ *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

²⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁸ Concibe a la libertad de conciencia como incluida en la libertad ideológica y religiosa, pero no como posible perspectiva y objeto formal del estudio de ese único derecho: *Derecho Eclesiástico del Estado*, cit. pp.133 y ss.; *Comunidad política*, cit., pp. 297 y ss. Es más, parece identificarla con su concepción restringida y derivada, según la he calificado en otras ocasiones, como norma ética: *Comunidad política* pp. 258-260.

²⁹ *Ibidem*, pp. 28-29

2.2.- Nuestra propuesta: Objeto formal de la nueva disciplina

Desde luego siempre era posible limitar nuestro estudio a la educación religiosa, al matrimonio religioso y a las objeciones de conciencia por motivos religiosos; lo que, por un lado, daba por supuesto algo que habría que demostrar (que las creencias religiosas eran merecedoras de un tratamiento jurídico completamente especial reservado a ellas en cuanto religiosas) y, de otro, dado lo arbitrario de tal decisión, abocaba inexorablemente a un sistema que ni era decidible, ya que el ordenamiento en cuanto laico no podía aportar un criterio seguro delimitador de lo religioso y de lo no religioso ni, desde luego, era completo, al descoyuntar, sometiéndolas a regímenes jurídicos o a ciencias jurídicas diversas, las objeciones según que estuvieran motivadas por creencias religiosas o no religiosas. Eso sin tener en cuenta que ni la eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa ni la objeción de conciencia se enumeran entre los elementos integrantes del contenido esencial del derecho de libertad religiosa según la descripción del mismo en la LOLR (art. 2).

Desde la consideración de la libertad ideológica y la religiosa como elementos inseparables de uno y el mismo derecho, dos eran los posibles objetos formales armonizables con esa fórmula. 1ª) tal como seguramente la entendía su redactor, como fiel traducción de la fórmula italiana en el sentido en que era interpretada por la mayor parte de esa doctrina (el objeto material lo constituye el fenómeno religioso, especialmente la libertad religiosa y algunos sectores de la libertad ideológica como la enseñanza, la información o las objeciones de conciencia, de los que aparece como inseparable, desde la perspectiva (objeto formal) de la libertad religiosa y de su relevancia jurídica civil, que tiene como presupuesto la concepción del derecho de libertad religiosa como un género especial respecto de la libertad ideológica no religiosa; 2ª) como la entendía el sector más progresista de esa doctrina y, de forma generalizada la doctrina y jurisprudencia alemanas: la libertad religiosa, entendida en sentido amplio como libertad de cosmovisión, como objeto material y la libertad de pensamiento como su objeto formal.

La primera nos veíamos obligados a desecharla por dos razones. Primera por el tenor literal del art. 16. 1 que habla en singular de una sola libertad y el TC de un solo derecho. Segunda, porque ese texto constitucional equipara, desde el punto de vista de su tratamiento jurídico, no sólo a las asociaciones nucleadas en torno a unas determinadas creencias con independencia de si son o no religiosas, sino a ambos tipos de

creencias e ideas, religiosas y no religiosas, al igual que la Constitución de Weimar. Entendíamos que la segunda, por su parte, ponía en entredicho la autonomía científica del Derecho eclesiástico convirtiéndole en una parte del Derecho Constitucional (estudio de la libertad de creencias desde la misma perspectiva u objeto formal que la ciencia constitucionalista) y, en definitiva, en “Derecho constitucional especial”. Algo que, justo es decirlo, no necesariamente compromete su carácter de disciplina académica diferenciada, en razón de la especificidad de su objeto material y que, a parte de perfectamente legítima académica y científicamente, de conformidad con el principio de la tolerancia de CARNAP, abre un insospechado y prometedor campo a la investigación.

Nos pareció que lo más atractivo era ensayar, no sin tener en cuenta ambas, una vía nueva, aunque ello obligara a la arriesgada tarea de construir el sistema prácticamente desde cero.

Lo único claro de las directrices de los planes de estudio del 84 era la necesidad imperiosa de buscar una perspectiva (objeto formal) que permitiera aunar en el mismo sistema a temas tan distantes como la objeción, el matrimonio, la educación y la libertad religiosa o las relaciones del Estado con las confesiones y las normas relativas a unos y otros, aunque ello trajera como consecuencia inexorable la ampliación del objeto material.

Ese objeto formal lo encontrábamos sugerido, que no formulado, por la doctrina y la jurisprudencia alemanas (Tribunal Federal Constitucional), pero sin extraer sus consecuencias lógicas en el desarrollo del sistema, seguramente por el peso que en el Derecho eclesiástico alemán ha tenido la historia³⁰ y la configuración histórica de las grandes confesiones e Iglesias como corporaciones de Derecho público. La sugerencia era más clara aún en el sector más abierto de la doctrina italiana; se extraerán algunas de sus consecuencias como las más directamente conectadas con el derecho a la libre formación de la conciencia, pero sin intentar la construcción del sistema como tal desde esa nueva perspectiva.

El sistema alemán, a pesar de la equiparación, desde el punto de vista de su protección jurídica, entre confesiones religiosas y asociaciones filosóficas (lo que implica que lo único jurídicamente relevante para su régimen jurídico especial es que sean auténticas creencias, sean religiosas o

³⁰ SCHEUNER, U., “System der Beziehungen von Staat und Kirchen im Grundgesetz”, en *Handbuch...*, cit., p. 10.

no religiosas), y en el art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn a los correspondientes derechos individuales de libertad de cosmovisión religiosa y no religiosa, de hecho el Derecho Eclesiástico del Estado se limita, como consecuencia del peso de la historia, al estudio del régimen jurídico especial de las grandes confesiones religiosas que históricamente han sido corporaciones de Derecho público en sentido estricto (parte de la organización del Estado)³¹ y sólo como un añadido complementario las consecuencias del derecho de libertad religiosa y de cosmovisión para otros colectivos.

