

LIBERTAD IDEOLÓGICA Y LIBERTAD RELIGIOSA: EN LA PERIFERIA DE LAS LIBERTADES.

José MARTÍNEZ DE PISÓN

Catedrático de Derecho Filosofía del Derecho
Universidad de La Rioja

SUMARIO:

I.- EN LA PERIFERIA DE LAS LIBERTADES. RAZONES Y DISCORDANCIAS

II.- LA LIBERTAD RELIGIOSA, LA PRIMERA DE LAS LIBERTADES

III.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

IV.- EN TORNO A UNA DISCREPANCIA CONSTITUCIONAL

I.- EN LA PERIFERIA DE LAS LIBERTADES. RAZONES Y DISCORDANCIAS

Hace unos años, un eclesiasticista, el prof. I. Ibán, y un filósofo del Derecho, el prof. L. Prieto, al escribir al alimón un manual de Derecho Eclesiástico, transmitían la sensación de un cierto alivio al valorar la situación de la libertad religiosa en España. En su opinión, en el período de la transición y durante la elaboración de la Constitución, “si bien la vieja ‘cuestión religiosa’ no dejó de hacerse sentir, la verdad es que en muy pocas ocasiones se ha desarrollado en España un proceso constituyente en un clima de mayor serenidad”. Y señalaban que, “aunque no faltó alguna voz discordante,..., quienes han enjuiciado la vida política española de 1978 coinciden en destacar la paz religiosa que presidió los trabajos constituyentes”. Alivio, por tanto, por cuanto, por primera vez en nuestra historia constitucional, la cuestión de la religión y, en particular, de la religión católica y del papel de la Iglesia en la sociedad española no se convertían en caballo de batalla, en cuestión infranqueable, como había sido en tiempos pretéritos entre un bando clerical y otro anticlerical. No obstante, siempre según estos autores, las viejas diferencias, si bien no se manifestaron -ni se manifiestan- en debates de fondo y de principios, a pesar de ello, se exteriorizaron -y se exteriorizan- al afrontar cuatro aspectos problemáticos: la mención expresa a la Iglesia católica del artículo

16.3, que contó en su momento con la oposición del PSOE; el reconocimiento de la disolución del matrimonio a través del divorcio; la definición del modelo educativo; y, finalmente, la cuestión del aborto (Ibán y Prieto 1989, 95).

Sin embargo, la presencia desde entonces de estas cuestiones en los debates públicos de la sociedad española, la intermitencia con la que salen a la luz noticias sobre estos aspectos (la última en Almería en torno a la extinción, por parte del episcopado, del contrato de una profesora de religión por casarse de acuerdo con el Código civil), en mi opinión, ni deben marginar ni obviar el debate sobre el puesto de la libertad religiosa en la sociedad española y, sobre todo, en el ordenamiento constitucional y en su sistema de libertades, o sobre la neutralidad del Estado en materia de creencias, sobre su real aconfesionalidad. Dicho de otra forma, la misma centralidad de estas cuestiones en la opinión pública remite de forma insoslayable a una interrogación sobre la definición de la libertad religiosa y su constitucionalización. Sobre cuál es su regulación constitucional y, en definitiva, el modelo de Estado. El que se discuta sobre esas y otras cuestiones —pues no menos importante es la constante reivindicación de una asignatura obligatoria de religión en la enseñanza no universitaria— no quiere decir que debemos renunciar a tratar problemas de más calado. Insisto en que, en realidad, los unos remiten de forma insoslayable a los otros. No hacerlo así no es nada más que ignorar el fondo de todos esos debates, desconocer el sustento último de las diferentes posturas.

A partir de esta premisa, debo aclarar que el título de esta intervención se refiere al puesto periférico que la libertad religiosa parece ocupar en nuestro sistema constitucional de libertades. Esto es, en relación con el conjunto de libertades recogidas en la Constitución. Aparente marginalidad que aún es más patente en relación con la denominada “libertad ideológica”, tal y como es recogida en el artículo 16.1 de la CE. Una aparente escasa presencia y relevancia de la libertad ideológica y de la libertad religiosa hecha a partir de silencios y complicidades. Cuyo objetivo parece ser el de no afrontar las claras desigualdades y discriminaciones en materia de libertad de creencias existente en España. Silencios compartidos cuyo objetivo es no tocar ciertas materias sensibles, ciertos ámbitos de privilegio para así dejar las cosas como están o como estaban en tiempos pretéritos. Complicidades que esconden el temor a excitar sensibilidades y no producir peligrosas irritaciones.

Por mi parte, la libertad ideológica y la libertad religiosa, esas libertades tan caprichosamente denominadas de esta forma por la

Constitución, deben tener una posición central en el sistema de libertades proclamadas por el texto constitucional. Deben considerarse en un plano igual al de la libertad de expresión y el derecho a la información, el derecho a la intimidad, el derecho a la educación, etc. Es más, sin esta centralidad, creo que estos mismos derechos y libertades pierden algo de su sentido y ven debilitada su función liberadora en un sistema democrático. La misma libertad religiosa se manifiesta muchas veces a través de estos derechos y libertades. Estoy seguro que los que estamos en esta sala con toda seguridad compartimos esta opinión sobre la relevancia de estas libertades en el seno del conjunto de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Por otra parte, ignorar la centralidad de estas libertades, creo, implica dar la espalda a problemas de primera magnitud en la filosofía social y política presente. En realidad, los procesos sociales que atraviesan nuestras satisfechas sociedades, también la española, están colocando a la libertad religiosa, la libertad de creencias o, como de forma más apropiada denominan los textos europeos e internacionales en materia de derechos humanos, la “libertad de pensamiento, conciencia y de religión”, en el centro de atención y del debate público con la consecuencia de que, de hecho, van a poner a prueba nuestra capacidad de comprensión de los nuevos problemas, van a poner a prueba la solidez y validez de nuestros valores compartidos y, a la postre, la posibilidad de extensión de esta libertad a otros colectivos con los que apenas compartimos dichos valores, códigos de conducta, modelos de sociedad, etc. Y es que, como la sociología y la filosofía política están evidenciando, las sociedades opulentas al final del siglo XX han dejado de ser sociedades plurales para devenir en sociedades multiculturales. La multiculturalidad de las sociedades es un hecho que se impone, incluso en la homogénea España. Y en el hecho multicultural late un fondo conflictual que, en ocasiones, sale a la luz en puntuales estallidos y tensiones (J. de Lucas 1996, 81).

Pues bien, no creo que sea exagerado afirmar que esta multiculturalidad, esta tendencia al conflicto inherente a esta realidad que se impone, va a tener y tiene un fondo religioso que pone a prueba nuestras propias convicciones y, sobre todo, nuestra comprensión de la libertad religiosa, mejor, de la libertad de pensamiento, conciencia y de religión. Los enfrentamientos multiculturales no sólo tienen por objeto reivindicaciones étnicas o nacionales, sino especialmente religiosas. Pueden ponerse ejemplos en otras naciones, en otros países europeos como en Francia con los mulsulmanes y el uso del *shador*, católicos y protestantes en Irlanda del Norte, etc., pero también los tenemos en España.

Como, por ejemplo, las declaraciones del consejero de Bienestar Social de la Generalitat de Cataluña que prohibió la construcción de la gran mezquita de Barcelona porque se iba a convertir en “una escuela de integrismo” (*El País de Cataluña*, 7 de agosto de 1999). Pueden, por supuesto, citarse más ejemplos similares.

Las sociedades y, en particular, sus gobernantes ven esta multiculturalidad como un riesgo que diluye sus raíces culturales, sus tradiciones y sus esencias. Las declaraciones de la sra. Ferrusola, la mujer del presidente de la Generalitat catalana, realizadas hace no mucho en Gerona, serían anecdóticas si no evidenciaran este temor. En fechas recientes, hemos tenido la ocasión de escuchar opiniones similares en una política de renombre universal, como es la Sra. Thatcher, en el contexto de las elecciones en Inglaterra, con unas declaraciones sobre lo hispano –su lengua, su religión, sus costumbres- en EEUU poco tolerantes y democráticas; y lo mismo en un eminente intelectual de izquierdas como es G. Sartori en la presentación de su libro *La sociedad multiétnica*, en el que preconiza que las sociedades plurales y abiertas se cierran al multiculturalismo; se replieguen en sí mismas so pena de sufrir el deterioro de su idiosincrasia. Sobre todo, pone en guardia, ¡cómo no!, ante la nueva Guerra Santa del Islam que ahora cruza nuestras fronteras en pateras y se establece en la sociedad europea para exigir sus derechos como ciudadano. Estos no son sino ejemplos de la centralidad de la cuestión que estamos tratando. Es por ello que es necesaria una adecuada comprensión de su significado, de su puesto en el sistema de libertades y de la respuesta política y jurídica que debe darse ante estos hechos.

