

# LIBERTAD RELIGIOSA Y CONCEPCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

MARIA JOSE CIAURRIZ

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1. *Derecho de libertad religiosa y Estado de derechos fundamentales*

En el presente trabajo nos proponemos examinar dos problemas que a primera vista pueden considerarse netamente distinguibles, pero en cuya puesta en relación está —si no nos equivocamos— el nervio mismo de los problemas dogmático-jurídicos que plantea y obliga a resolver la ley de libertad religiosa de 5 de julio de 1980<sup>1</sup>.

Estos dos problemas son: el del ámbito de protección del texto legal<sup>2</sup>, y el de los límites establecidos para que la tutela de la libertad no degenera en un elemento disgregador de la solidez del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

Como es bien sabido, el problema de los límites de los derechos fundamentales se plantea ya en los orígenes de las declaraciones de

1. B.O.E. de 24 de julio de 1980, pp. 1.6804-1.6805.

2. Desde un punto de vista positivo debe tenerse en cuenta la totalidad de la ley y como punto de referencia negativo es fundamental el art. 3, n. 2 cuyo tenor literal se transcribe literalmente en el epígrafe III de este trabajo.

3. «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

derechos. En el campo concreto que a nosotros nos interesa, fue la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, la que concibió el orden público como límite de la libertad de opinión, en la que se encuadraba la libertad religiosa en la medida en que fue captada por los hombres de la Revolución Francesa<sup>4</sup>.

Desde entonces la idea de derechos de libertad va inevitablemente unida al problema insoslayable de los límites, pero también el modo de captar las relaciones entre derechos de libertad y límites, es uno de los elementos característicos de los distintos tipos de Estado en el mundo contemporáneo.

Cuando un Estado se hace promotor de una determinada concepción de la vida, esta concepción no puede menos de ponerse en relación con los límites de la libertad<sup>5</sup>.

Tal planteamiento aparecía en las fundamentales leyes liberalizadoras del régimen político anterior, mediante un juego entre los arts. 1 y 2, ingeniosamente señalado por el Prof. Lorenzo Martín Retortillo<sup>6</sup>. Se estaba refiriendo el citado autor al caso de la ley de libertad religiosa de 1967 que, en su art. 1, proclamaba el derecho fundamental<sup>7</sup> y, en el art. 2, conectaba el problema de los límites con la confesionalidad<sup>8</sup>.

El Estado liberal relacionó siempre el problema de los límites con la idea de orden público, aún cuando este concepto no resultaba homogéneo en los diversos ordenamientos jurídicos y corrientes doctrinales<sup>9</sup>.

4. Art. 10: «Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley». Cfr. J. HERVADA-J. M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos* (Pamplona 1978), p. 50.

En adelante, todos los textos que recogemos de esta colección aparecen citados con la indicación de los apellidos de los autores, seguidos de un número, que corresponde a la numeración marginal de esta obra.

5. Para un planteamiento del problema en los Estados totalitarios, vid.: G. BARBERINI, *Stati socialisti e confessioni religiose* (Milano 1973); G. CODEVILLA, *Stato e Chiesa nell'Unione Sovietica* (Milano 1971); Id., *Le comunità religiose nell'Urss. La nuova legislazione sovietica* (Milano 1978). Para el caso concreto de Polonia, vid.: G. BARBERINI, *Stato socialista e Chiesa cattolica in Polonia* (Bologna 1983).

6. Cfr. *Libertad religiosa y orden público* (Madrid 1970), pp. 13-14.

7. «1. El Estado español reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho.

2. La profesión y práctica privada y pública de cualquier religión será garantizada por el Estado sin otras limitaciones que las establecidas en el artículo 2 de esta Ley».

8. «1. El derecho de libertad religiosa no tendrá más limitaciones que las

El problema se complica por las relaciones de la idea de orden público como límite de derechos fundamentales, y el concepto paralelo de Derecho internacional privado, que concibe al orden público como cláusula límite en relación con normas y sentencias extranjeras <sup>10</sup>.

A medida que comienza a configurarse el Estado social de Derecho entendido como democracia pluralista, se plantea un delicado problema. Por una parte, el orden público no puede elaborarse a partir de presupuestos dogmáticos y, por tanto, inevitablemente monistas. De otra, tampoco es posible entender los derechos como ilimitados. De ahí que la Declaración universal de derechos humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, no hable ya solamente de orden público, sino de orden público en una sociedad democrática, lo que lleva a relacionar el fundamento de los límites con el fundamento de los derechos limitados <sup>11</sup>.

Por esta razón, en el presente trabajo, relacionamos el estudio del ámbito del derecho de libertad religiosa con el de los límites, conceptos inevitablemente en tensión, pero que ambos reclaman una fundamentación congruente con el art. 1 de la Constitución.

## 2. *El problema del Derecho Eclesiástico*

Desde que la Ciencia del Derecho Eclesiástico en Italia deja de tener como fundamental centro de atención el estudio de las relacio-

derivadas del acatamiento a las Leyes; del respeto a la Religión católica, que es la de la Nación española, y a las otras confesiones religiosas; a la moral, a la paz y a la convivencia públicas y a los legítimos derechos ajenos, como exigencias del orden público».

9. Vid. el cuadro doctrinal y la abundante información bibliográfica presentados por J. CALVO ALVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución española* (Pamplona 1983), pp. 21-97.

10. Vid. J. A. DORAL, *La noción de orden público en el Derecho civil español* (Pamplona 1967).

11. Art. 29: «2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática». (HERVADA-ZUMAQUERO, 279).

En el mismo sentido se expresa el art. 9, n. 2 del Convenio para la protec-

nes entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos de las confesiones —visión internacionalista<sup>12</sup>—, para centrarse en la protección constitucional de los derechos fundamentales del ciudadano —visión constitucionalista<sup>13</sup>—, surge entre la eclesiasticística italiana una incesante preocupación por delimitar el alcance de la libertad e igualdad en materia religiosa, en aras a una eficaz tutela de las actitudes de los ciudadanos ante el interrogante religioso.

No es extraño, en este sentido, que la libertad religiosa —pieza clave de la actual concepción del Derecho Eclesiástico— haya sido estudiada por los autores desde las más distintas perspectivas. Sin intentar agotar el tema, creemos que se pueden subsumir fundamentalmente en cuatro:

a) *Delimitación del objeto del derecho de libertad religiosa*

Tradicionalmente, se ha venido entendiendo que el derecho de libertad religiosa amparaba sólo la religiosidad. La polémica se planteó

ción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por los Estados miembros del Consejo de Europa, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

El texto de este precepto se halla recogido en la nota 56.