En todo caso, desde una perspectiva estrictamente constitucionalista que pone en entredicho la autonomía científica del Derecho Eclesiástico, ya que, de hecho, el *objeto material* es fundamentalmente la libertad de tener y profesar una fe, religiosa y no religiosa, las confesiones las asociaciones articuladas en torno a una cosmovisión no religiosa como corporaciones de Derecho público, de hecho o jurídicamente potenciales, y las relaciones del Estado con ellas, con excepciones que desvirtúan la posible decidibilidad del sistema, y la libertad de pensamiento su *objeto formal*³². No deja de ser significativo que, a pesar de su larga tradición³³, después de Weimar no encontremos auténticos tratados o manuales de Staatskirchenrechts hasta

³¹ Evidentemente esto compromete la laicidad como separación que implica la expulsión de las Iglesias del ámbito del Derecho público, inexistente en Alemania (CAMPENHAUSEN, A., "Der heutige Verfassungsstaat und die Religion", en *Handbuch...*, I, 2ª ed., 1994, pp. 73-74, de manera que STUTZ habla de una "separación coja" y propio CAMPENHAUSEN de "separación positiva". Tan esencial al Derecho eclesiástico del Estado alemán (Staatskirchenrecht), ese estatuto de las confesiones en el ámbito del Derecho público que, según SCHEUNER, en un modelo de separación como el francés o el estadounidense que las dejan fuera de ese ámbito, no se puede hablar en sentido propio de Staatskirchenrecht ("System der Beziehungen der Staat ein Kirchen im Grundgesetz" en *Handbuch...*, I, 1ª ed., 1974, p. 6).

³² Sobre la concepción del Staatskirchenrecht como parte especializada del Derecho constitucional cfr. BADURA, P., "Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts", en *Handbuch...*, cit., pp. 211-251, especialmente 211-214.

³³ Sobre la formación y evolución del Staatskirchenrecht cfr. SCHEUNER, U., "System der Beziehunggen von Staat und Kirchen im Grundgesetz", en *Handbuch*, I 1ª Ed. pp. 8-38; PIRSON, D., "Die Geislichen Wurzeln des deutschen Staatskirchenrecht", en *Handbuch...*, i, 2ª ed., 1994, pp.3-46; FRIDRICH, O., *Einführung in das Kirchenrecht*, Vandenhoeck. Ruprecht, Göttingen, 1961, pp. 51-222; WOLF, E., *Ordnung der Kirche. Lehr- und Handbuch des Kirchenrechts auf öekunnischer Basis*, Kolstermann, Frankfurt am Main, 1961, pp. 132-150, 370- 457. HECKEL, M., ...; ZABALZA, I. *Las confesiones religiosas en el Derecho eclesiástico alemán*, Box, Barcelona, 1986, pp. 3-69.

1974³⁴, y aún en este caso constituido por colaboraciones de cultivadores del Derecho Constitucional o en un sentido más amplio del Derecho público.

Mayores ventajas ofrecía el la doctrina italiana más progresista superadora de la concepción del Derecho eclesiástico como el estudio únicamente de la libertad religiosa, individual y colectiva. Según el sector más conservador de la doctrina la libertad religiosa sería, al mismo tiempo, objeto material y formal del Derecho eclesiástico. El sector más progresista, en cambio, recuperando la conexión con RUFINI y SCADUTO, abandona el institucionalismo, anclado en SANTI ROMANO y en los Acuerdos de Letrán, sustituyéndolo por el personalismo³⁵, de un lado y, de otro, ha intentado poner en relación el art. 21 (libertad de pensamiento) con el art. 19 (libertad religiosa), con ocasión de la discusión doctrinal a propósito de la inclusión o no del ateísmo dentro de la libertad religiosa del art. 19.

Hay quienes sostienen³⁶, sea más o menos aperturista su concepto de Derecho eclesiástico, que el ateísmo no puede considerarse subsumible ni regulado por el art. 21; lo que supone, en todo caso, un concepto restringido de la libertad de religión. Ni falta quien estima que el ateísmo carece de garantía constitucional³⁷.

³⁴ *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker-Humblot, Berlín, 1974. La segunda edición es de 1994. En ninguna de ellas encontramos un solo capítulo dedicado a las asociaciones nucleadas en torno a una cosmovisión no religiosa, ni como corporaciones de Derecho público ni como asociaciones de Derecho privado; sólo se dedica esa atención a las Iglesias y confesiones de uno y otro tipo.

³⁵ DE LUCCA, "Diritto Ecclesiastico e sentimento religioso", en AAVV *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. I, t. I, Milano Giuffrè, 1963, pp. 391 y ss., entroncando con RUFFINI, recupera la expresión *legislatio libertatis* para designar el objeto principal del Derecho eclesiástico y DEL GIUDICE (*Manuale di diritto ecclesiastico*), Giuffrè, Milano, 1964) se adhiere en versión moderna de SCADUTO: la concepción del Derecho Eclesiástico como el emanado directa o indirectamente del Estado

³⁶ CATALANO, G., *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 79; RAVÁ, A., *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 44; D'AVACK, P.A., "Libertà di coscienza, di culto e di propaganda", en *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 592-604.

³⁷ ORIGONE, A., "La libertà religiosa e l'ateismo", en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 417-419.

Entre quienes mantienen posiciones más aperturistas se dan dos versiones.

Unos³⁸ consideran, partiendo de una concepción amplia de la libertad de religión consideran que el artículo 19 protege también al ateísmo y a todo tipo de creencias aunque no sean religiosas y que el art. 21 es una especificación del 19. Convertirán a la libertad religiosa, entendida en sentido amplio comprensivo de todo tipo de creencias, en objeto formal del estudio de la libertad de pensamiento.

Otros³⁹, en cambio, invertirán la relación: la libertad religiosa del art. 19 es una especie de la libertad de pensamiento del art. 21. es la libertad de pensamiento del art. 21. Objeto material será el concepto de libertad de religión en sentido amplio incluida en la libertad de pensamiento pero ambas a su vez derivación de la libertad de conciencia y del derecho de afirmar la propia personalidad del art. 2⁴⁰ que se convierte así en el objeto formal.

Abandonando su posición anterior se acercaría a esta posición también BELLINI⁴¹, considerando al derecho de libertad de conciencia como principio supremo del ordenamiento que se proyecta sobre la libertad religiosa del art. 19 y de la libertad de pensamiento del art. 21.

La respuesta por la que hemos optado (la libertad de conciencia como objeto formal) no puede presumir de original. Han funcionado como sugerencia la elevación de esa libertad⁴², que incluye las creencias las ideas y las opiniones en la medida en que afecten a la persona entera⁴³, al rango de principio constitucional, integrado en el “bloque de constitucionalidad por el Consejo Constitucional francés en 1977, de un lado y, de otro, por la formulación del carácter nuclear de la conciencia y del derecho a su libre

³⁸ FEDELE, P., *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 187; BELLINI, P., “Nuova problematica de la libertà religiosa individuale nella società pluralistica”, en *Individuo, gruppi, confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 1973, pp 1095 y 1127.

³⁹ LARICCIA, S., *Conscienza e libertà*, Il Mulino, Bologna, 1989; Cardia, c., , “Religione, ateismo, analisi giuridica”, en *Individuo, gruppi...*, cit., p. 1179.

