

## VII. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA\*

La Constitución española de 1978 no contiene, ni en su preámbulo ni en su texto articulado, referencia expresa alguna a Dios. ¿hemos de derivar de ello que configura un Estado laico? No es posible ofrecer una respuesta adecuada sin cumplir un doble requisito: ahondar en su regulación de los derechos y libertades fundamentales y determinar qué habríamos de entender por “laico”. Este calificativo puede en efecto reenviar a planteamientos tan diversos entre sí como la laicidad o el laicismo.

Por laicismo habría que entender un diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso. Su actitud sería más de no contaminación que de indiferencia o de auténtica neutralidad. Esa tajante separación, que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual, puede acabar resultando más bien neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público. Su versión patológica llevaría incluso a una posible discriminación por razón de religión. Determinadas propuestas pueden acabar viéndose descalificadas como confesionales por el simple hecho de que encuentren acogida en la doctrina o la moral de alguna de las religiones libremente practicadas por

\* Texto original. Publicado en versión alemana: “Religionsfreiheit aus spanischer Perspektive”, en Tettinger Peter, J. und Stern Klaus (eds.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar: Europäische Grundrechte-Charta*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, pp. 334-344. Publicado resumido: “Religionsfreiheit und Laizismus in Spanien”, en Banaszak, Boguslaw y Bernaczyk, Michal (eds.), *Praktyczne i teoretyczne aspekty prawa konstytucyjnego* Wroclaw, Wydawnictwo Uniwersytetu Wroclawskiego, 2006, pp. 197-205.

los ciudadanos. Nada más opuesto a la laicidad que enclaustrar determinados problemas civiles, al considerar que la preocupación por ellos denotaría una indebida injerencia de lo sagrado en el ámbito público.

Así podría estar ocurriendo en la opinión pública española cuando se plantea la defensa de la vida humana prenatal, la libre elección de centros escolares o la protección de la familia monogámica y heterosexual. Esto puede explicar la sorprendente ruindad, gobierne quien gobierne, de las políticas de apoyo a la familia en un país que, en buena parte como reflejo paradójico de años de crisis interna en la Iglesia católica, ofrece una de las tasas de natalidad más preocupantemente reducidas de Europa.

### 1. *Dimensión negativa de la libertad religiosa*

Ya el arranque del artículo 16.1, CE, descarta toda óptica laicista: “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”. Se desborda un planteamiento individualista, que identificaría la libertad religiosa con la mera libertad de conciencia, sin contemplar su posible proyección colectiva y pública. Se garantiza pues un ámbito de libertad y una esfera de *agere licere*, con plena inmunidad de coacción, sin que su despliegue deba soportar “más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

A ello es preciso añadir lo que la jurisprudencia constitucional española ha caracterizado respectivamente como dimensiones “negativa” y “externa” de la libertad ideológica y religiosa. La primera se refleja en el artículo 16.2, CE, que rechaza toda práctica inquisitorial: “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Cabría discutir si ello convertiría en anticonstitucionales algunas preguntas que se realizan en formularios de concesiones de becas y algunos otros textos, donde es necesario explicitar, por ejemplo, la religión que se

práctica;<sup>152</sup> o si la Constitución lo único que hace es garantizar el derecho al silencio, pero no prohíbe la posibilidad de formularlas, por más que se adivinen efectos poco deseables. En todo caso, una de sus inmediatas consecuencias será una elemental exigencia de laicidad. Para preservar un abierto pluralismo es preciso aceptar una doble realidad: no hay propuesta civil que no se fundamente directa o indirectamente en alguna convicción; ha de considerarse por lo demás irrelevante que ésta tenga o no parentesco religioso.

Esto descarta la arraigada querencia laicista a suscribir un planteamiento maniqueo de las convicciones; sobre todo a la hora de proclamar el dudoso postulado de que no cabe imponer convicciones a los demás. Aparte de que parece obvio que la mayor parte de las normas jurídicas existen para lograr que alguien realice una conducta de cuya conveniencia no se muestra suficientemente convencido (sea apropiarse de lo ajeno, negarse a contribuir al procomún o incluso sembrar el terror para lograr objetivos políticos...), no hay fundamento alguno para dirigir tal consejo sólo a quienes no ocultan sus convicciones religiosas, como si los demás estuvieran menos convencidos de sus propios planteamientos.