Sin embargo, no creo que la posición constitucional de la libertad religiosa sea la más adecuada ante estos hechos sociales. Ni lo es tampoco, inclusive, en el supuesto de que en España existiese un “igual estatuto de libertades para todos”, por utilizar la conocida expresión de J. Rawls. Y es que, conviene aclarar, no tienen un igual estatuto del derecho a la libertad religiosa un católico, un musulmán, un judío, un ateo o quien crea en cualquier otra cosmovisión. Es éste, sin duda, un aspecto polémico de la libertad religiosa sobre el que no quiero extenderme mucho pues ya lo he tratado en otro lugar y no es el objeto de esta intervención.

Y es que si desplazamos nuestra mirada de la sociedad al ámbito del Derecho, las libertades del artículo 16.1 CE parecen tener una posición marginal, periférica. Son objeto, en ocasiones, de lecturas incompletas que se quedan más en la retórica de las bellas declaraciones que en el respeto por el real y libre ejercicio de estas libertades por parte de los ciudadanos.

Y esto sucede tanto en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional como en los estudios dogmáticos. El Tribunal Constitucional, sin duda, está haciendo una labor encomiable en la construcción de un sistema igual de derechos y libertades, pero alguna de sus aportaciones tienen también sus claroscuros¹. Algo parecido sucede también con el derecho a la libertad religiosa, a pesar de que exista una opinión extendida sobre la bondad de sus declaraciones. Ciertamente, la libertad religiosa no parece ocupar un papel central en su inquietud por crear ese sistema, tanto por el número de sentencias como por la claridad en sus definiciones y sus fallos. La mayoría de ellas reiteran las solemnes declaraciones de la STC 24/1982, de 13 de mayo, según la cual la libertad religiosa es “un derecho subjetivo de carácter fundamental” que se manifiesta en “una esfera de *agere licere* del individuo”. Sin embargo, la realidad suele ser más compleja y no siempre encaja en una definición formal que, por otra parte, puede dar lugar a diferentes lecturas, como veremos más adelante.

Sobre todo, la percepción de que la libertad ideológica y religiosa son periféricas parece avalada si atendemos a los estudios dogmáticos, a los diseños y conclusiones de quienes han estudiado y estudian estas libertades. Baso esta idea en las siguientes razones. Primero, en que los expertos en Derecho Constitucional muestran más interés por otros derechos y libertades, por otras materias constitucionales. En lo que se refiere a la libertad religiosa, lo que les caracteriza es su silencio, salvo en contados y también importantes casos (Basterra). Cierto es que hay algunas contribuciones, algunos artículos, pero son más bien escasas las monografías realizadas en el ámbito del Derecho Constitucional. Por eso, alabo y felicito al prof. G. Rollnert del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, quien me ha antecedido en el uso de la palabra, por su toponímica exposición y por la realización de una Tesis Doctoral sobre el art. 16 de la Constitución. No obstante, en general, puede decirse, con el permiso de esta profesor, que los constitucionalistas pasan de puntillas sobre tan espinoso tema. Lo cual va en detrimento de una comprensión completa del sistema constitucional de derechos y libertades. Sus silencios denotan una ausencia irremplazable: dejan libre el campo de batalla de las ideas, de los principios y del concepto de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Respecto al Derecho Eclesiástico del Estado y sus abundantes estudios sobre el derecho a la libertad religiosa, cualquier valoración es

¹ A tal fin puede verse mi libro *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Cívitas, 1993.

más compleja y también más preocupante. Como disciplina, se construye, primero, como estudio del derecho a la libertad religiosa y, además, de las relaciones del Estado con las confesiones religiosas y, sobre todo, con la Iglesia católica. La mayoría de los estudios sobre la libertad religiosa desde los años 80 se ubican en esta disciplina jurídica que la convierte en la piedra angular sobre la que hacer Ciencia del Derecho, y no Teología. No hay así especialista en este campo que no haya aportado su granito de arena al estudio del artículo 16 CE y, en especial, del derecho a la libertad religiosa. Aunque, como afirma Ibán en sus *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, los especialistas de esta disciplina no deben ceñirse exclusivamente al estudio de dicho artículo, pues “la Constitución es un sistema y como tal debe ser estudiado” (Ibán en Ibán y Prieto Sanchis 1989, 102). Con lo cual está justificando la extensión de su objeto de estudio a otros ámbitos que no son exclusivamente la libertad religiosa.

En líneas generales, los eclesiasticistas reiteran constantemente su aceptación de la libertad religiosa y muestran su satisfacción por poder construir su disciplina desde estas bases constitucionales. Pero, al mismo tiempo, es ostensible una apropiación de su estudio, ocupando el espacio vacío dejado por otros, como si pretendiesen hacer de ella un coto vedado. Por supuesto, no es rechazable que, como disciplina dogmática, pretenda acotar el objeto de su estudio —en torno al derecho a la libertad religiosa—, pero no puede olvidarse que este derecho forma parte del estatuto de derechos fundamentales y libertades públicas de todo español con independencia de sus creencias o su situación social. Nadie puede ver negado tal derecho o puede quedar excluido de su ejercicio.

Pues bien, esta apropiación tiene consecuencias en la dogmática preocupantes y que no son como para tomarlas a pipa. Pues, a la postre, las conclusiones a las que se llegan dependen del prisma con el que se mire. Las conclusiones son preocupantes puesto que la mayoría de los eclesiasticistas provocan un deslizamiento de sus análisis que acaba terminando en una doble inversión. Una primera según la cual las libertades del artículo 16.1 CE deben estudiarse a la luz de las relaciones del Estado con las confesiones religiosas. Deben estudiarse así la libertad religiosa y los derechos de los ciudadanos a la luz de los Acuerdos del Estado con la Santa Sede, reafirmando siempre su naturaleza de tratado internacional y, en un lugar más relegado, los diferentes Acuerdos con evangelistas, musulmanes y judíos. La segunda inversión es resultado de la prioridad del estudio de las relaciones Estado-Iglesia católica y consiste en ver la libertad religiosa a través de la óptica de la Iglesia católica con base al argumento de sus privilegiadas relaciones con el Estado, lo cual —

conviene apuntarlo ya- pone en entredicho el principio de no discriminación del artículo 14 CE, ya que se supone mayoritaria en la sociedad española. La libertad religiosa, producto de esta doble inversión, es finalmente la libertad de la Iglesia católica no sólo para realizar los actos propios de su culto, lo cual es inobjetable, sino, sobre todo, para extender su magisterio e influencia por todos los ámbitos de la sociedad española. Curiosa paradoja que invierte el sentido de una libertad recogida en la Constitución para todos los españoles. Sin embargo, ni en la historia ni en los fundamentos filosóficos ni en la experiencia reciente en el contexto cultural en el que estamos insertos, la libertad religiosa es la libertad de una confesión para propagar su doctrina a expensas de las demás creencias de los individuos, incluyendo en éstas la postura de los ateos, agnósticos e indiferentes. Por ello, me parece oportuno al referirme al desarrollo doctrinal resaltar la visión *sesgada y parcial* que de modo inconsciente se ha instalado en los estudios sobre la libertad religiosa.

Debo aclarar que ésta es la percepción suscitada a partir de la lectura de una buena parte de la literatura eclesialista. Sin embargo, también hay que precisar que existen excepciones a esta visión sesgada y parcial de las libertades del artículo 16.1 CE. Y entre estas excepciones se encuentra el prof. Llamazares, presente en esta mesa, quien, en consonancia con lo explicitado por los textos internacionales en materia de derechos humanos defiende una visión global y completa por la cual debe entenderse que el artículo 16.1 CE reconoce un único derecho a “la libertad de pensamiento, conciencia y de religión”. Sus apreciaciones me parecen muy interesantes y, en buena medida, han inspirado alguna de mis opiniones. Mi respeto y aprecio, pues, hacia sus ideas y sus conclusiones.