⁴⁰ LARICCIA, o.c., p. 102.

⁴¹ “L’ateismo nel sistema delle libertà fondamentali”, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 1985, pp. 85-100.

⁴² LANGERON, P., *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, Economica. Press Universitaires D’Aix-Marseille, 1986, p.111.

⁴³ El mismo, *Ibidem*, p. 128.

formación hecha por un sector minoritario de la doctrina italiana (BELLINI, CARDIA, LARICCIA), haciéndose implícitamente eco de una idea que ya había expresado RUFFINI⁴⁴. aunque no haya intentado el desarrollo sobre sus bases de un sistema pretendidamente completo de Derecho Eclesiástico del Estado, salvo, si acaso, el último autor citado⁴⁵.

2.3.- Objeto formal de la nueva disciplina

Para su formulación tomamos como punto de partida; 1) el principio al que apuntaban ambos ordenamientos, alemán e italiano, en su interpretación más progresista: sometimiento de las creencias religiosas al derecho común recibiendo el mismo trato que cualquier otra creencia; y 2) el principio de libertad de conciencia constitucionalizado por el ordenamiento jurídico francés y subrayado con especial énfasis por la doctrina italiana más puntera⁴⁶.

⁴⁴ En *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Fertinelli, Milano, 1901, p. 211, escribe lo siguiente: "*La religión no tiene el monopolio de la libertad de conciencia, la libertad de conciencia tiene un contenido más amplio que la libertad de religión, pero no puede existir libertad de religión sin libertad de conciencia*".

⁴⁵ Un intento similar en VITALE, A., *Corso di Diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, 1992.

⁴⁶ La concepción de Derecho Eclesiástico por la que me inclino no es una novedad original, sino algo que fluye con naturalidad de la evolución histórica en contra de lo que algunos piensan (PALOMINO, R., "Observaciones...", cit., pp. 135 ss). En los primeros precedentes del Derecho Eclesiástico del Estado (nomocanes y capitulares carolingios) se confunden el fundamento de obligar y el ámbito de proyección de ambos ordenamientos (fuero interno y fuero externo) con la consiguiente confusión entre delito y pecado (la herejía es ambas cosas). Es más, con la reforma protestante que es la base de la consolidación de este derecho, como ordenamiento primero y como disciplina científica después, las normas del príncipe secular sobre materias eclesásticas (inicialmente *iura in sacra* y *iura circa sacra*) tienen como fundamento la cualidad del príncipe como Obispo de Urgencia o como titular del Summo episcopado de manera que obligan en ambos fueros (también en conciencia que es en última instancia su destinataria), dado su fundamento. El Estado va reduciendo su ámbito de decisión, reconociendo la autonomía de las confesiones, en pro de un progresivo acrecentamiento de la libertad de conciencia de las personas singulares que primero se libera de las ataduras del Derecho del Estado y , a partir de la ilustración, de las de la Iglesia en la misma medida en que el proceso de secularización conduce a una separación cada vez más nítida entre ambos y entre sus respectivos derechos haciendo posible la recuperación por uno y otro de su identidad propia. La Historia del Derecho Eclesiástico del Estado es la historia de la libertad de las conciencia respecto del Estado y respecto de las Confesiones religiosas, asumiendo el Estado la función de garante de esa libertad.

En cuanto perspectiva y objeto formal la libertad de conciencia que se distingue no solamente de la libertad de pensamiento, sino también de la libertad ideológica y de la religiosa, de cada una de ellas y de ambas juntas⁴⁷. Como veremos más adelante, desde ella la perspectiva será la libertad más radical, el derecho de cada persona singular a desarrollarse libremente para la libertad y la tolerancia, de acuerdo con su percepción de sí mismo, de lo demás y de lo demás, su derecho a la propia identidad interioridad (intimidad), exterioridad corporal (propia imagen) y coherencia entre ellas (honor) y a la diferencia, con las consecuentes consecuencias par los grupos en los que se integra.

Lo que había que explicar era la protección jurídica reforzada que recibían las creencias y en función de ellas las ideas o incluso las meras opiniones o el especial reforzamiento de los límites de la libertad de información, expresión y asociación a menos que fueran su contenido creencias (la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1). No bastaba describir el hecho de que reciban un tratamiento jurídico especial, ni siquiera que ese tratamiento sea igual, tanto si son religiosas como si no, o que se traduzca en una protección jurídica reforzada. Es preciso explicar el por qué y mostrar que ese *por qué* es el mismo en todos los casos y cuáles son las exigencias de futuro derivadas del papel de información positiva, no sólo de límite del Derecho secular, que le corresponde a la conciencia en terrenos tales como las libertades de información y expresión, la educación y la libertad de enseñanza, la privacidad, etc., sorteando en todo caso los riesgos de confusión con los Derechos confesionales.

Esta elección no ha sido arbitraria. Nos hemos apoyado en la doctrina de nuestro TC.

En una sentencia de 1985 el Tribunal Constitucional considera que *libertad de pensamiento y libertad de conciencia* son dos *modalidades* del derecho único consagrado en la expresión *libertad ideológica y religiosa* del art. 16 1 CE.

Es preciso destacar tres cosas en esta doctrina:

1) El derecho de libertad de conciencia está implícitamente consagrado en el art. 16 y de él forma parte el derecho a la libre formación de la conciencia;

⁴⁷ GONZALEZ ENCINAR, J., en *Prólogo* a ESCOBAR ROCA, G., *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 31.

2) La libertad ideológica, religiosa y de culto son consideradas por el TC como no como dos derechos, sino como un mismo derecho;

3) Lo que es *modalidad* desde el punto de vista del *objeto* se convierte en *perspectiva* y, por tanto, en *objeto formal* desde el punto de vista del *observador*. De manera que un mismo objeto material (la libertad ideológica y la religiosa contenida en ella) era susceptible de ser estudiada al menos desde dos perspectivas jurídicas diferentes: como libertad de pensamiento y como libertad de conciencia.

Naturalmente es perfectamente legítimo, metodológicamente hablando, optar por cualquiera de esas vías. En ningún caso queda comprometida la autonomía académica de la disciplina ni su carácter científico o la eficacia científica del trabajo de investigación: El Derecho Eclesiástico del Estado será una especialidad del Derecho constitucional, en el primer caso, fertilizando un campo que los constitucionalistas habitualmente no transitan; una disciplina científicamente autónoma en el segundo.