En Europa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, incluida luego en la parte II del tratado que pretendía proponer una Constitución para Europa, confirma ambos extremos. Alude —dentro del título II bajo el rótulo “Libertades”— a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, que incluye a su vez la “libertad de cambiar de *religión o de convicciones*”.<sup>153</sup> Igualmente el mandato de “no discriminación” —dentro del título III, bajo el rótulo “Igualdad”— empareja a las que puedan derivarse de “religión o convicciones”.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> Así lo sugiere el diputado G. Peces-Barba, al explicar el voto del grupo socialista ante la Comisión del Congreso. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, p. [1028].

<sup>153</sup> Artículo II-70.1 (antes 10.1).

<sup>154</sup> Artículo II-81.1 (antes 21.1).

No en vano, ya en el debate constituyente, se plantearon enmiendas que añadían al artículo 16 un epígrafe cuarto, destinado a reconocer la objeción como derecho.<sup>155</sup> Se habría así adelantado la Constitución española a lo previsto en el ámbito europeo por la mencionada Carta, que —en lo relativo a la ya aludida “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”— vincula a ella “el derecho a la objeción de conciencia”, estableciendo que se reconoce “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.<sup>156</sup>

El Tribunal Constitucional encuentra ahora ocasión de aclarar que “la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”, y que la *interpositio legislatoris* prevista en el artículo 30.2, CE, se precisa “no para reconocer” el derecho, sino sólo para “regular” su “aplicabilidad y eficacia”.<sup>157</sup>

Lo mismo resultaría válido en contexto opuesto: sin perjuicio de que en el ámbito interno las religiones puedan —o incluso deban— llegar a ser algo más que ideologías, resulta indudable que en el ámbito público no deben verse peor tratadas que cualquiera de ellas. La Constitución española ya comenzó por emparejar “libertad ideológica, religiosa y de culto”, cerrando así el paso a la dicotomía laicista: remitir a lo privado la religión y el culto, reservando el escenario público sólo para un contraste entre ideologías libres de toda sospecha. Nada más ajeno a la laicidad que convertir al laicismo en religión civil.

<sup>155</sup> Así ocurre con las núm. 17 y 452 presentadas en el Senado. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios, cit.*, nota 152, t. III, pp. 2676-2677 y 2854.

<sup>156</sup> Artículo II-70.2 (antes 10.2).

<sup>157</sup> STC 15/1982, del 23 de abril, A.1 y F.6. Tres años más tarde, en plena polémica sobre la despenalización del delito de aborto en determinados supuestos, recordará que “la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución”. STC 53/1985, del 11 de abril, F.14. Menos tajante se mostrará casi un decenio después, ante el intento de un pacifista de extender su objeción de conciencia no ya al servicio militar sino también a la prestación social sustitutoria. STC 321/1994, del 28 de noviembre, F.4.

## 2. *Laicidad positiva*

Pero lo que sin duda llevará a desechar toda interpretación laicista será el epígrafe tercero. Éste arranca de lo que el Tribunal califica como “laicidad positiva”, de modo tan insistente<sup>158</sup> como poco afortunado. Paradójicamente en efecto la expresa en términos negativos como “aconfesionalidad”: “ninguna confesión tendrá carácter estatal”; pero cuando la laicidad auténticamente positiva entra en escena es realmente con el mandato incluido en la frase siguiente: “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”. Nos encontramos, pues, ante un Estado que se compromete a ser neutral, pero a la vez se reconoce al servicio de una sociedad que no es neutra ni, en la medida en que se respete su pluralismo, tiene por qué verse neutralizada.<sup>159</sup>

Esto modifica el planteamiento decimonónico de la laicidad, que la entendía como una declaración estatal de agnosticismo, indiferentismo o ateísmo. Ahora el Estado actúa laicamente al considerar lo religioso exclusivamente como factor social específico. Ello resulta compatible con un fomento de carácter positivo, que llevaría a aplicar al factor religioso un *favor iuris* similar al que se da al arte, el ahorro, la investigación, el deporte, etcétera.

Este planteamiento de la laicidad en su dimensión positiva se ve confirmado si rastreamos el origen del término “laico”. Lo encontramos en Grecia vinculado a lo popular, lo perteneciente al pueblo llano y lo ajeno a la administración. A los hombres que reducían su actividad al ámbito de la vida privada, desentendién-

<sup>158</sup> *Cfr.* nota 111.