12. La relación entre ordenamientos y los problemas técnicos que se planteaban fueron estudiados por un gran número de autores. Entre otros, pueden verse: P. A. D'AVACK, *Trattato de Diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, seconda edizione, integralmente rinnovata e aggiornata (Milano 1978), pp. 159-183; A. C. JÉMOLO, *Diritto della Chiesa e Diritti stranieri*, en «Archivio giuridico» (1934); A. PIOLA, *Diritto ecclesiastico, Diritto canonico e Diritto concordatario*, en «Studi Sassaressi» XV (1937); L. DE LUCA, *Rilevanza dell'ordinamento canonico nel Diritto italiano* (Padova 1943).

Centrándonos en la doctrina española, se pueden destacar las aportaciones de A. BERNÁRDEZ CANTÓN, Estudio preliminar, en su vol. *Legislación eclesiástica del Estado (1938-1964)* (Madrid 1965), pp. XXV-LIII; Id., *Problemas generales del Derecho eclesiástico del Estado*, en el vol. «El fenómeno religioso en España (Aspectos jurídico-políticos)» (Madrid 1972) pp. 39-51.

13. Son múltiples los trabajos que reflejan esta orientación. Podrían ponerse de relieve los siguientes: G. CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa* (Milano 1957); F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (Milano 1958); P. GISMONDI, *Lezioni di diritto ecclesiastico. Stato e Confessioni religiose* (Milano 1975); C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Bari 1973); S. LARICCIA, *Lezioni di diritto ecclesiastico. I principi costituzionali* (Padova 1974); P. BELLINI, *Principi di diritto ecclesiastico*. Edizione aggiornata (Bresso 1976); P. FEDELE, *La libertà religiosa* (Milano 1963); A. RAVA, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collectivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana* (Milano 1959); I. C. IBAN, *Gruppi confessionali atipici nel Diritto Ecclesiastico Spagnolo vigente*, en «Studi Parmensi» 31 (1982), pp. 119-159.

en Italia, cuando algún sector doctrinal entendió que la libertad religiosa no sólo debía proteger las manifestaciones positivas del fenómeno religioso, sino también las negativas.

Siguiendo la síntesis del Prof. Ibán<sup>14</sup>, las principales corrientes de opinión entre la eclesiasticística italiana son las siguientes:

a') La que considera que el derecho de libertad religiosa ampara la religión como un bien jurídico.

b') Distinta es la posición de quienes no conciben la religión como un bien jurídico y —aunque excluyen el ateísmo del ámbito de la libertad religiosa— propugnan para él una idéntica protección en el marco de otros derechos.

c') Más radical aparece esta tercera postura, que acoge en la libertad religiosa tanto las opciones positivas como las agnósticas o ateas.

d') Por último, otros autores —partiendo de la consideración del ateísmo como objeto del derecho eclesiástico— entienden que ateísmo y religión se encuentran de tal forma enfrentados dialécticamente, que su protección debe ser concebida en base a un examen de conjunto de todo el ordenamiento jurídico.

La eclesiasticística española no ha permanecido ajena a esta polémica y, en los últimos años, han ido apareciendo importantes aportaciones doctrinales al debate planteado por la doctrina italiana.

Viladrich<sup>15</sup>, al estudiar la autonomía del derecho de libertad religiosa frente a la libertad ideológica y de creencias, ve el deslinde, no en su raíz<sup>16</sup>, sino en su objeto. Para este autor, la citada libertad ampararía el tema de Dios desde la perspectiva del acto de fe y la práctica de la religión, «mientras que el tema de la actitud de la persona ante

14. Cfr. *Gruppi...*, cit., pp. 124-126, donde se encuentra reflejada la bibliografía que acoge las distintas posturas doctrinales aludidas en el texto.

La versión en castellano de este trabajo ha sido publicada recientemente en «Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico», obra colectiva realizada en homenaje al prof. Maldonado y Fernández del Torco (Madrid 1983), pp. 270-303.

15. Cfr. P. J. VILADRICH, *Principios informadores del Derecho Eclesiástico español*, en «Derecho Eclesiástico del Estado Español» (Pamplona 1983), pp. 241-243.

16. «Las tres implican el reconocimiento de la naturaleza y dignidad del ser personal de cada ciudadano en su dimensión profunda y específica, a saber, aquella donde la persona es y actúa el carácter innato, inviolable, irrenunciable e imprescriptible de su racionalidad y de su conciencia mediante la búsqueda y el establecimiento, por sí y sin ningún género de coacción y sustitución, de su propia relación con la verdad, el bien, la belleza y Dios». Cfr. *ibid.*, p. 207.

la verdad, el bien y la belleza, se derive o no de una previa postura religiosa, posee autonomía propia y es objeto de la libertad de pensamiento y de la libertad de conciencias»<sup>17</sup>.

Ibán<sup>18</sup>, partiendo del objeto propuesto por Viladrich como específico del derecho de libertad religiosa, lo amplía, reconduciendo el ámbito de este derecho fundamental no sólo al acto de fe y a las manifestaciones culturales que de cada opción concreta se deriven, sino también a la libertad de manifestación de las propias creencias, sean éstas de signo positivo o negativo.

El iter seguido hasta llegar a esta conclusión podría ser el siguiente:

1. Para que exista una verdadera libertad religiosa es requisito indispensable que haya una plena libertad individual para decidir una opción en materia de fe.
2. El acto de fe —aunque pertenezca a la esencia más íntima y personal del hombre— se delinea por el conjunto de influencias que el individuo reciba del exterior.
3. Para que el acto de fe sea libre, será necesario que el individuo reciba una información lo más amplia posible sobre las distintas opciones ante el interrogante religioso. En base a ellas, y libremente, adoptará su personal respuesta.
4. Estas distintas alternativas sólo pueden conocerse por la exteriorización de aquellos que las tienen como suyas.
5. Sólo se puede hablar de libertad religiosa si se reconoce la libertad de manifestar las propias creencias.
6. Si la libertad religiosa conlleva la libertad en el acto de fe, sólo se puede lograr aquella si se reconoce la total libertad para manifestar, no únicamente las respuestas positivas ante la fe, sino también las negativas.

Desde una similar perspectiva, se analizan las posturas indiferen-

17. Cfr. *ibid.*, p. 208. Una explicación más detallada de los dos momentos del objeto protegido en el derecho de libertad religiosa se puede encontrar en las pp. 339-340 y 343-346.