1) Al primero le interesan por igual la libertad de creencias de ideas y de meras opiniones y su libre expresión: al segundo le interesa fundamentalmente las creencias, en origen las que son expresión de la propia identidad personal (núcleo duro de la conciencia), y sólo en la medida que les afecten o estén más o menos unidas indisolublemente a ellas, las ideas e incluso las meras opiniones.

2) Cae fuera de la órbita del primero el derecho a la libre formación de la conciencia como expresión nuclear del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, constituye, en cambio el foco de interés primario y original del segundo;

3) El primero se contenta con describir y, en todo caso, explicar las razones próximas de una hipotética *protección jurídica reforzada* de las creencias y por relación a ellas de las ideas o de las opiniones, pero no la razón última que es la conciencia singular de la persona y ese derecho básico que es el derecho al libre desarrollo de su personalidad;

4) Al primero le interesan las libertades de expresión (de creencias, ideas u opiniones), fundamentalmente en tanto que *derechos del emisor* y si acaso desde las perspectiva del *receptor como comunidad* sujeto de opinión pública; al segundo le interesan en todos esos casos y además, en última instancia, desde la *perspectiva de la persona singular como sujeto receptor*

y de la incidencia del ejercicio de esas libertades de expresión en la *formación libre de su conciencia*⁴⁸.

Probablemente no quiera decir nada diferente HÄBERLE⁴⁹ cuando afirma que el de libertad de conciencia es la raíz y fundamento de todos los demás derechos fundamentales en su doble condición de derechos subjetivos y de garantías institucionales.

Creemos que esta perspectiva es más directa y acusadamente personalista ya que subraya la titularidad de la persona singular al situar al derecho de libertad de conciencia como fundamento y fuente de todos los demás derechos y libertades fundamentales.

Es al mismo tiempo una perspectiva más especializada, y que, sin embargo, desde esa especialización alcanza ámbitos que quedan fuera de la proyección de las otras.

Estas fueron algunas de las consideraciones que nos llevaron a elegir el derecho de libertad de conciencia como perspectiva y objeto formal de la hasta ahora llamada ciencia eclesiasticista.

1º) Porque desde ella podían formularse unos primeros principios suficientes para explicar sin contradicción todo el campo relativo a la protección jurídica, derecho común o Derecho especial, de las creencias, ideas y opiniones, de su libre formación y de su expresión, tanto desde el punto de vista individual como desde el colectivo (derechos de reunión y asociación), con palabras y conductas.

⁴⁸ Al *Derecho de la libertad de conciencia* le interesa primordialmente el derecho a la libre formación de la conciencia y, por tanto, el derecho sobre la propia identidad y sus componentes, la corporeidad y la interioridad y la correspondencia entre ambas; los derechos a la educación, a la cultura y a la información y, por referencia a ellos el régimen jurídico especial (protección jurídica reforzada o reforzamiento de sus límites) de las libertades de enseñanza y expresión o de autor; el derecho de asociación por razones ideológicas, étnicas, religiosas o culturales, en tanto que manifestación del derecho de los grupos a la identidad y a la diferencia, en particular si son minorías, en cuanto que como tales son merecedoras de un régimen jurídico especial y de un tratamiento especial por parte del Estado (participación de los grupos en las decisiones de éste que les afecten o cooperación del Estado con ellos), laico, neutral y diferenciado de las creencias de la sociedad, y de su Derecho. Sólo eso; pero tampoco menos. El objeto formal es el criterio de decidibilidad del sistema.

⁴⁹ *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 1997, p. 65.

2º) Desde aquí podía recibir también respuesta satisfactoria la pregunta por la razón de que la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad de asociación del art. 22 CE tenga limitaciones mayores que la libertades de expresión o asociación de las creencias, que no tiene más límite que el orden público al decir del art. 16 en su número 1.

3º) Desde esa nueva perspectiva podía explicarse coherentemente con el resto del sistema la necesidad de la coherencia entre conciencia y conducta externa como base de la autoestima y de derechos tales como el derecho a la propia imagen (exterioridad de la persona, incluido el derecho sobre el propio cuerpo) como a la intimidad (interioridad) y al honor (coherencia entre interioridad y exterioridad).

4º) Es más, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad o derecho a la libre formación de la conciencia está el fundamento de derecho tales como el derecho a la integridad física y moral⁵⁰ e, incluso, a la misma vida o el derecho a una zona de privacidad sustraída a la acción del Derecho.

5º) Si a todo lo anterior añadimos la inseparabilidad entre libertad de conciencia y laicidad como cualidad del Estado, dado que esta última es conditio *sine qua non* de la primera, tendremos la cláusula de cierre del sistema.

6º) Probablemente la libertad de conciencia sea el último cobijo que a la persona le quede frente al vendaval de la globalización o mundialización como prefieren decir otros. Si, fiel a su razón última de ser, el Derecho quiere evitar eficazmente efectos posibles de esa recuperación de la unidad (recuérdese el viejo ideal medieval de la *reductio ad unum*) tan perniciosos como es el pensamiento único, si quiere que esa vuelta a la unidad tenga lugar sin la pérdida de conquistas históricas tan costosas como el pluralismo, la tolerancia y los derechos a la diferencia y a la singularidad, estamos convencidos de que sólo lo conseguirá si convierte al derecho de libertad de conciencia en gozne y columna vertebral de su acción.

⁵⁰ GONZALEZ ENCINAR, J., Prólogo a ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia...*, cit., pp. 31-32.

III.- EL SISTEMA

Elegida la perspectiva, el segundo paso que había que dar era la construcción del sistema científico en el que aparecieran integradas y lógicamente ordenadas todas y solas las proposiciones del sistema.

Seguramente a ustedes pueda parecerles que cuanto diga a continuación no pasan de ser meras obviedades de sobra conocidas. Debo confesar, por mi parte, que, al intentar afrontar el reto de 1984, descubrí con sorpresa que mis ideas sobre estos temas no eran tan claras como yo creía a pesar de que ya antes había hecho incursiones detenidas en este campo en la elaboración de lo que luego se quedó en mero proyecto de tesis doctoral.

Cuando me acerqué al estudio del Derecho canónico, me encontré con un sistema hecho, si se quiere permanentemente revisable, pero para mí el sistema canónico era un dato con el que necesariamente había de contar para hacer científicamente eficaz mi trabajo de investigación, sin necesidad de cuestionarme nunca conscientemente el sistema mismo. Me imagino que lo mismo les habrá ocurrido a todos ustedes, a cada uno en el campo de investigación jurídico concreto elegido.