<sup>159</sup> R. Navarro Valls alude a la jurisprudencia constitucional alemana para resaltar que “invocando la libertad religiosa negativa no puede verse coaccionado o recortado el derecho de libertad religiosa positiva”. “Justicia constitucional y factor religioso”, *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, Comares, 1998, p. 31, nota 25.

dose de la vida y funciones públicas, se les aplicaba un término bien distinto y sugerente: eran los *idiotai*.

Laico sería el ciudadano de a pie, titular de derechos, y no mero receptor pasivo de las decisiones de los representantes institucionales de turno; sean éstos los que integran la jerarquía de su confesión o los que transitoriamente ejercen la del Estado. Una laicidad positiva, con contenido propio, encuentra su más adecuado contrapunto en cualquier actitud clasificable como *clerical*, tanto en su dimensión política de relación confesión-Estado como en la eclesial de relación jerarquía-fieles.

Clericalismos aparte, el Estado será en realidad laico cuando permita serlo al ciudadano, situando en consecuencia en el centro del problema el libre ejercicio de sus derechos. Dejará de serlo —por confesional o por laicista— cuando se empeña en imponer a los súbditos su particular y especializado punto de vista, derivado del modo de organizar sus propias relaciones; no las del ciudadano: una vez más pues, *cuius regio eius religio* o, ahora en versión laicista, *cuius regio eius non-religio*.

Sobre este convencimiento reposa la actitud laicista por un doble motivo. Por una parte, niega en la práctica condición de ciudadano al creyente. Si dice algo, habría que dar por supuesto que es porque su jerarquía le ha dicho que lo diga. Lo discrimina con ello, al negarle toda capacidad de pensar por cuenta propia, o de arbitrar autónomamente entre las diversas soluciones que cabe diseñar al servicio de idénticos principios. No menos clericales que machistas eran los que, en pleno siglo XX español, negaban desde la izquierda política el voto a la mujer, al dar por hecho que acabarían votando lo que les sugiriera el cura. Clerical también resulta hoy la actitud de quienes, en clave laicista, patentan un concepto trucado de convicciones. Las detectan sólo —con aire prohibitivo— en aquellos de los que, aunque manejen argumentos civiles, cabe sospechar que los emparentan con puntos de partida confesionales. Por el contrario, a quienes los fundan en otro tipo de *Weltanschauung* habría que considerarlos, al parecer, tan poco convencidos como para que no quepa temer que

impongan sus puntos de vista; podrán en consecuencia formular sus propuestas sin condicionamiento alguno.

Como alternativa, desde un modelo de querencia laicista, se sugiere que para la plena realización de la laicidad no basta con separar Estado y confesiones, sino que “es absolutamente necesaria la separación entre Estado y sociedad”, para evitar lo que se califica como “confesionalidad histórico-sociológica”.<sup>160</sup> El cumplimiento de tal receta exige inevitablemente una actividad neutralizadora, que reforme la sociedad con ayuda de las normas jurídicas. Habermas no dejará de apuntar que “no deberíamos confundir en ningún caso la secularización del poder estatal con la secularización de la sociedad”.<sup>161</sup>

### 3. *Clericalismo civil*

Al igual que el clericalismo eclesiástico se caracteriza por desconocer la autonomía de lo temporal, el laicismo se convierte en clerical al no respetar la autonomía de lo espiritual. El clericalismo eclesiástico pretende asumir el monopolio de lo público, y considera a sus fieles, e incluso a las instituciones civiles en las que se insertan, como mera *longa manus* de sus superiores dictados. El laicismo clerical niega la autonomía de lo espiritual, al percibir forzosamente el fenómeno religioso como poder político y negarse a compartirlo. En el fondo del laicismo late la incapacidad de distinguir entre poder y autoridad, percibiendo a ésta como un poder rival. En realidad, la autoridad nunca es poder, sino prestigio —cultural, científico, moral o religioso— reconocido. Sólo el poder totalitario, que aspira a gobernar cultura, ciencia y moral, recluyendo al efecto a la religión en la sacristía, se siente incómodo cuando el fenómeno religioso se proyecta en el ámbito público.

<sup>160</sup> Llamazares, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, 2a. Madrid, Civitas, 2002, p. 53.

<sup>161</sup> Habermas, J., “La voz pública de la religión. Respuesta a las tesis de Paolo Flores d’Arcais”, *Claves de Razón Práctica*, 2008 (180), p. 5.