No obstante, para que no se me tache de superficial o de frívolo voy a poner algunos ejemplos de esta lectura sesgada y torticera que domina en el Derecho Eclesiástico del Estado. En un libro relativamente reciente escrito por un especialista de renombre puede leerse lo siguiente: “libertad religiosa es la ejercida en el seno de confesiones, es la que regula la LOLR, es, en definitiva, aquella que trae su origen en la creencia de la existencia de un ser supremo, en tanto que la otras opciones religiosas (agnosticismo, ateísmo e indiferentismo) tiene su encaje en la libertad ideológica” (Ibán Ibán, Prieto y Motilla, 1997, 102-3). Con sinceridad, creo que esta definición contiene afirmaciones más que discutibles. Primero, en relación al concepto mismo de religión: los estudios sobre historia e filosofía de las religiones muestran tanto su gran variedad como que la referencia a un ser supremo no es común a todas ellas. En este sentido, puede mencionarse la importante y centenaria contribución de Durkheim a la sociología de las

religiones titulado *Las formas elementales de vida religiosa*, en donde se apunta precisamente esta idea. Por otra parte, no sólo ha definido la libertad religiosa con un reduccionismo no justificado, sino que, además, señala un cambio trascendental en su evolución: el que, cada vez más, es una libertad que pivota en torno a lo colectivo; son las comunidades o confesiones religiosas, según el vocabulario constitucional, las que se convierten en sujetos primordiales de esta libertad. Un cambio sustancial, pues la libertad religiosa, desde su origen histórico -la primera libertad-, fue siempre considerada como una libertad de marcado corte individual.

Al mismo tiempo, apunta otro dato significativo sobre los nuevos perfiles de la libertad religiosa: su marcado carácter promocional. Esto es, deja de ser un derecho de garantía cuyo objetivo es poner coto a las intromisiones de los poderes públicos en materia de conciencia y de creencias para convertirse en algo así como un “derecho de la segunda generación” por el cual el Estado ya no queda obligado a mantenerse neutral, sino que debe actuar en favor de su ejercicio pleno. Sin embargo, es más que dudoso que la libertad religiosa sea un derecho social. La libertad religiosa es la “primera” de las libertades y como tal es un derecho de autonomía que protege frente a las injerencias del poder público en el ámbito de las creencias. Los derechos sociales son derechos de prestación y, por lo tanto, implican para el Estado una obligación de actuar. En nuestro sistema constitucional se utiliza el subterfugio del art. 16.3, donde se dice que los poderes públicos “mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones”, para justificar su carácter prestacional cuando, en realidad, así se ampara unos privilegios conseguidos bajo el nacionalcatolicismo de la dictadura franquista e incluso antes, y para negárselos a otras confesiones. No por ello la libertad religiosa deja de ser un derecho de autonomía por mucho que se quiera razonar esa transmutación.

Hay más ejemplos de los deslizamientos e inversiones dogmáticas apuntados, como es el del prof. Amorós, quien, al valorar el art. 16 CE en su conjunto afirma que el texto constitucional perfila un Estado “*religiosamente comprometido y confesionalmente neutral*” que, por consiguiente, “*no discrimina a los no creyentes; distingue entre creyentes y no creyentes, entre religión y no religión*” (Amorós 1984, 169). Según esta opinión, la Constitución española parece tener el mérito de resolver el problema de la cuadratura del círculo. Otro ejemplo es el de L. V. Cantín, en un libro de 1990 con el título *Naturaleza, contenido y extensión del derecho de libertad religiosa*, cuyas excesos y salidas de tono son de

vergüenza ajena². Excesos por cuanto constantemente denuncia la injerencia del Estado en la libertad religiosa. O, en lo que entiende por ella, esto es, en la libertad de la Iglesia para propagar la verdadera religión. Es éste, sin duda, un libro que no sólo destaca por sus excesos, sino, sobre todo, por lo que evidencia: la concepción de la libertad religiosa defendida por la Iglesia católica y sus limitaciones que, todo hay que decir, están presentes en la famosa Declaración *Dignitatis Humanae*, del Concilio Vaticano II. En suma, la idea última de que la Iglesia católica es, después de todo, una sociedad perfecta poseedora de la verdad, de la única verdad, y de que debe tener total libertad para propagarla. Una Declaración, por otra parte, que le permite a la Iglesia católica perfilar sus relaciones con el poder político con una doble vara de medir: allá donde es mayoritaria exige la confesionalidad estatal o el apoyo directo del Estado y donde es minoritaria reclama la libertad religiosa para realizar su misión en la tierra.

La tesis de que la libertad religiosa debe favorecer en todas sus dimensiones a la Iglesia católica está muy extendida entre los especialistas del Derecho Eclesiástico del Estado. Unos, claramente como los mencionados anteriormente; otros, con más pudor. Y ello, en sí, no es reprochable en tanto las creencias personales de quien hace Ciencia del Derecho no condicione tan radicalmente la construcción dogmática de un derecho que tenemos todos los españoles con independencia de nuestra ideologías y nuestras creencias. Pues, por encima de todo, es un derecho de cada uno al margen de que sea católico, budista, mahometano, ateo, agnóstico o, simplemente, no le preocupe las cuestiones religiosas. Por eso, me parece reprochable esta insistencia en que la libertad religiosa sólo es una libertad de la Iglesia. Primero, porque olvida la dimensión individual de esta libertad -incluso, en el caso de los católicos-, y, segundo, porque existen numerosos creyentes de otras religiones o ideologías que también son titulares de esta libertad, de la libertad de escoger o cambiar sus

² Dos ejemplos de estos excesos. El primero muestra la desfachatez y la lectura tergiversada de la historia: : "Como es obvio, el derecho fundamental de libertad religiosa de las personas lo ha reconocido el ordenamiento de la Iglesia desde sus orígenes, en base a que el derecho divino natural exige plena libertad jurídica en la determinación del hombre para entrar, permanecer o salir de la Iglesia, *bien que al mismo tiempo la Iglesia afirme la obligación moral de todo hombre de aceptar la verdadera religión*, ... (Cantín 1990, 18). En el segundo le traiciona el subconsciente: "Pretender someter al Derecho común del Estado la actividad religiosa de las personas o de las asociaciones es *negar el contenido del derecho de libertad religiosa* individual o socialmente considerado y *negar, también la competencia de la autoridad religiosa*,..., puesto que no cabe tal actuación de un Estado que se dice democrático, que está obligado a cumplir las normas constitucionales o las *leyes fundamentales*...".

creencias o la religión que estime oportuna, y de practicar su culto. En este tema, debiera actuarse como hizo H. Grocio, en una época más convulsa que la actual por esta materia, y, por supuesto, él también creyente, con su conocida tesis *Etiamsi daremus*. Esto es, bajo la suposición de que hay que crear un sistema de derechos y libertades aun el caso de que Dios no exista o, en el caso que nos ocupa, bajo la suposición de que la libertad religiosa se posee con independencia de que uno sea o no católico. Quizá, de esta forma, se podría hablar de la libertad religiosa con un mínimo de higiene metodológico y, por encima de todo, intelectual.

Frente a este panorama son los estudios *periféricos* sobre el artículo 16 CE, esto es, los que se realizan desde disciplinas que, en sentido estricto, no se dedican a la exégesis constitucional, los que construyen de una forma más adecuada y más cercana a lo establecido por los pactos y convenios suscritos por España. Junto a los ya señalados elaborados por el prof. Llamazares, deben mencionarse los escritos de filósofos del Derecho como el prof. G. Peces-Barba y L. Prieto sobre la libertad religiosa.

Mis explicaciones y precisiones pretenden abundar en la línea iniciada por estas importantes contribuciones. En particular, reivindicando la centralidad del derecho a la libertad religiosa en el esquema constitucional de derechos y libertades. Y quiero hacerlo en lo que resta siguiendo una triple estrategia. Primero de todo, con un rastreo histórico que muestre el papel primordial de la libertad religiosa en el origen y en la lucha por los derechos y las libertades; después, señalando los perfiles de los derechos y libertades en el Estado constitucional de Derecho. Finalmente, mostrando y justificando mis discrepancias con la regulación del artículo 16 de la Constitución española.