3.1.- Sistema, ordenamiento jurídico y ciencia jurídica

El sistema al que nos vamos a referir está constituido por proposiciones enunciativas del tipo x es K de las que siempre es posible decir que son verdaderas o falsas, articuladas entre sí por las reglas de la lógica general bajo los principios de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, y reglas tales como las de implicación y deducción, unívocas o biunívocas, etc.

Es este un modelo de sistema perfectamente aplicable a las ciencias que se constituyen a base de ese tipo de frases y proposiciones, la pregunta es si se puede aplicar también a otros saberes como el jurídico en el que se mezclan frases enunciativas con frases del deber ser.

El problema abordado por no pocos juristas, entiendo que encontró su máxima clarificación en la polémica epistolar mantenida por KELSEN y KLUG⁵¹.

⁵¹ Sobre esto véase *Norma jurídica y análisis lógico. Prólogo de BULYGIN*. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1988.

Si algo puso en claro esa polémica como conclusión en la que ambos interlocutores están de acuerdo es esta: La pregunta inicial no recibe la misma respuesta si estamos hablando del sistema con referencia a la ciencia jurídica que si lo hacemos respecto del ordenamiento. Respecto a este último, que es expresión de un determinado saber, es preciso afirmar 1º) que en cuanto jurídico está constituido por frases imperativas (afirmativas o negativas) de las que no se puede decir que sean verdaderas o falsas pero sí que son o no validas, ordenadas de conformidad con las reglas de la lógica general allí donde no estén suplantadas por la lógica jurídica especial, y 2º) que goza de las mismas características que cualquier otro sistema: es decidible (siempre es posible saber si una proposición pertenece o no a él y si es o no válida), congruente aporta criterios propios de superación de las contradicciones como los principios de jerarquía, competencia o especialidad (material, espacial, personal, etc.) y, finalmente, completo (aporta los criterios que permiten llenar las lagunas: interpretación e integración)⁵².

Respecto a la Ciencia jurídica hay que decir que estamos ante un sistema constituido por frases enunciativas (tal conducta es obligatoria o está prohibida) ordenadas fielmente con arreglo a la lógica general, poniendo entre otras cosas al descubierto, las reglas especiales de la lógica jurídica como lógica especial. Porque ese es uno de los objetivos fundamentales de la ciencia jurídica poner al descubierto el sistema al que responde el ordenamiento: sus definiciones, sus primeros principios y sus reglas de formación.

3.2.- Objeto material, objeto formal y sistema

Utilizo el término sistema en su sentido más riguroso como la ordenación lógica de todas las proposiciones referidas al saber sobre un determinado parcela de la realidad (física, teológica, jurídica, etc.) (*objeto material*), desde una determinada perspectiva (*objeto formal*), en forma piramidal de lo más concreto a lo más general y abstracto, de manera que desde el menor número posible de proposiciones cimeras (*primeros principios*), podamos dar cuenta y razón de todas las del conjunta y de las relaciones lógicas entre ellas.

⁵² Véase sobre esto GARCÍA MAYNEZ, *Introducción a la lógica jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1951 y BOBBIO, N., *Teoria dell ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960.

No se trata de un puro juego sin más interés que la diversión y la lucha contra el aburrimiento. El sistema así concebido es la herramienta metodológica fundamental para hacer posible el avance del conocimiento científico.

Porque sólo así ordenadas las proposiciones más concretas que expresan un determinado saber, están permanentemente en condiciones de *contrastabilidad*⁵³ para ser *verificadas*, si es que es posible la verificación, o, la menos, para ser *falsadas*⁵⁴, de un lado. Y de otro, para de inmediato, detectar en qué medida se ven afectadas otras más generales, incluidos los primeros principios por esa verificación o falsación, obligando a su revisión.

Se trata de una teoría o hipótesis de trabajo para poder dar cuenta de la realidad o de una determinada parcela de ella (objeto material). La red que, una y otra vez, con mallas cada vez más finas⁵⁵, lanzamos a esa realidad para apresar sus elementos.

El sistema en este sentido es algo diferente y no debe confundirse con las llamadas técnicas metodológicas (gramatical, sistemática, histórica, teleológica, sociológica, de Derecho comparado, etc.) que forman parte del sistema, tal como le hemos descrito, como instrumentos de contrastabilidad.

Serán necesarias además dos cosas más para garantizar la *intersubjetividad* del saber: 1ª) que las *Reglas de construcción del sistema* (lógica general y lógica especial si la hubiere) sean compartidas y conocidas por todos los investigadores de un mismo campo y 2ª) que exista una explicación previa clara y unívoca del lenguaje que se va a utilizar (*Definiciones*) que siempre será un lenguaje convencional que no siempre coincidirá con el de la calle aunque tenga en él su punto de arranque.

Elementos básicos, pues, del sistema son las *Definiciones*, los primeros *Principios* que deberán ser al mismo tiempo *los menos posibles*

⁵³ Sobre la contrastabilidad e intersubjetividad como características a las que deben responder las proposiciones para merecer el calificativo de científicas BOCHENSKI, *Los métodos actuales del pensamiento*, 2ª ed., Rialp, Madrid, 1958, pp. 119 ss.

⁵⁴ POPER, K., *La lógica de la Investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962, prefiere el término falsabilidad por entender que es lo único que puede quedar demostrado de un modo definitivo; la verificabilidad en cambio solo es predicable con el añadido "hasta ahora" (pp. 39 ss. Y 75-106).

⁵⁵ La imagen es de POPER, op. cit., p. 57.

pero, en todo caso, los *necesarios* para explicar la totalidad de las proposiciones integradas en el conjunto y, al mismo tiempo, totalmente *independientes* los unos de los otros y, finalmente, las *Reglas de formación y desarrollo* del sistema.

Sólo un sistema así construido y desarrollado garantiza la *decidibilidad*, la *congruencia o no contradicción* y la *integridad o complectitud, sin las que no es posible el progreso de la investigación científica*.

En efecto, el sistema para ser un instrumento metodológico eficaz debe ser a un tiempo: 1º) *decidible*, aportando los criterios que permitan a cualquier investigador decir si una proposición pertenece o no al sistema, de un lado, y de otro si es válida o no dentro del sistema; 2º) *congruente*, aportando los criterios que permitan eliminar o superar las contradicciones entre diversas proposiciones del sistema, y 3º) *completo*, dando respuesta a todas las cuestiones que se planteen dentro del universo de ese determinado saber o aportando los criterios que permitan construir esa respuesta cuando se detecte un vacío o laguna.

De otra parte, la ordenación lógica de las proposiciones del sistema solo es posible desde una única perspectiva como objeto formal.