18. Cfr. Gruppi..., *cit.*, pp. 128-129.

tes o agnósticas, que —al igual que el ateísmo— aparecen comprendidas en el ámbito del derecho de libertad religiosa<sup>19</sup>.

b) *Libertad religiosa o libertades de religión*

Como consecuencia del influjo de las posturas doctrinales que superan la consideración de la religiosidad positiva como objeto de la libertad religiosa, se produce en la doctrina italiana un debate cultural, con notable riqueza de contenidos ideológicos, pero de aún no muy bien delimitados perfiles técnicos. Lo más significativo de este debate es un movimiento de flujo y reflujo que —esquemáticamente— se puede describir en los siguientes términos: por una parte, al separarse el objeto de protección del derecho de libertad religiosa de la religiosidad en sentido estricto, se centra la atención sobre la libertad del hombre para hacer juicios razonables y sobre su dignidad, manifestada en asumir actitudes éticas (*la doverosità* en el lenguaje de Piero Bellini<sup>20</sup>), con lo que lógicamente se produce una difuminación de confines entre las libertades de pensamiento, de conciencia y de culto. Pero, por otra parte, el tema se debate en el marco de categorías eclesiasticistas —Estado dogmático, separatismo, problemática de las relaciones entre Derecho común y Derecho especial— que lleva, no a desconectar la idea de libertad de la práctica de la religión o del culto (libertad religiosa en sentido clásico), sino a calificar a todas las libertades relacionadas con la formación y expresión de los juicios racionales humanos, con la temática eclesiasticista. De aquí la tendencia a no hablar de libertad religiosa, sino de libertades en materia de religión.

La combinación de categorías de análisis marxiano (no siempre marxista en sentido estricto), con la actual preocupación porque las libertades no se capten en una perspectiva exclusivamente formal, lleva a tener en cuenta en el estudio del tema las relaciones entre teoría y praxis<sup>21</sup>.

c) *Dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa*

La visión constitucionalista, a la que ya hemos hecho referencia

19. Cfr. *ibid.*, pp. 129-130.

20. Para un estudio más profundo del pensamiento del citado autor, vid.: *El pluralismo de opciones sobre el hecho religioso y el objeto del derecho de libertad religiosa*, en «Revista de Derecho Público» 90 (1983), pp. 23-43.

21. En esta línea de pensamiento, es significativa la obra colectiva *Teoria e prassi delle libertà di religione* (Bologna 1975).

al principio de este epígrafe, no se puso de manifiesto únicamente al abordar el estudio del derecho de libertad religiosa como un derecho individual, sino que pronto dio paso a la consideración de su dimensión colectiva.

La doctrina italiana centró su atención en los grupos derivados del ejercicio de esta libertad, tomando como punto de referencia el reconocimiento que de ellos se hace en los arts. 2 y 3 de la Constitución italiana<sup>22</sup>.

Lo más significativo de este planteamiento estriba en que la tendencia al abandono de un Derecho Eclesiástico basado en las relaciones entre ordenamientos (lo que era fundamentalmente en Italia la plasmación jurídica de las relaciones del Estado con la Iglesia Católica y con los llamados «cultos admitidos»), no significa un retorno al planteamiento individualista de corte liberal, sino una captación de los fenómenos religiosos colectivos típicos o atípicos, desde las coordenadas de las democracias de grupos.

Esta consideración de la libertad religiosa adquirió máximo auge en el Congreso de Derecho Eclesiástico celebrado en Siena en 1972, cuyas actas se publicaron con el significativo nombre de «Individuo, Gruppi, Confessioni Religiose nello Stato Democratico»<sup>23</sup>.

Reflejos de esta orientación se advierten también en la doctrina española, en cuantos esfuerzos doctrinales reconducen el tema de los grupos religiosos al art. 9, n. 2 de la Constitución<sup>24</sup>.

#### d) *Libertad e igualdad en materia religiosa*

Fue en Estados Unidos donde en la década de los años 60-70 se planteó con especial virulencia el análisis de la libertad religiosa en

22. Art. 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritto inviolabili dell'huomo, sia como singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

El art. 3, después de proclamar el principio de igualdad y no discriminación, añade: «E compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

23. Milano 1973.

24. Vid., en este sentido, P. LOMBARDÍA, *Personalidad jurídica civil de los entes eclesiásticos*, en J. G. M. de Carvajal y C. Corral, «Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones» (Madrid 1980), pp. 102-104; P. J. VILADRICH, *Principios...*, cit., pp. 169-259; I. C. IBAN, *Gruppi...*, cit., pp. 139-149; D. LLAMAZARES-

conexión con el principio de igualdad. Hasta este momento, existió un pacífico equilibrio entre el principio de separación Iglesia-Estado y la actitud de tutela del fenómeno religioso.

La primera enmienda constitucional «El Congreso no podrá aprobar ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna, ni prohibir el libre ejercicio de ninguna de ellas», se interpretaba como el reconocimiento del derecho de libertad religiosa, al que el Estado debía tutelar del modo más amplio posible. Y, precisamente como garantía de una eficaz tutela en materia religiosa, se prohibía al Estado adoptar como suya una determinada fe que pusiera en peligro la igual protección de la libertad de las demás.

Junto a esta interpretación —acuñada repetidamente por la jurisprudencia de los Tribunales Federales— surgió otra radicalmente contraria, mantenida por el Tribunal Supremo. Desde esta opción, se entendía que el principio de separación entre la Iglesia y las confesiones religiosas, obligaba al poder estatal no sólo a no favorecer a ningún grupo religioso en especial, sino también a abstenerse de proteger cualquier manifestación religiosa.

Late en el fondo de esta actitud la preocupación por conseguir una idéntica postura del Estado ante las posibles respuestas de los ciudadanos en materia de fe. Se consideró que la protección otorgada hasta entonces por el poder estatal a las manifestaciones positivas de religiosidad, colocaba —a quienes mantenían opciones negativas— en una situación de desigualdad ante el creyente.

Esta nueva comprensión de la primera enmienda constitucional, configuró el principio de igualdad —que había estado supeditado en cierto modo al derecho de libertad religiosa— en límite de esta misma libertad, que sólo podría ser garantizada en aquellos ámbitos en los que no se vulneren las posturas agnósticas o ateas<sup>25</sup>.

Tal temática fue puesta de relieve por un sector de la doctrina italiana, a través de las investigaciones realizadas por un grupo de estudiosos que analizaron con exhaustividad las líneas jurisprudenciales básicas norteamericanas en materia religiosa e ideológica<sup>26</sup>.