II.- LA LIBERTAD RELIGIOSA, LA PRIMERA DE LAS LIBERTADES

Hace ya más de un siglo que Ruffini, un brillante estudioso sobre la tolerancia y las relaciones Estado-Iglesia, señaló que la libertad religiosa fue “la primera de las libertades”. Y, en efecto, en la historia de la lucha y conquista de los derechos y libertades, la libertad religiosa tiene el privilegio de ser la primera que fue reivindicada. Conviene recordar con L. Prieto que “los derechos humanos, ni en su dimensión ética ni en su plasmación jurídica, han sido fruto de un pacífico e igualitario debate entre sujetos autónomos, sino que más bien han comenzado expresando el grito y protesta de las minorías para más tarde imponerse, en el mejor de los casos, tras guerras y revoluciones” (Prieto Sanchís 1990, 65).

La libertad religiosa fue así reclamada por minorías y objeto de una conquista lenta, secular y no siempre plenamente entendida. El punto de arranque de una genealogía de la libertad religiosa se encuentra en el inicio de la Reforma protestante, en la ruptura de la unidad religiosa producida por las tesis de Lutero y en el fracaso por comprender el alcance de su proyecto y de los intentos por recuperar la unidad perdida. La Reforma alteró profundamente las bases culturales, sociales y políticas de la Europa tardomedieval e inauguró un período histórico marcado por conflictos de todo tipo. Se intentaron diferentes estrategias ya sea para alcanzar la unidad religiosa, ya sea para resolver los problemas de la diferencia de creencias. Todas fracasaron y se vivió así un vaivén de alternativas. Desde el conflicto declarado, la guerra, el exterminio del otro, la expulsión, hasta la discusión y el debate. “Los siglos XVI y XVII conocerán todas estas alternativas, y sobre todo en el siglo XVI, la guerra, el exterminio mutuo como intento de solucionar por la fuerza la unidad perdida. Todos los modelos señalados fracasarán; ni la guerra podrá unificar las creencias, ni la libre discusión, ni la unificación religiosa según el modelo de creencias del soberano, serán más que soluciones provisionales que no podrán impedir la realidad honda y definitiva de un pluralismo que hará imposible la vuelta a la unidad medieval. En ese contexto surgirán los filósofos de la tolerancia, más tarde de la libertad religiosa, en un intento de superar la crisis de la unidad y justificar y organizar la realidad del pluralismo. Su pensamiento será la base de los primeros textos jurídicos modernos, núcleo inicial de los derechos fundamentales, y también más en general, del pensamiento liberal” (Peces-Barba 1988, 120-121).

El conflicto, enmarcado en las guerras de religión y en las guerras civiles que asolan alguno de los países europeos, es el hecho determinante en el origen de la lucha por la libertad religiosa y el resto de libertades. Ninguna de las grandes religiones, ni siquiera las protestantes, predicaron con el ejemplo e instauraron un sistema de libertad de creencias tal y como abanderaban. La violencia, la intolerancia y la represión se instalará también entre luteranos y calvinistas. Curiosamente, serán las religiones minoritarias y las sectas que surjan por escisión de las anteriores las que reclamen y consigan los primeros paraísos de tolerancia y libertad³.

Alguno de los hitos de esta historia conflictos y de alternativas son de sobra conocidos: la Paz de Augsburgo (1555), que cierra un primer período de tanteo entre la Iglesia de Roma y las protestantes y que consagra el

³ Mis ideas y opiniones sobre la tolerancia y la libertad religiosa las he expuesto de una forma más elaborada en Martínez de Pisón, J., 2000 y 2001.

principio *cuius regio eius religio*, por el cual la religión del príncipe es la religión del Estado y de sus habitantes; el Edicto de Nantes (1598), punto de llegada de la guerra civil en Francia y primer reconocimiento, aunque parcial, de la libertad de conciencia; la experiencia de las colonias inglesas en América; en fin, el Acta de Tolerancia (1689) en Inglaterra, con la que se da fin a un beligerante siglo, en el que la religión fue caballo de batalla entre las diferentes facciones, y se instaura un sistema de tolerancia.

En este rastreo histórico, no puede menospreciarse el importante puesto de la emergencia de una filosofía de la tolerancia. En medio del conflicto general hubo quienes, con argumentos de diferente índole, reclamaron la idea de la tolerancia. Sin la filosofía de la tolerancia no hubiera sido posible la lucha por la libertad religiosa y por las libertades individuales. La filosofía de la tolerancia y la lucha por su reconocimiento positivo es el precedente de la lucha por el resto de las libertades. Los filósofos de la tolerancia reivindicaron primero la no persecución por motivos religiosos y después la protección de un ámbito de libertad libre de injerencias del poder político. Puede afirmarse así que hay una línea de continuidad entre las peticiones de tolerancias y la emergencia de la idea de libertad de conciencia y cuya reivindicación impulsará la reclamación del resto de libertades individuales.

Suelen citarse en las reconstrucciones de esta batalla ideológica nombres tan ilustres como J. Locke, B. Spinoza, Voltaire, entre otros. En un segundo plano, se colocan obras y autores no menos importantes. Uno de ellos es J. Bodino, uno de los jefes del grupo de los “políticos” que tuvo una importante presencia en la vida pública francesa en plena guerra civil a finales del siglo XVI y que vieron en la tolerancia entre creencias el mecanismo necesario para lograr y mejorar la salud pública. Si bien en su obra más conocida, *Los seis libros de la República*, hay continuas llamadas a la necesidad de tolerancia como un medio para la paz y por su utilidad para el Estado, es en una desconocida, el *Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas (Colloquium heptalomeris)* (1593), donde con más claridad aparece como el campeón de la tolerancia y del rechazo de la intransigencia. Bodino reúne imaginariamente en la ciudad de Venecia a siete sabios representativos de las diferentes religiones – católicos, calvinismo, luteranismo, escepticismo, musulmanes, judíos y la religión natural- e imagina, anticipándose a las éticas comunicativas del presente, un diálogo intersubjetivo en el que el intercambio de posiciones y el conocimiento y reconocimiento tranquilo y pausado de las creencias del otro justifica la tolerancia. La moraleja es bien clara: si siete sabios de cada una de las religiones son incapaces de ponerse de acuerdo sobre cuestiones

últimas, entonces, ninguna debe imponerse a las otras; hay que permitir que cada uno conserve su religión y que pueda realizar los actos propios de su culto. La tolerancia es así el instrumento de la coexistencia pacífica. Senamo, representante de la postura más escéptica, es el que abre el camino del diálogo interreligioso con una frase que adelanta en casi tres siglos una conocida opinión de J. S. Mill en *Sobre la libertad*: “En tan gran multitud de religiones que vemos puede ser posible que ninguna de ellas sea la verdadera, que no más de una sea la verdadera y que al discrepar los pontífices de todas las religiones entre sí con odio a muerte, sea más seguro admitir todas que de muchas optar por una que puede ser falsa tal vez, o querer excluir aquella que es la más verídica de todas” (Bodino 1999, 131).

A pesar de estas recomendaciones, el siglo XVII será un siglo de violencia y conflictos religiosos, especialmente virulentos, pero también el siglo de los primeros intentos serios de tolerancia, especialmente en las colonias inglesas en América. Por encima de todo, será el siglo en el que J. Locke perfilará una teoría sobre la tolerancia religiosa y, a la postre, una justificación de la libertad de creencias. Es indudable su contribución a la formulación del concepto moderno de libertad, así como a una nueva lectura de los fines de las Iglesias y de la relación del Estado con ellas. La idea de libertad individual es la piedra angular de su teoría. Esto es, que, según sus palabras, “cada hombre pueda disfrutar de los mismos derechos que son concedidos a los demás” debe constituir el epicentro del discurso político. Y, en particular, “que todas las cosas que la ley permite hacer en las ocasiones comunes de la vida, sean lícitas para cada Iglesia en el culto divino. Que ni la vida del hombre, ni su cuerpo, ni su casa, ni sus bienes, sufran de perjuicio alguno por estas causas” (Locke 1985, 62). Por otra parte, define la noción de Iglesia como “una sociedad voluntaria de hombres, unidos por acuerdo mutuo con el objeto de rendir culto públicamente a Dios de la manera que ellos juzgan aceptable a El y eficaz para la salvación de las almas” (Locke 1985, 13). Los diferentes fines de las Iglesias –la salvación de las almas- y del poder político –“procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil”- justifican la necesidad de separar ambos ámbitos, que no haya una intromisión de los gobernantes en las cuestiones religiosas, que no se imponga las cuestiones de fe a otros hombres.