No olvidemos que la tarea de la ciencia jurídica, de la ciencia eclesiasticista en este caso, no es otra que poner al descubierto el sistema constituido por el ordenamiento y las relaciones internas de sus proposiciones, tanto las que obedecen a las reglas de la lógica general como las que responden a una lógica modal especial.

La falsilla que vamos a utilizar en ese análisis viene constituida por estos tres elementos fundamentales del sistema: categorías y conceptos básicos; principios informadores en cuanto expresión de la perspectiva (objeto formal) utilizada para el estudio y finalmente las reglas de formación del sistema: fuentes (Ley, costumbre, principios generales del Derecho y jurisprudencia) y las reglas de interpretación e integración.

3.3- Definiciones.

Hemos tenido que fijar muy pocas definiciones y lo hemos hecho razonadamente no arbitrariamente: las definiciones de *conciencia* y de *laicidad* y por referencia a ellas las de los distintos modelos de Estado (confesional, laico y laicista), los tipos de relación subyacentes (exclusividad, identidad, utilidad y neutralidad), y las técnicas de relación

entre ordenamientos (remisión material y formal, reconocimiento de efectos y presupuesto). Por lo demás, las categorías jurídicas fundamentales del Derecho Eclesiástico no son diferentes de las utilizadas por otras ramas del ordenamiento jurídico.

Me detendré únicamente en las dos primeras.

3.3.1.- En el lenguaje ordinario el término *conciencia* se utiliza en dos sentidos diferentes. Decir de alguien que “no tiene conciencia” puede significar que es un amoral o un inmoral, un desalmado, en fin, o que no es consciente de algo, y, en último término, que no es consciente de sí mismo y de su entorno (lo otro y los otros), como cuando se dice de alguien que ha entrado en coma.

Ambos significados están recogidos en el Diccionario de la Real Academia Española, aunque eso sí ordenados. Como primer significado se alude a la capacidad para percibirse a sí mismo, sus capacidades, y sus modificaciones (historia), algo que presupone la percepción de lo otro y de los otros como diferente y de las relaciones con ellos, y sólo en segundo lugar se alude al significado de “conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar”.

Esta ordenación de significados, en la que coinciden otros diccionarios, como el de MARÍA MOLINER y el ideológico de CASARES, obedece a una razón lógica y de sentido común. La segunda percepción es consecuencia de la primera. En ella se fundan tanto la ética heterónoma como la ética autónoma.

Pues bien, la capacidad primera es la capacidad para el libre desarrollo de la personalidad y consecuentemente de la formación de la conciencia. Ese ha de ser el referente básico del Derecho.

Contenido de la conciencia fruto de ese desarrollo son las convicciones o creencias, las ideas y opiniones, con fluido tránsito de unas a otras⁵⁶ con la duda de por medio⁵⁷, que van consolidándose como parte de la propia identidad histórica, sin que exista distinción alguna, entre las no religiosas y las religiosas, porque todas ellas afectan del mismo modo a la

⁵⁶ Cfr. Nuestro libro *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 13-14.

⁵⁷ ORTEGA Y GASSET, *Ideas y creencias*, 5ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1951, pp. 29-33.

persona. Como decía ORTEGA⁵⁸ las creencias son el terreno sobre el que caminamos sin caer en el abismo.

3.3.2.- Laicidad

Aunque en la doctrina francesa hoy se consideran términos nitidamente diferenciados *laicidad* y *laicismo*⁵⁹ y los adjetivos correspondiente *laico* y *laicista*, no siempre ha sido así y todavía esa distinción no está tan clara en nuestra doctrina ni desde luego en el lenguaje de la calle. De ahí la necesidad de acotar su significado.

Si tomamos como perspectiva la valoración que haga el Estado o los poderes públicos de las creencias religiosas de sus ciudadanos y de las actividades religiosas en orden a la consecución de sus propios objetivos, hay teóricamente tres posibilidades: juicio de valor favorable, desfavorable o neutral. En el primero estaremos ante lo que se llama la confesionalidad, el laicismo en el segundo y la laicidad en el tercero.

Característica diferencia de la laicidad es la neutralidad y como condición de ellas la separación de lo religioso de los poderes e instituciones públicas y de su acción o de los motivos de la misma.

Claro está, como consecuencia de nuestra definición de la libertad de conciencia tendremos que extender esa actitud de neutralidad al campo de cualquier tipo de creencias conectadas con el núcleo duro de la conciencia o de la percepción de la propia identidad y, por tanto habrá que extender en ese sentido el concepto de laicidad como neutralidad religiosa, ética y cultural. En estos dos casos con un límite: la ética común denominador de una sociedad consagrada por su Derecho (Derechos Humanos, p.e.) y los valores que forman parte de su identidad como Estado social y democrático de Derecho.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 22 y 32.

⁵⁹ En la doctrina francesa el término *laicismo* se utiliza en dos sentidos bien disintintos: como *proceso* y como *resultado* de ese proceso. El mismo proceso histórico puede dar lugar a dos tipos de Estado: *laico* y *laicista*. En el primer caso se habla de *laicidad*. En el segundo de *laicismo* como resultado. Es en este sentido como cualidad definitoria del Estado laicista en el que nosotros lo utilizamos.

3.4.- Primeros principios⁶⁰

Con este punto de partida, que daba respuesta al problema de cohesión de temas tan dispares como educación matrimonio, objeción de conciencia y libertad religiosa, estudiados desde la misma perspectiva, parece posible formular como expresión del objeto formal⁶¹ los principios cimeros de nuestro ordenamiento como sistema: cuatro principales y dos subordinados, aunque todos ellos jurídicamente independientes puesto que la eficacia vinculante de ninguno de ellos está fundada en ninguno de los otros; todos cuentan con un precepto constitucional que los consagra:

1) Personalismo: dignidad de la persona humana como persona capaz de decidir en libertad que tiene como derecho básico el derecho al libre desarrollo de su personalidad, objetivo al que debe estar subordinada y sin la que es imposible la convivencia ordenada y pacífica en comunidad (art. 10.1).

2) Libertad de conciencia (art. 16.1). Como ya hemos subrayado anteriormente, como principio expresión nuclear del objeto formal de ese sector de la ciencia jurídica, la libertad de conciencia no es un concepto que se identifique ni con la libertad religiosa ni con la ideológica ni que incluya a ambas, sino una perspectiva que se proyecta sobre todo ese único derecho y única libertad y desde la que va a estudiarse ese objeto material.

3) Igualdad en la libertad; efectiva y sin discriminación ni negativa ni positiva (Art. 14 en relación con el 9.2), si tenemos en cuenta, de acuerdo con el 10.2, que el Comité de Derechos Humanos ha entendido a propósito

⁶⁰ LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia. Hl Libertad de conciencia y laicidad*. Chivitas, Madrid, 1997, pp.222-270.