Este peculiar clericalismo laicista es el que lleva a enclaustrar determinados problemas, sustrayéndolos a todo debate, con el expeditivo procedimiento de convertirlos en ejemplos arquetípicos de dictadura eclesial. Así ocurrió cuando la protección penal de la vida del no nacido fue presentada como ilegítima imposición confesional.<sup>162</sup>

En resumen, la laicidad implica un triple ingrediente:

1. Los poderes públicos no sólo han de respetar las convicciones de los ciudadanos, sino que han de posibilitar que éstas sean adecuadamente ilustradas por las confesiones a que pertenecen.

2. Los creyentes, formada con toda libertad su conciencia personal, han de renunciar en el ámbito público a todo argumento de autoridad, razonando en términos compartibles por cualquier ciudadano y sintiéndose ellos, antes que su jerarquía eclesial, personalmente responsables de la solución de todos los problemas suscitados por la convivencia social.

3. Los agnósticos o ateos no pueden tampoco ahorrarse esta necesaria argumentación, sino que también han de aportarla. Ello implica renunciar a esgrimir un descalificador argumento de no autoridad, que los llevaría a una inquisitorial caza de brujas sobre los fundamentos últimos de las propuestas de sus conciudadanos.

Si no se cumple esta última condición, cualquier intento de entendimiento resultará yugulado. No será un creyente quien sugiera que, en la medida en que los ciudadanos agnósticos estén convencidos de que

las tradiciones religiosas y las comunidades de religión son, en cierto modo, una reliquia arcaica de las sociedades premodernas que continúa perviviendo en el momento presente, sólo podrán

<sup>162</sup> Lo rechazó la STC 70/1985, del 31 de mayo, F.6, volviendo por pasiva la actitud de las recurrentes, condenadas por aborto, que dicen oponerse a que “un grupo religioso o ideológico imponga particulares concepciones al resto de la sociedad”; les recuerda que se está “aplicando una normativa promulgada antes del actual ordenamiento constitucional, mantenida tras éste, todo ello pese a las mutaciones operadas respecto de las libertades ideológicas y religiosas”.



entender la libertad de religión como si fuera una variante cultural de la preservación natural de especies en vías de extinción. Desde su punto de vista, la religión ya no tiene ninguna justificación interna. Y el principio de separación entre la iglesia y el Estado ya sólo puede tener para ellos el significado laicista de un indiferentismo indulgente.<sup>163</sup>

#### 4. *Igualdad religiosa*

La inclusión de la referencia expresa a la Iglesia católica fue uno de los momentos más complicados del delicado consenso entre los constituyentes, superado gracias a un displicente apoyo de los diputados comunistas frente a la beligerancia de los socialistas.<sup>164</sup> El alcance de dicha cooperación y las posibles consecuencias discriminatorias respecto a confesiones minoritarias quedan abiertas a la experiencia posterior. El Estado español firmó en enero de 1979 una gama de acuerdos con la Santa Sede, que se vieron en 1992 acompañados por otros tres: los suscritos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, la Federación de Comunidades Israelitas y la Comisión Islámica.

Ayudará a valorar la situación tener en cuenta que, al 1 de enero de 1998, las entidades religiosas inscritas en el registro eran 899.<sup>165</sup> En su mayoría (744) se trataba de “iglesias y entidades

<sup>163</sup> Habermas, J., “La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el ‘uso público de la razón’ de los ciudadanos religiosos y seculares”, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 146 y 147.

<sup>164</sup> *Cfr.* sobre la modificación del anteproyecto. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, cit., nota 152, t. I, pp. [10, 396, 146, 180, 183, 197, 242, 320, 485 y 515]; sobre su debate en el Congreso, t. I, pp. [680, 719 1020, 1027 y 1028]; t. II, pp. [1885, 2046, 2052 y 2065]; sobre las enmiendas y debate en el Senado, t. III, pp. [2677, 2792, 2839, 2854, 2910, 3222, 3224-3226 y 3230-3231]; t. IV, pp. [4416-4418 y 4422].

<sup>165</sup> De ellas 803 lo están a título de entidad religiosa, es decir, de Iglesia, confesión o comunidad religiosa, según la terminología de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 68 como entidad asociativa, y 28 como entidad federativa. *Guía de entidades religiosas de España (Iglesias, confesiones y comunidades*

evangélicas”, un 64.5% de las cuales (488) están agrupadas en la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), con la que formalizó un acuerdo el Estado español en 1992. La Federación de Comunidades Israelitas de España agrupa a su vez a 11, que suponen el 73.3% de las de dicho carácter, mientras la Comunidad Islámica de España agrupa a otras 71, que suponen el 71.7% de las de ese credo. Los acuerdos<sup>166</sup> acababan por tanto afectando inicialmente a 570 de las entidades religiosas inscritas; además de a la Iglesia católica... Doce años después, como ya hemos visto,<sup>167</sup> las cifras se han incrementado notablemente.