Para conocer la opinión que a estos autores mereció tal debate,

G. SUÁREZ PERTIERRA, *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense» 61 (1980), pp. 20-23.

25. Para un mayor desarrollo de esta problemática, vid.: A. DE LA HERA, *Pluralismo y Libertad Religiosa* (Sevilla 1971), pp. 37-41.

26. Cfr. N. CAPPONI, L. A. MISSIR, F. ONIDA, V. PARLATO, *Il separatismo nella giurisprudenza degli Stati Uniti* (Milano 1968); F. ONIDA, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense* (Milano 1970).

creemos de interés reflejar unas palabras del prof. Onida que —estudiando el alcance del principio de separación— concluye afirmando que el factor religioso es considerado de un modo especial de tal manera que «...la jurisprudencia estadounidense... acepta y traduce los privilegios de la libertad religiosa en verdaderas normas especiales, derogadoras del régimen de derecho común propio del separatismo»<sup>27</sup>, subordinando así el principio de separación al principio de libertad religiosa, con la consiguiente quiebra de la igualdad no sólo entre creyentes, sino entre creyentes y no creyentes.

Por lo tanto —siempre según dicho autor— no parece exacto calificar de estrictamente separatista al ordenamiento estadounidense, considerando «que en línea teórica el término 'separatismo' viene reservado en este lugar al tipo de ordenamiento estatal que en ningún caso atribuye al factor religioso relevancia jurídica bajo fines de una regulación especial»<sup>28</sup>.

Estas consideraciones han llevado a Onida, junto con otros colegas, a ver en el ordenamiento norteamericano un cierto jurisdiccionalismo estatal en el ámbito religioso, que si bien no adopta la tradicional fórmula de la confesionalidad, amparando una religión determinada, opta por una postura de favor hacia el plural abanico de creencias religiosas existentes en la sociedad —pluriconfesionalidad—, con el consiguiente menoscabo de las no creencias u opciones ateísticas<sup>29</sup>.

El problema que plantea el difícil equilibrio entre los principios de libertad e igualdad, y de cómo se debe proteger la libertad de todos sin menoscabar la igualdad de nadie, admite diversas soluciones, todas dignas de ser tenidas en cuenta.

Sin embargo, no creemos que la vía de concordia se encuentre en defender que para conseguir la igualdad en materia religiosa, es necesario admitir bajo la protección del derecho de libertad religiosa todas las actitudes: positivas, negativas, individuales y colectivas ante el fenómeno religioso, o, por el contrario, propugnar que la igualdad sólo se logra por la vía de un ordenamiento que contemple desde la óptica del Derecho común la regulación social del factor religioso.

En nuestra opinión, la solución de fondo no reside en el binomio Derecho común-Derecho especial, sino en que la tipicidad de una determinada opción y la ley especial que para su protección se dicte, no

27. Cfr. F. ONIDA, *Uguaglianza...*, cit., p. 351.

28. Cfr. *ibid.*, p. 359. Un enfoque más detallado de este punto de vista se puede encontrar en las pp. 351-366.

29. Fiel reflejo de esta teoría es la obra de F. CIULLINI, F. ONIDA, V. PARLATO, *Studi sul giurisdizionalismo pluriconfessionista nell'ordinamento canadese* (Milano 1973).

sean privilegiarias, al ser concebidas desde el respeto a distintas respuestas igualmente tuteladas en el ámbito de otros derechos. Desde esta perspectiva, la ley especial no sería un privilegio, sino una respuesta del derecho a determinadas conductas que —por su peculiaridad— requieren normas específicas.

Siguiendo en esta línea de argumentación, y aunque no se refieren al Derecho español, consideramos de interés plasmar unas reflexiones del Prof. Mirabelli que —saliendo al paso de aquellas posturas que ven en el Derecho especial un derecho privilegiario— ha opinado: «la ley especial no es necesariamente privilegio. Si no fuera así, tendríamos que decir que al menos dos tercios de la producción normativa de nuestro Parlamento es producción de normas privilegiarias».

Y continúa diciendo: «El moderno 'uso' del derecho, con una función que no es ya prevalentemente sancionatoria, sino más bien, de encauzamiento y promoción de las opciones de comportamiento de los consociados y de los grupos, exige normas diferenciadas, expresadas por ejemplo con mayor claridad que las llamadas leyes de incentivo. ¿Significa esto abrir las puertas al privilegio? Es un riesgo que se corre de manera muy limitada desde el momento en que ha sido instituido un órgano que puede declarar la ilegitimidad de la Ley: la Corte constitucional que ha elaborado y va elaborando un articulado sistema de principios para el control de la misma discrecionalidad del legislador, especialmente desde el punto de vista de la racionalidad»<sup>30</sup>.

Y nos parece que la solución que en estas consideraciones se sugiere, confiando al buen hacer del juez constitucional la tutela del principio de igualdad y no discriminación, es de aplicación en España; el Tribunal Constitucional desempeñara también en este tema el importante papel de garante de la Constitución, llamado a solucionar con rigor los posibles recursos que denuncien agravios producidos como consecuencia de un incorrecto entendimiento del tratamiento jurídico del factor religioso que de nuestro texto fundamental se desprende.

De hecho, esta solución se halla prevista en nuestro ordenamiento a través de los recursos de inconstitucionalidad y de amparo<sup>31</sup>.

30. Cfr. *Osservazione conclusive*, en «Le intese tra Stato e Confessioni religiose. Problemi e prospettive» (Milano 1978), p. 160.

31. A este tema hemos tenido ocasión de referirnos con más amplitud en el capítulo VI de un reciente trabajo: *La libertad religiosa en el Derecho español. La ley orgánica de libertad religiosa*, que en estos momentos se encuentra en fase de publicación.

### 3. *Ambito y límites*

Como apuntábamos en la introducción, la concepción del derecho de libertad religiosa está íntimamente relacionada con el tema de los límites, puesto que una concepción amplia del ámbito puede acarrear el riesgo de unos límites difusos, con la consiguiente quiebra de la seguridad jurídica. Pero, por otra parte, una visión muy rigurosa de los límites, si se apoya en criterios dogmáticos, iría en contra del principio del pluralismo y, en todo caso, sometería a riesgo la amplitud del derecho.

Como hemos tenido ocasión de poner de relieve, este problema fue objeto de debate en las discusiones parlamentarias<sup>32</sup>. En el presente estudio, consideramos las opciones del legislador español sobre la base del texto definitivamente promulgado.

## II. LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

### 1. *Ambito*

La Constitución, al regular el derecho de libertad religiosa no lo hace aisladamente, sino que garantiza en un mismo artículo: «la libertad ideológica, religiosa y de culto» (art. 16, n. 1), a la vez que tutela el derecho de toda persona a declarar voluntariamente «sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16, n. 2, a sensu contrario).