Como es sabido, estas opiniones de Locke se encuentran en la *Carta sobre la Tolerancia*, que apareció en 1689. El mismo año en el que se estableció el Acta de Tolerancia en Inglaterra con la que se pretendía concluir un período de duro enfrentamiento religioso. El texto de Locke, como su *Dos tratados sobre el gobierno civil*, son obras cuyo objetivo es

legitimar el nuevo orden político instaurado en Inglaterra. Y, sin embargo, pese los indudables méritos de la reflexión lockeana, ésta tiene sus límites, como también el Acta de Tolerancia. El primero porque excluye de la tolerancia y de la libertad religiosa a los católicos y a los ateos. Y el segundo porque la Iglesia anglicana seguirá teniendo una posición privilegiada. Ciertamente es que reconoce la libertad de culto de las Iglesias protestantes, pero, al mismo tiempo, se la niega a los socinianos y a los católicos.

Será Voltaire, discípulo en tantas cosas de Locke, el que reclame ya en el siglo XVIII una tolerancia universal. En su *Tratado de la tolerancia* busca constantemente el contraste de los dos últimos siglos vividos en Europa gracias al conflicto religioso. Tal contraste sonroja porque finalmente no se sabe quién es el bárbaro. Y así recomienda: “Salgamos de nuestra pequeña esfera y examinemos el resto del globo” (Voltaire 1977, 34). ¿Cuál es su conclusión? “No se necesita mucha elocuencia para demostrar que los cristianos deben tolerarse mutuamente. Más aún, os digo que hay que mirar a todos los hombres como hermanos nuestros. ¡Qué! ¿Hermano mío el turco? ¿Hermano mío el chino, el judío, el siamés? Sí, sin duda alguna. ¿No somos todos hijos del mismo padre y criaturas del mismo Dios?” (Voltaire 1977, 121).

Lo cierto es que de la lucha por la tolerancia y por las libertades se nutrirá el constitucionalismo en sus orígenes: “Desde el comienzo el constitucionalismo moderno está investido del problema de la tolerancia religiosa, que con el tiempo se convertirá en el de la libertad religiosa; y la libertad religiosa es la madre de todas las libertades. Después, en nombre de la propiedad liberada de los vínculos medievales, se descubrirá que el mercado debe ser tutelado por las intervenciones del Estado absoluto mercantilista, y se protegerán los partidos políticos como canales de expresión de los distintos grupos sociales y ya no facciones que nos alejan del bien común. Así, el Estado constitucional se concreta, con el correr del tiempo, cada vez más como Estado liberal” (Matteucci 1998, 37).

El discurso de la tolerancia devino en discurso sobre la libertad religiosa y sobre la libertad individual, tal y como he brevemente relatado. Como consecuencia de ello, se agranda el concepto jurídico de libertad, mientras que pierde relevancia el de tolerancia. El concepto de libertad, con sus variaciones y relecturas, constituirá una pieza clave en el nuevo modelo político que empezará a establecerse en el siglo XIX, y el de tolerancia quedará relegado al campo de las virtudes o al ámbito de la moral. Históricamente y conceptualmente, la noción de tolerancia adolece de

insuficiencias que mermarán su peso específico ante la potencialidad de otras categorías del discurso político como son la de las “libertades públicas”, los “derechos fundamentales”, el “Estado de Derecho”, etc. Hago esta aclaración ante los reiterados intentos, que se están produciendo en la actualidad, de una revitalización del discurso de la tolerancia para convertirla en un principio jurídico que resuelva los problemas de convivencia en las sociedades multiculturales. En estos casos, no se trata de tolerancia del otro, sino de reconocimiento y materialización plena de los derechos fundamentales, individuales o colectivos. De que, en suma, creamos de verdad que los derechos humanos son de todos.

III.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La formulación y construcción del Estado de Derecho durante los dos últimos siglos ha transformado profundamente el reconocimiento y desarrollo de los derechos y libertades. Este complejo proceso afecta también a la libertad religiosa y, como acabo de mencionar, a la filosofía y papel de la tolerancia. Suele señalarse la importante función legitimadora de los derechos en la evolución y consolidación del Estado de Derecho. Pérez Luño, hace tiempo, sintetizó con claridad la estrecha relación entre los derechos y el Estado de Derecho: “se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho. De otro lado, el tipo de Estado de Derecho (liberal o social) proclamado en los textos constitucionales depende del alcance y significado que en ellos se asigne a los derechos fundamentales que, a su vez, ven condicionado su contenido por el tipo de Estado de Derecho en que se formulan” (Pérez Luño 1988, 19-20).

Existe una interdependencia genética por cuanto el primero no hubiera surgido sin la lucha por los derechos humanos y por su reconocimiento en las primeras declaraciones de los siglos XVII y XVIII y, asimismo, los derechos no hubieran pasado de ser entidades morales o metafísicas si el ordenamiento jurídico del Estado no los reconoce. Para su eficacia se necesita ese paso que sólo puede dar el legislador positivo. Por otro lado, existe una interdependencia funcional puesto que el modelo de Estado de Derecho ha ido evolucionando y transformándose profundamente en la medida en que se han ido conquistando y reconociendo nuevas categorías de derechos. Así, se explica el paso del Estado liberal al Estado social, como una consecuencia de la lucha por los derechos sociales. Pues bien, la

transformación de un tipo a otro de Estado es una transformación, sin duda, no de matiz y es una transformación que atañe a un cambio en las funciones y de las obligaciones de las autoridades estatales. Puede decirse que este modelo evolutivo que imbrica al Estado de Derecho con los derechos fundamentales sigue todavía vigente.

El discurso iusfilosófico hace tiempo que ha insistido en que existe esta relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, en que sin un reconocimiento de los derechos no es posible el Estado de Derecho. Esta afirmación, sin embargo, no debe ocultarnos que entraña numerosas dificultades que surgen de los problemas para fijar el contenido y significado de ambas categorías. Ni los derechos fundamentales ni la definición del Estado de Derecho están exentos de controversias, de diferentes lecturas y, por ello, de diferentes concepciones que muestran la existencia de un amplio abanico de perspectivas y corrientes. Es, por ello, que también el discurso iusfilosófico se pregunta de qué modelo de Estado de Derecho estamos hablando y qué clase de derechos fundamentales dan sentido o están implicados con el Estado de Derecho. No pretendo aquí alargar mis explicaciones con referencias a los problemas para definir qué es el Estado de Derecho, o cuáles son los modelos históricamente experimentados, o al debate que se está produciendo en la filosofía política sobre el futuro del Estado. Opiniones, ideas y desarrollos que son de sobra conocidos por todos.

Sí que me interesa una breve referencia a los últimos desarrollos de lo que hoy se llama **Estado constitucional de Derecho** y sobre el papel de los derechos en su configuración. Las formas políticas en las que se ha organizado y se organiza la vida en las sociedades no son estáticas, sino que están siempre en constante transformación. El presente es también un tiempo de profundos cambios que afectan a importantes aspectos de la política. En este escenario somos cada vez más conscientes de que el viejo modelo de Estado de Derecho ha derivado hacia la forma de Estado constitucional de Derecho. Su formulación más inteligente encontraría sus fundamentos en las viejas y conocidas propuestas constitucionales de H. Kelsen, pero que, tras la experiencia del Estado social, han recobrado una mayor fuerza como modelo que permita afrontar las incertidumbres y la encrucijada en la que se encuentra el Estado. Tal es la percepción del constitucionalista G. Zagrebelsky y, sobre todo, del iusfilósofo L. Ferrajoli.

El modelo de Estado constitucional de Derecho supone, sobre todo, en las tesis de Ferrajoli, una forma original y relevante de percibir los elementos clásicos del Estado de Derecho; supone una teoría “fuerte” en la

que se entretejen los ideales de la democracia, los derechos fundamentales, sus garantías. Es, por ello, que me interesa realizar ahora una breve referencia a sus tesis más destacadas con el objetivo de reivindicar la centralidad de la libertad de pensamiento, conciencia y de religión en el Estado, la Administración y la sociedad.