⁶¹ Dado este papel clave de los principios en el sistema y la inseparabilidad de ciencia y sistema, no se entiende la actitud desdeñosa, más armonizable con la frivolidad que con el rigor científico de IBAN o de GONZALEZ DEL VALLE. Recomiendo la lectura de la extensa nota n 2 de las pp. 120-121 de su *Derecho Eclesiástico Español*, ya citado, para caer en la cuenta de lo que acabo de decir. O las palabras de IBAN que bien merecen reproducirse por la ínfima autoestima del eclesiasticista que las escribe: a la afirmación de que el área de Derecho eclesiástico es un "invento" (*Normativa del Derecho Eclesiástico del Estado*, ADEE, vol. IX, 1995, p. 150) añadirá luego "si separamos del Derecho Eclesiástico lo que hay de civil, fiscal, penal, administrativo, etc., nos quedarían sólo los principios; esto es: literatura" (*Prólogo* a ROSELL GRANADOS, J., *Religión y jurisprudencia penal*. Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.11). Sólo la osadía nacida de la vacuidad intelectual puede explicar afirmaciones tan dogmáticas y descalificadoras.

del art. 26 del PIDCP que discriminación significa “toda distinción, exclusión, restricción o *preferencia*”⁶².

4) Pluralismo y Tolerancia, como cara y envés de la misma moneda (art. 1.1). El primero es fundamento del sistema democrático y resultado del ejercicio de la libertad ideológica y religiosa consagrada en el art. 16.1 como ha dicho el Tribunal constitucional⁶³. La segunda, tanto vertical (del poder hacia los ciudadanos) y horizontal (norma de convivencia en el respeto a lo demás aunque sean diferentes), no es más que una condición inseparable del primero.

5) Laicidad (art. 16.3, pár. 1)⁶⁴. EL Tribunal Constitucional ha introducido en su terminología esta palabra asignándole el calificativo “positiva” para poner de relieve su compatibilidad con la cooperación siempre que queden a salvo o, si se quiere, con el límite de sus dos elementos constitutivos: neutralidad y separación⁶⁵. En todo caso, queda vedada la confusión entre los religioso y lo político.

Y como dos orientaciones inversas de la solidaridad y del comunitarismo, difícilmente separables una de otra y que la cooperación es una forma de cooperación y la cooperación una forma de participación, activa o pasiva:

6) Cooperación (16.3, pár. 2 en relación con el 9.2). La mayoría de los eclesiasticistas españoles han pretendido ver en la cooperación de que habla el art. 16.3 algo distinto de la cooperación de la que habla el 9.2: la necesaria para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Recientemente el TC ha identificado ambas cooperaciones⁶⁶, con lo que ha dejado sin fundamento constitucional la interpretación interesada de la

⁶² Comentario General nº 18.

⁶³ STC de 15 de febrero de 1990, FJ 3, pár. 1.

⁶⁴ Según la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, pár. 2, in fine, “el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre y 177/1996, de 11 de November), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o *laicidad positiva* que “veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales” (STC 177/1999)”.

⁶⁵ SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, FFJJ 1-4; 24/1982, de 13 de mayo, FJ1, pár. 1.

⁶⁶ STC de 15 de febrero de 2001, FJ 6, b) y FJ 9, pár. 1.

cooperación como coartada para justificar la desigualdad, la discriminación y el privilegio.

7) Participación (art. 9.2). Que la constitución configura como el objetivo al que se dirige el mandato de cooperación. Se ordena la cooperación para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (fin próximo) pero con otro objetivo último: “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2), tanto en el proceso de producción (participación activa) de bienes (políticos, económicos, sociales y culturales), como en su disfrute (participación pasiva).

La ordenación responde únicamente a criterios lógicos, en ningún caso a criterios de jerarquización jurídica. En cualquier caso, lo que da sentido a estos principios es la conciencia personal y la subsiguiente equiparación de creencias religiosas y creencias no religiosas obliga, de un lado, a una ampliación secularizadora del concepto de laicidad y, de otro, a subsumir de la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas en la categoría general de cooperación, y de la participación de las confesiones en la participación general con los límites impuestos, en ambos casos, por la laicidad.

Ambos principios tiene su fundamento lógico en los principios personalista y de libertad de conciencia en la igualdad y su límite jurídico en la laicidad.

3.5.- Reglas de formación y desarrollo del sistema

3.5.1.- Reglas de formación⁶⁷.

La reglas de formación a las que responden el Derecho Eclesiástico del Estado y la ciencia jurídica eclesiasticista son las mismas del Ordenamiento y de la Ciencia jurídica en general. Reglas de interpretación e integración en el primer caso y técnicas metodológicas, histórica, sistemática (que hay que distinguir del sistema en cuanto tal), teleológica, sociológica o de Derecho comparado.

Se trata de técnicas al servicio de la formación y, sobre todo, del desarrollo del sistema. Es más, forman parte del sistema. Son los mecanismos que hay que utilizar para la contrastabilidad que hacen posible

⁶⁷ LLAMAZARES, d., *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, cit., pp. 273 ss.

la verificabilidad o falsabilidad de la ciencia jurídica, y, en su caso, la validación o invalidación de las normas del ordenamiento.

3.5.2.- Desarrollo del sistema⁶⁸.

Con las definiciones dadas, desde esos principios que hemos formulado como cimeros y con ayuda de las reglas de formación y desarrollo es posible ya dar respuesta a los temas sobre la igualdad de tratamiento jurídico entre creencias religiosas y creencias no religiosas y a las razones de su tratamiento jurídico especial en cuanto creencias (protección o limitación jurídica reforzada) desde la perspectiva no sólo de la conciencia del sujeto emisor sino en última instancia fundamentalmente de la del destinatario receptor.

Esta será la perspectiva desde la que se intentará dar respuesta a las cuestiones sobre la protección jurídica especial de algunos derechos fundamentales y ese será el criterio de referencia para solucionar los problemas de colisión entre ellos:

1) Derecho a la identidad personal y a la diferencia como parte integrante de la identidad en sus dos componentes, interioridad (intimidad, datos sensibles, esfera de la privacidad sustraída a la acción imperativa del derecho), exterioridad o corporeidad (derecho a la propia imagen, no sólo como reproducción fotomecánica, sino su base misma la corporeidad) y la correspondencia entre ellas (honor y objeciones de conciencia).