La postura del legislador, que omite la distinción y tipificación de cada una de las libertades, optando por el tratamiento único y simultáneo de todas ellas, reduce el precepto a un artículo inconcreto y ambiguo, que da lugar a numerosos interrogantes en la línea de los ya formulados por la eclesiasticística italiana y española. Serían los siguientes: ¿se reconocen tres libertades distintas?, ¿se habla de una única libertad que tutela todas las posibles opciones del hombre ante el interrogante religioso?, ¿hay que hablar de libertad religiosa sólo o, por el contrario, de libertades de religión?

No parece, sin embargo, que las dificultades que puedan plantearse en sede dogmática al interpretar este artículo, sean consecuen-

32. Un estudio detallado de la génesis de la ley orgánica se puede encontrar en *ibid.* capítulo I.

cia de un objeto no cumplido por el legislador, sino más bien el resultado inevitable de su planteamiento; planteamiento que —tomando como inspiración la regulación que de la libertad religiosa hacen los textos internacionales<sup>33</sup>— no perseguía tanto tipificar en sede constitucional cual sea el objeto concreto de cada libertad, como garantizar la libertad de opción, sea ésta de signo positivo o negativo, ante el interrogante religioso.

Se ha dicho que: «el fenómeno religioso implica necesariamente un momento colectivo ineliminable e insuprimible»<sup>34</sup>; y esto «no tanto por la exigencia de sociabilidad ínsita en la naturaleza humana, sino por la tendencia de casi todas las religiones hacia una forma de vida asociada y de manifestaciones exteriores de culto»<sup>35</sup>.

Esta dimensión social de la experiencia religiosa, no se satisface en la sociedad en general ni en el ordenamiento estatal: «pero se desarrolla contemporáneamente en una pluralidad de grupos sociales distintos por su composición, estabilidad, organización y fines»<sup>36</sup> en los que la persona está inmersa.

Haciéndose eco de estas reflexiones de la eclesiasticística italiana,

33. El tratamiento conjunto de las tres libertades, es una práctica generalizada en la mayor parte de los documentos internacionales. A modo de ejemplo transcribimos el art. 18 de la Declaración universal de los derechos humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia (HERVADA-ZUMAQUERO, 258).

En este mismo sentido se expresan, entre otros, el art. 9, n. 1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (HERVADA-ZUMAQUERO, 363); el art. 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 (HERVADA-ZUMAQUERO, 1.427); art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención americana de derechos humanos, firmada el 22 de noviembre de 1969 (HERVADA-ZUMAQUERO, 1595).

Aunque estos preceptos no adoptan exactamente la terminología del art. 16, n. 1 de la Constitución, y distinguen entre las libertades de pensamiento, conciencia y religión, no parece que haya obstáculo alguno para establecer la equivalencia entre libertad ideológica y de pensamiento, por un lado, y libertad de conciencia y de creencias, por otro, libertad ésta última a la que parece referirse el n. 2 del art. 16. La libertad de cultos —no contemplada en los textos internacionales citados— puede considerarse sin fricción como un aspecto de la libertad religiosa en cuanto ésta se manifiesta externamente.

34. Cfr. S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi* (Milano 1967), p. 43.

35. Cfr. *ibid.*

36. Cfr. C. MIRABELLI, *L'appartenenza confessionale* (Padova 1975), p. 99.

la amplitud de la formulación utilizada en el art. 16, n. 1 no se agota en el reconocimiento y tutela de la pluralidad de libertades, sino que se extiende a los titulares de las mismas; además del individuo, aparecen como sujetos los grupos a quienes la Constitución reconoce con el nombre de «Comunidades».

Aunque es en este precepto donde adquieren su específico reconocimiento los grupos como sujetos surgidos en el ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de cultos, son otros artículos —previos al que aquí comentamos— los que amparan, en un plano más general, las manifestaciones grupales como sujetos de libertad e igualdad.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el art. 1 de la Constitución enumera el pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, y aun cuando resta mucho de estar claro el alcance, tanto de la expresión «valores superiores del ordenamiento jurídico» como la de «pluralismo político»<sup>37</sup>, en la medida que estos valores se contemplan a partir de la idea de la consideración de España como un Estado social de Derecho, difícilmente puede negarse que la alusión al pluralismo está en relación con el tránsito del Estado individualista liberal al Estado que tiene en cuenta el pluralismo de grupo en la dinámica social, y en este sentido, el pluralismo religioso puede considerarse sin violencia, como una manifestación más de ese pluralismo social, que sin límite en los contenidos o creencias, ampara la Constitución como valor superior del ordenamiento.

Esta lectura del texto fundamental, adquiere una mayor concreción y densidad si se tiene en cuenta el art. 9, n. 2 inspirado en los arts. 2 y 3 del texto fundamental italiano<sup>38</sup>. Y, en torno a él, son dos los aspectos que hay que tener en cuenta. En primer lugar, se extiende al ámbito colectivo el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad que la Constitución reconoce en el art. 1 como valores superiores del ordenamiento jurídico. En segundo término, y para que estos derechos se den real y efectivamente, se insta a los poderes públicos a «...promover las condiciones...» necesarias y «...remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

Desde esta lectura del texto constitucional, el art. 16 en relación con el 14, no es sino la concreción del reconocimiento previsto en el art. 9, n. 2; a través de él, la libertad y la igualdad en materia religiosa e ideológica se hacen efectivas y reales tanto para los individuos como para los grupos.

37. Vid. J. FURNES, *Pluralismo y fundamentación ontológica del Derecho (Un comentario al artículo 1,1 de la Constitución española de 1978)*, en «La Ley» 2 (1981), n. 45 del 24 de abril, pp. 1-3.

38. Vid texto de estos artículos en la nota n. 22.

La consideración de la dimensión colectiva de la libertad religiosa no termina con el reconocimiento de las comunidades como sujetos de esta libertad; el n. 3 contempla en solitario a uno de esos grupos amparados en el art. 9, n. 2, que ahora —en sede de este precepto— encuentran su regulación específica. Nos estamos refiriendo, naturalmente, a las confesiones que aparecen mencionadas junto a la Iglesia Católica como posibles sujetos de cooperación con el Estado.

La doctrina ha debatido el alcance y significado del segundo inciso del n. 3: «Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», al que antecede la declaración de aconfesionalidad: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal», siendo fundamentalmente tres las posturas contrapuestas.