Las tesis de Ferrajoli se enmarca en una defensa del garantismo. Precisamente, su teoría garantista me parece muy pertinente en una explicación sobre el papel de los derechos y libertades en las sociedades actuales. Según Ferrajoli, la formulación y construcción del Estado constitucional de Derecho se efectúa en un contexto de crisis: crisis de la legalidad, crisis del Estado social y crisis del Estado nación. Un contexto marcado, primero, por una pérdida de la tradicional relevancia de la ley en el Derecho, como así era bajo el modelo liberal, en lo que Zagrebelsky ha denominado la “pulverización” de la ley; en segundo lugar, una crisis del Estado social derivada de la contradicción existente entre la concepción clásica de los derechos y libertades individuales, basada en un concepto negativo de la libertad, y la exigencias de prestaciones positivas surgidas de los derechos sociales; por último, la crisis del Estado-nación derivada del cuestionamiento del concepto de soberanía. De las tres, la crisis del principio de legalidad es de suma gravedad pues supone un debilitamiento de la sujeción de los poderes públicos “en la que se funda la soberanía popular como el paradigma del Estado de Derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos” (Ferrajoli 1999, 16-17). La triple crisis de la legalidad, del Estado social y del Estado-nación deviene también en una profunda crisis del sistema democrático que se manifiesta en el aumento de la corrupción política, excesiva legislación excepcional, influjo de poderosos *lobbies* de intereses, ilegalidad pública, etc.

Pues bien, el Estado constitucional de Derecho constituye un redimensionamiento de alguna de las cuestiones básicas que han articulado tradicionalmente el Estado de Derecho. Es por ello que hay que prestarle una especial atención. Ferrajoli, al menos, plantea una reformulación de los siguientes aspectos básicos del Estado de Derecho: 1.- Una revisión del puesto de la ley, del principio de legalidad, en el ordenamiento jurídico. 2.- Un fortalecimiento del papel de los derechos fundamentales en el orden constitucional. 3.- Una visión garantista del orden jurídico-constitucional y de los derechos fundamentales. 4.- Una apuesta por una democracia sustancial, además de una reformulación de las cuestiones de legitimidad y de los problemas de legitimación. Los cambios propuestos por esta lectura

del Estado constitucional de Derecho supone unos cambios cualitativos del modelo tradicional de Estado de Derecho y, además, también una profunda transformación de la concepción del Derecho.

Según una lectura que creo adecuada a los textos de Ferrajoli, su propuesta realza especialmente el papel de la Constitución en el orden jurídico-político y, dentro del texto constitucional, a los derechos fundamentales y sus garantías. En efecto, la centralidad de dicho orden ya no está ocupada por la ley, que, de acuerdo con el modelo liberal constituía “un orden normativo supremo e irresistible” frente al que no hay derechos más fuertes, ni del rey ni de otros derechos especiales, sino por la Constitución que ahora despliega su normatividad por todo el ordenamiento jurídico y las instituciones del Estado. Esta profunda transformación supone, como ha sido apuntado en numerosas ocasiones, el declive de una mentalidad y de una concepción del Derecho que ha sido secularmente el código de conducta de generaciones de juristas: el positivismo y el formalismo jurídico.

Así pues, la ley ha sido destronada y las consecuencias de este proceso para el Derecho, para el legislador, para la Administración, para el orden político y la vida social, son de capital importancia. Como ha escrito Peña Freire: “El paso del Estado legislativo al constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes -de modo que queda definitivamente superada la imagen débil de la juridicidad constitucional característica del período liberal- al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política. De este modo, los poderes públicos no pueden disponer del sentido y contenido de las normas constitucionales -al menos en condiciones de normalidad general- y, precisamente por ello, del propio derecho como realidad constituida. El constitucionalismo de este siglo no es sino un intento de superar esta debilidad estructural de lo jurídico. La afirmación del carácter jurídico e inmediatamente vinculante de la constitución, con su *rigidez* y la cualificación de determinados referentes jurídicos, como son los derechos fundamentales, vinculantes a todo poder, son ejemplos de este proceso” (Peña 1997, 59).

El carácter vinculante de la Constitución implica un profundo cambio en el formalismo imperante bajo el modelo liberal y el positivismo jurídico. Ahora, la Constitución resulta ser un *metaderecho* dentro del derecho mismo, *un derecho sobre el derecho*. Unas reglas que están por encima del

ordenamiento jurídico y a las cuales se supeditan, dado el carácter normativo de la Constitución. De manera que ahora el Derecho, y la ley y el legislador, se haya disciplinado en un doble sentido. Por un lado, a los elementos formales que imperaban bajo el modelo liberal en la producción normativa. Por otro lado, a los contenidos reflejados en el texto constitucional, esto es, a los elementos estructurales intocables y al sistema de derechos y libertades fundamentales, a los principios constitucionales y a los valores superiores sobre los cuales existe un amplio consenso social. El Derecho bajo el Estado constitucional, así pues, está sujeto a los vínculos y límites jurídicos formales, pero también a los materiales ahora incorporados en ese derecho de derechos. “De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos” (Ferrajoli 1999, 19).

Véase el avance cualitativo resultante: la aparición de un Derecho auto-reflexivo que regula sus formas de producción y los contenidos producidos. Forma y sustancia como elementos de este Derecho. Pues bien, la sustancia de este Derecho está formada por el reconocimiento de los derechos fundamentales. Estos son la sustancia del Estado constitucional. Ferrajoli hace una lectura fuerte de las consecuencias de esta constatación. Su teoría de los derechos se articula en torno a cuatro tesis, “esenciales para una teoría de la democracia constitucional” (Ferrajoli 1999, 42 y ss.): 1.- Radical diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. 2.- Los derechos fundamentales “forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica” y por ello de la dimensión “sustancial” de la democracia. 3.- Naturaleza supranacional de los derechos fundamentales, frente a los derechos de ciudadanía. 4.- Un estrecho vínculo entre el reconocimiento de los derechos y el establecimiento de garantías.

No es posible tratar aquí cada una de estas tesis así como tampoco desarrollar críticamente alguno de los aspectos más interesantes. No obstante, de estas tesis me interesa destacar los rasgos que Ferrajoli atribuye a estos derechos fundamentales constitucionalizados, que opone a los derechos patrimoniales. Los derechos fundamentales son *universales*, en el sentido de que se atribuye y se reconoce por igual a la universalidad de sujetos del planeta, sus titulares; son indisponibles, inalienables, inviolables y personalísimos; tienen rango constitucional y, por tanto, no pueden ser modificados por ningún acto normativo, pues ellos son normas en sentido fuerte; y, por último, son derechos verticales, pues establecen la

pauta de la relación del individuo con el Estado de la que derivan “prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos” (Ferrajoli 1999, 50). En resumidas cuentas, derechos fundamentales son “aquellos derechos universales y, por ello, indisponibles e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar: ya se trata de derechos negativos, como los *derechos de libertad* a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los *derechos sociales*, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos” (Ferrajoli 2000, 39).

Para Ferrajoli, los derechos fundamentales, en virtud de estos rasgos, configuran la dimensión sustancial de la democracia y son normativamente impuestos “tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado”. Dicho de otra forma, la base y fundamento de la democracia sustancial consiste, por un lado, en que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales tienen rango constitucional, con un idéntico estatuto. Los dos grupos componen la categoría de los derechos fundamentales. Por otro lado, es sustancial porque estos derechos vinculan no en la “forma”, sino en la “sustancia”, en los contenidos de las decisiones políticas. “Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de las mayorías son normas *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible*: de lo *no decidible que*, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales” (Ferrajoli 1999, 51). Esto es, que en la democracia sustancial hay una esfera -un “coto vedado”, como afirma Garzón Valdés- sobre el que la mayoría no puede discrecionalmente decidir o cambiar su regulación o rango normativo. Esta esfera está constituida por todos los derechos fundamentales, en condiciones de universalidad y de igualdad, y en ella se incluye, insisto, tanto los civiles y políticos como los sociales, y dentro de los primeros el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión.