2) Derecho a la libre formación de la conciencia extrayendo todas las consecuencias, con la exclusión de cualquier influencia externa que pueda lesionar esa libertad y el libre desarrollo de la personalidad, especialmente en el ejercicio de libertades tales como las de enseñanza (también la de la religión) o expresión, no sólo como ejercicio de esas libertades por el emisor sino fundamentalmente desde la perspectiva del receptor, y, por tanto, como libertades instrumentales al servicio de los derechos a la educación y a la información respectivamente. En el derecho de libertad de conciencia está el fundamento del reforzamiento tanto del derecho de libertad de expresión (docente, periodista o autor), sino también el de los límites del ejercicio de ese derecho.

3) Del derecho de asociación como cauce del ejercicio colectivo de ese derecho y consecuentemente de los derechos reconocidos a los grupos

⁶⁸ Un ensayo en LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia. II Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Civitas, Madrid, 1999.

en que se integran las personas individuales para ese ejercicio. Desde esta nueva perspectiva será posible hacer una nueva lectura de las normas relativas a las asociaciones religiosas y filosóficas, siempre que carezcan de ánimo de lucro, nucleadas en torno a unas determinadas creencias, así como de las fundaciones a su servicio, desde una doble perspectiva: como cauces de actividades voluntarias (institución del voluntariado) de sus miembros que responden al cumplimiento de mandatos en conciencia y como productoras de cultura capaz de influir en la formación de las conciencias de sus miembros y de los demás. Es desde ese punto de vista desde el que se puede replantear su estatuto jurídico (personalidad jurídica, posibilidad y conveniencia de que el Estado coopere con ellas mediante subvenciones públicas, exenciones fiscales, o una especial protección penal y alcance de su derecho de participación).

4) El derecho a la propia identidad y a la diferencia es un derecho del que son titulares no sólo los individuos sino también las comunidades. Algo que tiene especial aplicación a las minorías, étnicas, lingüistas, religiosas, de costumbres o tradiciones e historia comunes. Creemos que también estos derechos de las minorías pueden encontrar respuesta más satisfactoria si son repensados desde la perspectiva que ofrece el derecho de libertad de conciencia.

3.5.3.- Referentes de contrastabilidad de las proposiciones (normas) del sistema.

Dos son los parámetros referenciales últimos: el *dato constitucional* y el *dato sociológico*, teniendo en cuenta que el segundo en permanente cambio y evolución, constantemente está planteando nuevas preguntas al primero. El dato constitucional que deberá dar respuesta siempre a esos nuevos problemas lo fija la jurisprudencia constitucional. El dato sociológico en cuanto criterio de contrastabilidad de la adecuación de la norma para resolver con justicia (igualdad en la libertad) los problemas reales, lo aporta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (doble sentencia conforme) en cuanto aunador de los criterios jurisprudenciales de los Tribunales inferiores.

Pero el sistema no se agota en esos parámetros internos. De un lado, el art. 10.2 remite para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales a los tratados internacionales sobre esas materias que haya ratificado España y, al mismo tiempo, esos tratados forman parte del ordenamiento jurídico interno. Uno de los criterios de contrastabilidad obligado serán esos tratados internacionales y la

jurisprudencia de los órganos correspondientes, de conciliación amistosa (Comité y Comisión de Derechos Humanos) o propiamente jurisdiccionales (TEDH).

De otro, el ordenamiento español está ya integrado en el ordenamiento de la Unión Europea a la que ha transferido muchas competencias y en la aplicación de cuyo Derecho funcionan como principios generales los Derechos Humanos “tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales” y “tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”⁶⁹.

Lo primero nos obliga a tener en cuenta la legislación de la Unión y la jurisprudencia tanto del TEDH como la del TJUE (antes TJCC). Lo segundo convierte en obligado el estudio de los países miembros de la Unión para poder detectar cuáles son esas tradiciones constitucionales comunes entendidas en sentido, no estático sino dinámico, más como proceso que como resultado, para poder detectar las posibles líneas de convergencia en la evolución constitucional de todos esos países y el punto final hacia el que se dirige esa evolución que podría llegar a convertirse en norma obligatoria para todos ellos, bien por vía legal o por vía jurisprudencial⁷⁰. La metodología comparatista en el estudio de esos ordenamientos se convierte así en obligada y lo mismo hay que decir del estudio de ese proceso evolutivo o, lo que es lo mismo, del recurso al estudio de la historia, para en un segundo momento hacer la comparación. El método dogmático. Estudio del sistema vigente, reclama tanto el método histórico como el comparatista que se completan y reclaman, a su vez, mutuamente.

La existencia de una legislación Universal de Derechos Humanos, aunque su control jurisdiccional sea más bien endeble ni siquiera pueda calificarse como tal unida al hecho ya irreversible de la llamada globalización que también a nivel mundial va a ir marcando líneas de convergencia de todos los ordenamientos jurídicos, especialmente en materia de Derechos humanos, nos obliga a recurrir al estudio no sólo de los ordenamientos extranjeros sino a hacerlo desde una perspectiva comparatista.

⁶⁹ Tratado de la Unión Europea firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992. Ratificado por España LO 10/1992, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre).

⁷⁰ Cfr. nuestro libro, *Libertad de conciencia. I Libertad de conciencia y laicidad*, cit., pp. 168-169.

Situación actual del sistema.

Todo sistema científico está en permanentemente situación de revisión (*reformato et semper reformando*⁷¹). De todas maneras, en la vida de todo sistema es posible distinguir dos etapas: la etapa de construcción y la etapa de reforma y revisión. El sistema del que les hablo no ha pasado todavía de la primera. Pero ese es el empeño en el que estamos embarcados unos cuantos profesores que por ello somos objeto de críticas tan peregrinas de parte de nuestro colegas como las invadir predios ajenos (de voracidad temática hablan algunos⁷² o de mostrar públicamente nuestra ignorancia al hacer tales incursiones por terrenos desconocidos (hacemos el ridículo, según otros)⁷³, o se descalifica frívola y gratuitamente nuestro trabajo, sin molestarse en conocerlo (ignorancia que desprecia cuanto ignora, que diría Machado), adjetivándolo de ciencia ficción o de ininteligible.

⁷¹ Como escribió HEIDEGGER, “el nivel de una ciencia se determina por su capacidad para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales” (*Ser y Tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p.12; sobre esto también SZILASI, *¿Qué es la ciencia?*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, pp. 20-54.

⁷² MARTÍNEZ TORRÓN, *Religión, Derecho y Sociedad*, cit., p. 57.

⁷³ IBÁN en *Prólogo* a LORENZO, P., *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 2001, p. 11