Viladrich ha entendido esta disposición desde un profundo estudio de los principios que informan el Derecho eclesiástico español vigente.

Como punto decisivo de su argumentación, aparece la configuración de la libertad religiosa no sólo en su consideración tradicional de derecho, sino también como «principio de organización social y de configuración cívica»<sup>39</sup>, que conforma al Estado como un Estado de libertad religiosa, desplazando las viejas fórmulas de confesionalidad o laicidad, que hasta la promulgación de la Constitución —y dependiendo de las distintas fases históricas— se habían venido utilizando para definir la actitud del Estado ante el fenómeno religioso.

Desde estas consideraciones — y siempre en opinión del citado autor— el segundo inciso del n. 3 alude de manera inequívoca al principio de laicidad que, en congruencia con el principio de libertad religiosa, configura la actuación puramente estatal de un Estado que únicamente considera lo religioso como factor social específico, sin interferirse en las actitudes —positivas, negativas, indiferentes o ateas— ante la cuestión religiosa de las que sólo son legítimos titulares los ciudadanos<sup>40</sup>.

En congruencia con este planteamiento, la mención de la Iglesia Católica no se concibe como el exponente de los restos de una confesionalidad —material o formal— ni tampoco de una confesionalidad en sentido sociológico, sino que supone «una muestra perfectamente constitucional del trato específico que impone el principio de laicidad para

39. Cfr. *Principios...*, cit., p. 193. Para un estudio más profundo del principio de libertad religiosa, vid. pp. 193-214.

40. Cfr. *ibid*, pp. 214-224.

la situación real del factor religioso católico»<sup>41</sup> y que, en virtud del principio de igualdad, no podrá negarse a ninguna otra confesión que posea un parecido arraigo sociológico<sup>42</sup>.

Llamazares y Suárez Pertierra, por el contrario, no ven con agrado este precepto en cuanto que la constitucionalización del principio de cooperación supone una quiebra en la total superación de la confesionalidad del Estado, con el consiguiente deterioro de los principios de igualdad y laicidad<sup>43</sup>.

Esta interpretación del sistema de relación entre el Estado y las confesiones, encuentra especial realce al conjugarse con la mención explícita de la Iglesia Católica porque «si el *principio de cooperación* constituye un límite obligado a la desconfesionalización del Estado español, el mandato especial de *cooperación con la Iglesia católica*, dependiente de la asunción por el Estado de un sustrato sociológico, limita aún más la no confesionalidad y arriesga la implantación de un régimen privilegiario lesivo de la igualdad y, por ese camino, de la libertad religiosa»<sup>44</sup>.

Junto a las posturas anteriores (Estado de libertad religiosa-Estado de confesionalidad solapada), aparece una tercera mantenida por Ibán, que entiende el art. 16, n. 3 como la implantación de un régimen «pluriconfesional», al ser sólo las creencias religiosas las que deben ser tenidas en cuenta por los poderes públicos, con el consiguiente detrimento de las posiciones ateísticas, que no encuentran amparo en este precepto<sup>45</sup>.

A pesar de la dificultad del tema y del respeto a cada una de las opciones doctrinales expuestas, consideramos que, en todo caso, lo importante para conseguir un adecuado equilibrio entre la libertad de las confesiones y los principios de laicidad y de igualdad, es entender la referencia a las comunidades del n. 1 y a las confesiones del n. 3 desde el art. 9, n. 2, que proclama la libertad y la igualdad de los grupos sin condicionarlas al contenido de las creencias o ideologías que cada colectivo adopte como suyas.

41. Cfr. *ibid.*, p. 234.

42. Cfr. *ibid.*, pp. 234-236.

43. Cfr. *El fenómeno religioso...*, cit., pp. 29-33.

44. Cfr. *ibid.*, p. 34.

45. Cfr. *Gruppi...*, cit., pp. 153-154.

*Reflejos en la ley orgánica*

El tratamiento paralelo de la libertad ideológica, religiosa y de culto desaparece en la ley orgánica, que opta —por lo menos en cuanto al objeto de la ley— por distinguir, reconociendo desarrollar exclusivamente la libertad religiosa y de culto.

Tal planteamiento ha presidido desde el primer momento la elaboración del texto normativo, y ya la Exposición de Motivos del proyecto que presentó el Gobierno a las Cortes omitía, al citar el art. 16 de la Constitución, la mención de la libertad ideológica<sup>46</sup>. En el mismo sentido se expresa el art. 1, n. 1 de la ley, que si bien transcribe casi literalmente el precepto constitucional, no hace alusión a la libertad ideológica, anunciando que su articulado se va a centrar en el desarrollo y tutela de las otras libertades<sup>47</sup>.

No obstante la expresividad de esta formulación, la ley configura en sus artículos iniciales una genérica protección de la libertad religiosa, tanto individual como colectiva, con frecuentes remisiones al Derecho común<sup>48</sup>.

Ahora bien, en cuanto instrumenta un Derecho especial, éste es concebido exclusivamente para los grupos religiosos que la ley tipifica como «Iglesias, Confesiones y Comunidades», quedando excluidos de su ámbito de protección todas aquellas colectividades y objetivos que persigan fines no religiosos: «quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley —dice textualmente el art. 3, n. 2— las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos».

Para los grupos religiosos, la ley configura un régimen especial en el que —a través de la inscripción en un Registro creado en el Minis-

46. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), Serie A, de 17 de octubre de 1979.

47. «Uno. El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica.

Dos. Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas».

48. La problemática en torno a los derechos individuales y colectivos inherentes al derecho de libertad religiosa y sus conexiones con el Derecho común ha sido tratada en el capítulo IV de la ob. cit. en nota 31.

terio de Justicia— se les concede, además de la personalidad jurídica <sup>49</sup>, una capacidad para autoorganizarse de la forma que estimen más conveniente a sus necesidades <sup>50</sup>. Por otra parte, aquellas Iglesias, Confesiones o Comunidades que, cumpliendo estos requisitos, posean notorio arraigo en España, podrán, si así lo desean, establecer Acuerdos o Convenios de cooperación con el Estado <sup>51</sup>.

La opción que se hace en el texto legal de contemplar a los grupos religiosos en su especificidad, otorgándoles su propio régimen jurídico, aparece en consonancia con la libertad reconocida por la Constitución a todos los grupos; a través del texto legal, el Derecho da una respuesta positiva y concreta a las peculiares naturaleza, estructura y actividades de las confesiones, liberándolas de los rígidos esquemas del Derecho común que, en la mayoría de los casos, no encuentra una respuesta suficiente a sus necesidades.