IV.- EN TORNO A UNA DISCREPANCIA CONSTITUCIONAL

En este punto, tras estas explicaciones sobre el Estado constitucional de Derecho y su estrecha vinculación con los derechos fundamentales, creo

pertinente retornar a la cuestión inicial, esto es, el puesto constitucional del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión. Y, especialmente, para mostrar mis discrepancias con la regulación que la Constitución española de 1978 hace de este derecho fundamental. Un texto constitucional que, doy por sentado, configura una estructura jurídico-político que, en sus líneas básicas, se ciñe al modelo de Estado constitucional de Derecho. Las anteriores consideraciones sobre éste juegan, por tanto, como un *background* necesario y un punto de referencia acerca de lo que queremos construir. Por eso, adelanto ya, mis discrepancias constitucionales son también, en mi opinión, ejemplo de deficiencias de nuestro texto normativo básico. Entre otras cosas, porque hubiera evitado disquisiciones estériles y falsos reduccionismos.

Obsérvese que, en las últimas ocasiones, me estoy refiriendo al “derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”, y no a la libertad ideológica y religiosa, libertades recogidas en el artículo 16.1 CE. Según éste, “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”. Sorprendentemente, los constituyentes no utilizaron la expresión al uso en los textos internacionales en materia de derechos humanos –esto es, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión– sino que optaron por una nueva terminología extraña en el constitucionalismo de nuestro entorno. Y he aquí mi primera e importante discrepancia, a la que me voy a referir en extenso a continuación. Debo aclarar que, en líneas generales, la redacción del artículo 16 en su conjunto no me parece pertinente: que me suscita más de una discrepancia. La terminológica es una de ellas con el agravante de que ha dado lugar a lecturas doctrinales que sería mejor desechar. Otra muy importante lo es también el aval que el artículo 16.3 da a las privilegiadas relaciones con la Iglesia católica que, en mi opinión, ponen de manifiesto dos cosas: por un lado, una discriminación por razón de las creencias y la religión que vulnera el artículo 14 CE; por otro, pese a la retórica del apartado 2 del artículo 16, pone de manifiesto también una confesionalidad solapada del Estado cuestionando así el principio de separación Estado-Iglesia que, como he escrito en otro lugar, nos acerca más nuestra historia constitucional –la Constitución de 1876 y el Fuero de los Españoles– que a nuestro entorno cultural (Martínez de Pisón 2000).

En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y

de las Libertades Fundamentales de 1950, utilizan la expresión “derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión”. Así, el artículo 18 de la Declaración Universal, reiterado en un artículo con la misma numeración en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, afirma que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión”. Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas, interpretando y concretando estos artículos, aprobó el 25 de noviembre de 1981 una Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones⁴. Y, en el ámbito europeo, la Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, de 1950, también se refiere en su artículo 9 a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, en su apartado 2, añade “la libertad de manifestar la propia religión o creencias”⁵. No cabe alegar desconocimiento de esta terminología, pues estos textos fueron elaborados décadas antes de la Constitución de 1978 y los constituyentes los conocían perfectamente.

La cuestión no es meramente nominal, sino que es el punto de partida de las lecturas reduccionistas y parciales que se encuentran en la literatura especializada, sobre todo, entre los eclesiasticistas. En realidad, el uso de esta terminología plantea una primera cuestión: ¿era voluntad de los constituyentes reconocer y garantizar a los españoles tres libertades distintas? ¿Dos? ¿Una? La cuestión terminológica aún se complica más con la redacción del apartado 2 del artículo 16. Ahí se dice que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. ¿Nos encontramos, como inteligentemente apostillaron los senadores Xirinacs y Bandrés en el debate constituyente, ante un derecho a la “libertad de

⁴ Su artículo 1.1 afirma que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”.

⁵ El artículo 9 del Convenio Europeo afirma: 1.- “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar la religión o creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia individual o colectivamente, en público o en privado, mediante el culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos.

2.- La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede tener más restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, para la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.

creencias” que justificaría el reconocimiento constitucional de un derecho a la libertad de conciencia? La opción terminológica no es baladí pues de ella depende el sentido y el alcance de un derecho fundamental que, de otra manera, puede quedar menoscabado.

Y es que en la literatura especializada nos encontramos, al menos, con tres respuestas diferentes a esta cuestión terminológica. Todo hay que decir que, en general, es opinión comúnmente aceptada que la libertad de culto no es sino una manifestación de la libertad religiosa; es el “derecho a la práctica” de las ceremonias públicas o privadas de los creyentes. En relación con las otras alternativas, hay quienes, como Ibán, consideran que el artículo 16 CE reconoce dos libertades –la libertad ideológica y la libertad religiosa– y que ésta última es la que se ejerce en el seno de las confesiones y que cae bajo la regulación de la LOLR: “No se puede olvidar que el artículo 16 se refiere a lo ‘religioso’ y que entender que la mención a la ideología en el mismo lo pretenda ser a opciones políticas, estéticas, etc., carece de sentido. ¿Qué es esa libertad ideológica en relación a la religiosa? La respuesta me parece clara: la libertad religiosa es la ejercida en el seno de confesiones, es la que regula la LOLR, es, en definitiva, aquella que trae su origen en la creencia de la existencia de un ser supremo, en tanto que las otras opciones religiosas (agnosticismo, ateísmo e indiferentismo) tiene su encaje en la libertad ideológica” (Ibán en Ibán, Prieto y Motilla 1997, 102-103). “El derecho de libertad religiosa es aquel derecho que poseen quienes han optado por una solución fideísta y confesional al interrogante religioso; en tanto que parece que al ámbito de los ideológico deben ser trasladadas las restantes posibilidades: ateísmo, agnosticismo e indiferentismo, que suponen también un cierto punto de vista sobre lo religioso, pero que no parten de un acto de fe, sino de una determinada concepción del mundo” (Ibán en Ibán y Prieto 1989, 142).

Hay dos derechos fundamentales diferentes, a la libertad ideológica y religiosa, por lo que, primero, no cabe hablar de otras libertades en la línea, por ejemplo, de los textos internacionales, esto es, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión. Además, la libertad religiosa garantizaría la libertad de los creyentes y su desarrollo se regularía por los Acuerdos con la Santa Sede para la Iglesia católica y por la LOLR para el resto de confesiones. La libertad ideológica recogería la libertad de los no creyentes, como si ateos, agnósticos y demás no tuviesen creencias, pero, además, sería una libertad sin desarrollo legislativo. Ésta sería, pues, una libertad residual. Pero es ésta una postura interesadamente reduccionista, no acorde con los textos internacionales y que muestra un cierto desprecio dogmático hacia la libertad ideológica. En el caso de algún defensor de esta

postura, este desprecio raya unos límites incomprensibles e insospechados: como quien pretende justificar la redacción del artículo 16.1 “como un obsequio remoto a la tradición de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y, de manera más inmediata, al modo de concebir la religión desde perspectivas no religiosas” (Amorós 1984, 176).

Una segunda lectura mantiene una posición unificadora de ambas libertades basada en una interpretación amplia de la libertad religiosa. De acuerdo a esta posición, no tiene sentido “distinguir entre opción religiosa y opción no religiosa”. “La triada que enumera nuestra Constitución -libertad ideológica, religiosa y de culto- tiene, a nuestro entender, una razón de ser histórica, cuyo principal valor consiste en resaltar que la libertad religiosa se entiende en su más amplio contenido: implica la libertad de manifestar públicamente mediante el culto la propia religiosidad e implica también el derecho a adoptar actitudes no religiosas, arreligiosas o agnósticas” (González del Valle 1997, 325). Y se justifica esta opinión: “Diferenciar la libertad ideológica de la religiosa en razón del contenido de las ideas profesadas, aparte de reducir el tema de la libertad religiosa a un tema de opción doctrinal, acarrearía el inconveniente de que el Estado tendría que erigirse en teólogo para dictaminar cuándo nos encontramos ante el ejercicio de la libertad religiosa y cuándo nos encontramos ante el ejercicio de la libertad ideológica. En efecto, entraña el problema de dirimir si una opción panteísta o un vago teísmo pueden calificarse de opción religiosa o ideológica. Y lo propio cabe decir de muchas doctrinas filosóficas, cuyo ateísmo es discutible” (González del Valle 1997, 324-5).