No podemos olvidar, sin embargo, que esta normativa especial, de no ser entendida en el contexto global de la Constitución, puede dar lugar a un sinfín de privilegios de los grupos típicos frente a aquellos que encuentran su regulación y tutela en el ámbito de otras libertades y derechos.

Como hemos venido diciendo en párrafos anteriores, este riesgo deberá ser obviado mediante una correcta regulación de los límites del derecho fundamental, que sin invadir ámbitos de libertad, impida injustas e inconstitucionales discriminaciones.

Al estudio de su regulación en el concreto ámbito del Derecho español vigente dedicamos el epígrafe siguiente.

## 2. Límites

El art. 16, n. 1 de la Constitución reconoce y garantiza la libertad

49. Art. 5: «Uno. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia».

50. Art. 6: «Uno. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal».

51. Art. 7: «El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales».

Tanto la inscripción en el Registro, como todos los efectos que de ella se

religiosa, ideológica y de culto «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

El estudio de los debates parlamentarios nos desvela que la utilización de la tradicional cláusula de orden público como criterio limitador de estas libertades no fue unánimemente aceptada, siendo de destacar la oposición del Partido Comunista. Este demostró su disconformidad a través de una enmienda defendida en la Comisión Constitucional del Congreso por el señor Tamames, dirigida a sustituir la frase «con la única limitación del orden público protegido por la leyes», por otra que concebía como único límite «el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución»<sup>52</sup>.

Subyace en el fondo de esta pretensión, el temor a que —de mantenerse el primitivo texto— puedan existir discriminaciones por razón de las ideologías, por lo que la enmienda trata de introducir un criterio limitador más preciso que proteja, no sólo las manifestaciones externas de la libertad religiosa, sino también otras de carácter distinto que amparen las opciones ideológicas<sup>53</sup>.

Aunque como se desprende del tenor del art. 16, n. 1, la inquietud de este grupo no fue compartida en sede constitucional, no por ello se puede decir que cayera en el vacío, y es la ley de libertad religiosa la que —al desarrollar en su art. 3 los límites de este derecho— introduce como criterio restrictivo «el respeto a los derechos y libertades de los demás». En concreto, dicho precepto dice así: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

A quien haya seguido con interés la regulación de los límites introducidos al derecho de libertad religiosa, esta fórmula le resultará familiar, viendo en ella la influencia de diversos documentos de distinta procedencia. De un lado, la inspiración en el n. 7 de la Declaración Conciliar *Dignitatis Humanae* sobre libertad religiosa<sup>54</sup> y en el

derivan aparecen estudiados con mayor profundidad en el capítulo V de la ob. cit. en la nota 31.

52. Cfr. J. J. AMORÓS AZPILICUETA, *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, tesis doctoral inédita leída en la Facultad de Derecho en la Universidad de Navarra en 1980, p. 241.

53. Cfr. *ibid.*, p. 242.

54. «En el uso de todas las libertades hay que observar el principio moral

art. 2, n. 1 de la ley de 1967<sup>55</sup>. De otro, la gran semejanza con los preceptos que —en materia de límites a la libertad de conciencia y de religión— han venido apareciendo en los distintos documentos internacionales y, en especial, el art. 9, n. 2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>56</sup>.

Este desplazamiento de la comprensión de los límites de la citada Declaración y de la anterior ley de libertad religiosa hasta los documentos internacionales ha sido puesta de relieve por González del Valle, que —al estudiar las fuentes en que se inspira el art. 3, n. 1, de la ley orgánica— concluye diciendo: «Así, pues, de la antigua Ley de Libertad Religiosa se conserva el considerar los límites a la libertad religiosa como elementos del orden público; pero se da al orden público, no el antiguo contenido, inspirado en la declaración *Dignitatis humanae*, sino el contenido del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos»<sup>57</sup>.

de la responsabilidad personal y social. Todos los hombres y grupos sociales, en el ejercicio de sus derechos, están obligados por la ley moral a tener en cuenta los derechos ajenos y sus deberes para con los demás y para con el bien común de todos. Hay que obrar con todos conforme a la justicia y al respeto debido al hombre. Además, como la sociedad civil tiene derecho a protegerse contra los abusos que pueden darse so pretexto de libertad religiosa, corresponde principalmente al poder civil el prestar esta protección. Sin embargo, esto no debe hacerse de forma arbitraria o favoreciendo injustamente a una parte, sino según normas jurídicas conformes con el orden moral objetivo, normas que son requeridas por la tutela eficaz, en favor de todos los ciudadanos, de estos derechos, y por la pacífica composición de tales derechos; por la adecuada promoción de esa honesta paz pública, que es la ordenada convivencia en la verdadera justicia; y por la debida custodia de la moralidad pública. Todo esto constituye una parte fundamental del bien común y está comprendido en la noción de orden público. Por lo demás, se debe observar la regla de la entera libertad en la sociedad, según la cual debe reconocerse al hombre el máximo de libertad, y no debe restringirse sino cuando es necesario y en la medida en que lo sea». Cfr. Concilio Vaticano II. Constituciones. Decretos. Declaraciones (Madrid 1965), pp. 792-793.

55. Vid texto en nota 8.

56. «2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o de la protección de los derechos o libertades de los demás». (HERVADA-ZUMAQUERO, 364).

En idénticos términos se expresa el art. 18, n. 3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, si bien omite la necesidad de que estos límites se entiendan tal y como se configuran en el ámbito de la sociedad democrática (HERVADA-ZUMAQUERO, 1429).

57. Cfr. *La regulación legal de la libertad religiosa*, en «Derecho Eclesiástico...», cit., p. 275.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el art. 3, n. 1 de la ley se aleja, en cierto sentido, de la influencia de los textos internacionales, y no invita solamente a una matización de la noción de orden público mediante el expediente de tener en cuenta el dato de los derechos fundamentales como criterio corrector de las nociones clásicas, sino que —al configurar los derechos fundamentales y las libertades públicas como *elementos que constituyen el orden público*— sugiere la construcción de un nuevo concepto.

Esta invitación parece que ha encontrado respuesta en una reciente monografía de Calvo, en la que la noción de orden público se perfila con unos nuevos rasgos<sup>58</sup>.

Sin entrar en todos los aspectos de esta construcción, parece fundamental subrayar que, para este autor, «lo primordialmente público del orden público no lo constituyen propiamente aquellas *materias de trascendencia pública* —en cuanto estatales, en un sentido prioritario—, que se refieren al orden material y que son controladas por el *poder público*. Más bien, en cambio, lo primordialmente público del orden público, en cuanto noción primariamente jurídica, está constituido por aquellos *asuntos de trascendencia pública*, en cuanto prioritariamente sociales, que se refieren al *orden jurídico*, y que están protegidos por el *Derecho*»<sup>59</sup>.

Desde esta perspectiva, emerge a un primer plano la opción personalista del art. 10 de la Constitución. Por ello, puede afirmarse que «el orden público tiene determinados *objetos nucleares de protección: la persona y el libre y legítimo* ejercicio de lo propiamente personal. El legítimo ejercicio de los derechos de la persona lleva consigo inseparablemente el respeto a los derechos de los demás («*alterum non laedere*»). De este modo, el orden público se presenta como *ámbito del legítimo ejercicio* de las libertades, que exige armonizar la libertad de cada uno con la libertad y seguridad jurídica de todos, ya que el orden público incluye tanto el bien de la persona como el de la colectividad»<sup>60</sup>.

Calvo analiza también la noción de orden público en relación con las fuentes del Derecho Eclesiástico español, deduciendo lo siguiente: «Una aplicación básica e inmediata de esta garantizadora protección del orden público al derecho de libertad religiosa es la referida al derecho de cada creyente a recibir la adecuada atención religiosa, y a la expresión y difusión de las propias creencias. Esta exigencia no cons-

58. Cfr. *Orden público...*, cit.

59. Cfr. *ibid.*, p. 278.

60. Cfr. *ibid.*, pp. 279-280.

tituye sino una clara aplicación de los criterios generales de la Constitución al fenómeno religioso, en cuanto factor social, y es recogida oportunamente tanto en los vigentes Acuerdos del Estado español con la Santa Sede como en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa»<sup>61</sup>.

Aunque es cierta la conexión que el autor hace entre «libertad religiosa» y «derecho de cada creyente», hay que subrayar, sin embargo, que esta posición quizá sea excesivamente restrictiva al no contemplarse las posturas agnósticas o ateas que, obviamente, también son objeto de protección del derecho de libertad religiosa. Así se desprende de las declaraciones de derechos que —como ya hemos visto— no adoptan posturas a favor de la religiosidad, sino que tutelan la libertad de opción de toda persona, sin entrar a valorar si la respuesta es de signo positivo o negativo<sup>62</sup>. En el mismo sentido se manifiesta la ley orgánica que —al regular los derechos individuales inherentes a la libertad religiosa y de culto— reconoce no sólo el derecho a profesar una determinada creencia religiosa, sino también el derecho a *no profesar ninguna*<sup>63</sup>.

En materia de derechos colectivos, si bien es cierto que el ámbito de protección se restringe a los creyentes, tampoco hay que olvidar la importante función que protagoniza la cláusula de orden público, impidiendo que se produzcan discriminaciones entre creyentes y no creyentes por la vía de Derecho común y de Derecho especial.

Por lo que se refiere a las soluciones de Derecho especial, hay que tener en cuenta que una concepción amplia de los contenidos de libertad plantea inevitablemente el problema de la relevancia en el Derecho español de las normas de los grupos confesionales, las cuales, son una expresión de la autonomía que reconoce la ley<sup>64</sup>.

Tal relevancia en el ordenamiento del Estado se podría limitar a atribuir a estas normas el rango de Derecho estatutario, cuya publicidad está conectada con los requisitos de la inscripción<sup>65</sup>. Sin em-

61. Cfr. *ibid.*, p. 282.

62. Vid. textos en nota 33.

63. Art. 2: «Uno. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas».

Para el estudio de estos y otros derechos individuales reconocidos por la ley, vid. nota 48.

64. Vid. nota 51.

65. Este esquema no es una aportación nueva entre nosotros y ya se manejó hace algunos años por la doctrina eclesiasticista española, teniendo en cuenta los precedentes italianos, a propósito de la licencia en la enajenación

bargo, la incidencia de las normas confesionales en el orden secular puede ser mayor a través de los dos mecanismos de conexión más característicos: la remisión y el presupuesto<sup>66</sup>. De hecho, ambas figuras han sido ya utilizadas en los Acuerdos firmados entre el Estado y la Iglesia Católica, y no es de excluir que esta práctica se traslade a futuros Acuerdos con otras confesiones.

En este contexto, las cuestiones de límites son, de suyo, indispensables para lograr una armonía entre los dos tipos de normativas que coexisten paralelamente, porque la absoluta irrelevancia de las normas confesionales dejaría sin contenido práctico la autonomía, y la primacía de éstas —aunque no se centrara únicamente en el derecho de una determinada confesión— por encima de la incompetencia del Estado en materia religiosa, pondría en riesgo el principio de laicidad<sup>67</sup>.

El tema aún no ha sido estudiado entre nosotros, pero la ley se ha cautelado frente a excesos de esta naturaleza por el juego de las relaciones entre cláusulas de salvaguarda, que cumplen a la vez una función de apoyo a la autonomía de los grupos religiosos frente a las posibles ingerencias del poder estatal, y de barrera, para que esa capacidad de autodeterminación no lesione el legítimo ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Constitución<sup>68</sup>.

canónica y sus conexiones con el Derecho español. Merece ser destacado en este sentido, el trabajo de R. NAVARRO VALLS, *La licencia en la enajenación canónica y el Derecho español*, en «Ius Canonicum» 10 (1970), pp. 303-392.

Por otra parte, no hay que olvidar que este planteamiento es ya Derecho positivo al venir reflejado en el Acuerdo Jurídico que, en su art. 1, n. 4, concede a la legislación canónica el valor de derecho estatutario. En todo caso, para una mayor información al respecto, vid. nota 51.

66. Vid, para este tema, A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Problemas generales...*, cit.

67. Por lo que se refiere al principio de laicidad, vid. P. J. VILADRICH, *Principios...*, cit., pp. 214-224.

68. El art. 6 de la ley, después de reconocer la autonomía institucional y normativa de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas, afirma: «En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, y en especial de los derechos de libertad, igualdad y no discriminación».

Aunque el tema debe ser estudiado con mayor profundidad, parece que el legislador al contemplar esta figura está pensando en la tutela de la identidad de la confesión mediante cláusulas con relevancia en el ordenamiento del Estado. No obstante, surge la prudencia del legislador que se cautela en este concreto tema pensando que si bien las citadas cláusulas son una defensa frente a indebidas ingerencias de los poderes públicos, su existencia no puede llegar a impedir la eficacia de la protección por parte del Estado de los derechos constitucionalmente reconocidos. Para el desarrollo de esta delicada cuestión, vid. también, nota 51.