Por último, el prof. Llamazares, a diferencia de estas posturas, entiende que la *libertad de conciencia* es la categoría básica de referencia en relación con las libertades del artículo 16. La libertad de conciencia, o también de pensamiento o ideológica, es, en realidad, el derecho recogido en el artículo 16, aunque la Constitución no utilice esta terminología. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional avalaría esta interpretación. “Según el propio TC, la libertad de *conciencia* está implícitamente reconocida en el artículo 16.1 CE, bajo la expresión ‘libertad ideológica, religiosa y de culto’, junto a la libertad de *pensamiento*, considerándolas como dos *modalidades* del derecho contenido en esa expresión y que incluyen la libertad de acción” (Llamazares 1997, 228). Partiendo de esta premisa, el Tribunal Constitucional habría señalado los perfiles de la libertad ideológica, de pensamiento o de conciencia. En primer lugar, la libertad ideológica no se circunscribiría a “una mera libertad interior, sino que dentro de su contenido especial se incluye la posibilidad de su

manifestación externa” (Auto 1227/88 FJ nº 2)⁶. Y que ésta incluye no sólo la expresión oral o escrita, sino también la adopción de actitudes y conductas. En segundo lugar, la libertad ideológica -de conciencia o de pensamiento- no implica hacer distinciones entre las creencias religiosas y no religiosas. “La libertad ideológica, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista que está basado en la tolerancia y el respeto a la discrepancia y la diferencia, es comprensiva de cuantas opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto al fenómeno religioso y al destino último del ser humano y así lo manifiesta bien el texto constitucional al diferenciar como manifestaciones del derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto y la ideología, religión o creencias” (STC de 18 de octubre de 1993, FJ nº 5).

Por lo demás, como concluye el mismo autor, de lo anterior se deduce que la libertad religiosa debe considerarse como una especie de la libertad ideológica: “Basta, por otra parte, una atenta lectura del artículo 16.1 para caer inmediatamente en la cuenta de que la interpretación más lógica es esta última; el legislador va de más a menos; la libertad ideológica sería el círculo mayor, que incluiría al que representa a la libertad religiosa y éste al de la libertad de culto. No se comprendería la alusión expresa a esta última, implícitamente contenida en la libertad religiosa, en la misma secuencia en que se alude a ésta y a la libertad ideológica como dos géneros lógicos autónomos” (Llamazares 1997, 228-229).

Parece, en mi opinión, que la lectura más correcta del artículo 16.1 es la que interpreta su redacción de acuerdo con los textos internacionales. El artículo 10.2 de la CE nos señala cuál ha de ser la regla hermenéutica que debemos seguir. Esto es, que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Lo cual quiere decir que dicho artículo 16.1 debe ser interpretado a la luz del artículo 18 de la Declaración Universal y del Pacto Internacional, así como del artículo 9 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de

⁶ También en el FJ nº 2 de la STC 19/1985, de 13 de febrero, donde afirma: “Empecemos por decir que el derecho fundamental recogido en el artículo 16 de la Constitución, comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción respecto de las cuales, el artículo 16.2 establece un acotamiento negativo...”

las Libertades Fundamentales. Y estos textos reflejan un único derecho “a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado con nitidez su interpretación de que el artículo 9 de la Convención es un único de derecho que incluye la libertad de escoger una religión, de separarse de ella y también la libertad para aceptar creencias no religiosas, esto es, la libertad para los ateos, agnósticos e indiferentes. Entre otras, la sentencia *Kokkinakis vs. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, se pronuncia a favor de que la libertad de religión o de convicción incluye el derecho a manifestar las creencias de naturaleza no religiosa y, además, en el caso concreto, de que los Testigos de Jehová son una organización religiosa o de creyentes. Desde entonces son varias las sentencias referidas a religiones minoritarias, sectas y otro tipo de creencias que han abundado en esta línea.

Así pues, al margen de las opiniones vertidas antes debe entenderse que ese artículo recoge en su plenitud el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión. No hay varias libertades, sino un único derecho a, con, como afirma el prof. Llamazares, un contenido complejo. Y debe rechazarse, por tanto, las posturas reduccionistas y sesgadas que se centran sólo en la libertad religiosa y que, además, la interpretan como la libertad de “quienes han optado por una solución fideísta y confesional al interrogante religioso” (Ibán en Ibán y Prieto 1989, 142; Ibán en Ibán, Prieto y Motilla 1997, 102-103). Como la libertad de quienes creen en una de las confesiones establecidas en España al amparo de la LOLR. Lo cual me parece un ejercicio de cinismo, pues, quienes defienden esto, además mantienen que la libertad de la Iglesia católica está amparada por los Acuerdos suscritos por el Estado y la Santa Sede en 1979 y sólo subsidiariamente sus actividades se regulan por la LOLR. Debe rechazarse otra de las consecuencias de esta postura: que la libertad ideológica tenga un carácter marginal, residual, cuyo objeto sea englobar a las posiciones negativas en materia de religión.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, en las no muchas sentencias en las que se ha pronunciado sobre el artículo 16, a veces parece tener las cosas claras, mientras que en otras admite diferentes interpretaciones. Cierto es que en sus declaraciones pueden encontrarse argumentos para una lectura del artículo 16 como un único derecho fundamental, como por ejemplo la STC 19/1985, de 13 de febrero, cuyo fundamento jurídico 2 afirma que “el derecho fundamental recogido en el artículo 16 de la Constitución, comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción...”. Pero también es cierto que en

otras muchas parece referirse siempre a dos libertades distintas. Así aparece, por ejemplo en una de sus tempranas declaraciones sobre esta materia, luego reiterada en numerosas ocasiones y aplaudida por la doctrina. Tal es la afirmación de la STC 24/1982, de 13 de mayo, según la cual la Constitución Española, en materia de religión, consagra dos principios: “el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo” (F. J. nº 1); según este principio el individuo, en sus actitudes religiosas, goza de plena inmunidad frente a la coacción del Estado que tiene prohibida toda intromisión en esta materia.

En mi opinión, el Tribunal Constitucional no parece aventurarse a un reconocimiento explícito de un “derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión” o, simplemente, como postula el prof. Llamazares un derecho a la libertad de conciencia. Y eso hace que oscile, dependiendo del objeto del litigio, entre la libertad ideológica y la libertad religiosa dando así pábulo a la defensa de dos libertades distintas.

Desde un principio, he insistido en la centralidad de un único derecho a la libertad ideológica y religiosa, mejor, un derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión. Las cuestiones terminológicas no son meramente nominativas, sino que expresan prejuicios de fondo, y ello en esta materia es de vital importancia en un Estado constitucional de Derecho construido en torno a unos derechos fundamentales iguales para todos, y que son su sustancia, según Ferrajoli. Una lectura parcial, sesgada, reduccionista del derecho del artículo 16 pone en cuestión dicha centralidad y, de paso, el sistema de libertades.

BIBLIOGRAFÍA

Amorós, J. J., 1984, *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos.

Bodino, J., 1999, *Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas (Colloquium heptalomeris)*, trad. de P. Mariño, intr.. de J. de Salas, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cantín, V., 1990, *Naturaleza, contenido y extensión del derecho de libertad religiosa*, Madrid, Cívitas.

Ferrajoli, L., 1999, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prolog. de P. Andrés, Madrid, Trotta.

Ferrajoli, L., 2000, "Garantías", *Jueces para la democracia*, 38, pp. 39-46.

González del Valle, J. M^a, 1997, *Derecho Eclesiástico Español*, 4^a edic., Oviedo, Universidad, Servicio de Publicaciones.

Ibán, I. y Prieto, L., 1989, *Lecciones de Derecho Eclesiástico* (1985), Madrid, Tecnos.

Ibán, I. y Prieto, L. y Mottilla, A., 1997, *Derecho Eclesiástico*, Madrid, McGraw-Hill.

Llamazares, D., 1997, *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid, Cívitas.

Locke, J., 1985, *Carta sobre la Tolerancia*, edic. de P. Bravo, Madrid, Tecnos.

Lucas, J. de, 1996, *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria.

Martínez de Pisón, J., 2000, *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson/Universidad de La Rioja.

Martínez de Pisón, J., 2001, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos (en prensa)

Matteucci, N., 1998, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, pres. de B. Clavero, Madrid, Trotta.

Peces-Barba, G., 1988, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema.

Pérez Luño, A. E., 1988, *Los derechos fundamentales*, 3^a edic., Madrid, Tecnos.

Prieto Sanchís, L., 1990, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.