El mandato de cooperación demostrará su dimensión positiva al emparentar, en la literatura académica y en la jurisprudencia constitucional, con la dimensión promocional del artículo 9.2 CE, según el cual

corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Se ha tendido a identificar, por razones obvias, este artículo con la promoción de la igualdad, pero su texto invita a hacerlo del mismo modo con la libertad.

Resulta relevante esta superación de la dimensión negativa, propia de la llamada “primera generación de los derechos y libertades”, de neta impronta liberal. Se ha resaltado que esto

*minoritarias*), Madrid, Ministerio de Justicia, 1998, pp. 21-23. En septiembre de 1977 las confesiones registradas eran sólo 261. Pérez-Llantada, J., *La dialéctica Estado-religión ante el momento constitucional*, Madrid, UNED, 1978, t. II, p. 131.

<sup>166</sup> Respectivamente aprobados por las leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas del 10 de noviembre.

<sup>167</sup> *Supra*, notas 119-121.

constituye una novedad, porque implica el reconocimiento de la religión, no sólo como un ámbito recluido en la conciencia individual, sino como un hecho social, colectivo y plural; es decir, supone la toma en consideración de la realidad social como elemento vinculante para la actuación de los poderes públicos. Habría entrado en juego una laicidad positiva, que se caracterizaría por una actitud de cooperación, mientras que la meramente negativa implicaba sólo indiferencia o distancia.<sup>168</sup>

Prueba de ello quedará cuando se discuta si la inscripción de las confesiones en el registro de entidades religiosas debe considerarse como la mera constatación fáctica de su existencia o como una calificación de su carácter religioso con una dimensión jurídica constitutiva.

Resulta fácil, en efecto, cooperar con las diversas confesiones si se sabe cuáles deben considerarse tales. La entrada en juego de los llamados “nuevos movimientos religiosos”, con frecuencia apostrofados como *sectas*, complica la situación. Será precisamente la denegación de esa inscripción a la Iglesia de la Unificación, más frecuentemente identificada como *Secta Moon*, la que llevará al Tribunal Constitucional, en sentencia avocada al pleno y con el voto particular de un tercio de sus miembros, a optar por la primera solución. Convertir la inscripción registral en trámite calificador implicaría un “injustificado obstáculo que menoscaba el ejercicio, en plenitud, del derecho fundamental de libertad religiosa”.<sup>169</sup> Sólo cabrá denegación si se constata que se trata de una de las asociaciones expresamente excluidas por el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 7/1980, del 5 de julio, de libertad religiosa: las “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”.

<sup>168</sup> El propio Tribunal Constitucional levanta acta de que ahora “se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional”. STC 46/2001, del 15 de febrero, F.4.

<sup>169</sup> STC 46/2001, F.9.

Abierto este amplio campo de juego, llega el momento de plantearse los contornos del efectivo alcance de la cooperación, lo que exige tener en cuenta tres aspectos:

- 1) el obligado respeto al mandato de no confesionalidad;
- 2) la necesidad de hacer compatible esta cooperación de los poderes públicos con la garantía de la libertad de conciencia de sus funcionarios;
- 3) la adecuada proporcionalidad en la cooperación prestada a unas y otras confesiones.

Se han considerado los *acuerdos* con evangélicos, islámicos y judíos como un hecho histórico; precisamente porque intentan acabar con una visión intencionadamente dualista de la realidad sociorreligiosa española —católicos y no católicos—, a la vez producto y causa de una diferencia de trato jurídico. Ello no impide que se resalte también el carácter virtualmente idéntico de su contenido; consecuencia de que su elenco temático se encuentra marcadamente inspirado en la normativa concordada con la Santa Sede, lo que aboca a una absoluta uniformidad. Se estima que se han acentuado excesivamente los rasgos comunes, hasta el extremo de suscitar serias dudas respecto al efectivo cumplimiento de la función que teóricamente les corresponde.<sup>170</sup> Ello llevará a dictaminar que las expectativas se han visto, en parte, defraudadas.

A la hora de la verdad, las quejas procedentes de otras confesiones parecen apuntar más hacia la eliminación de las ventajas de que gozaría la Iglesia católica, que a ver satisfechas reivindicaciones propias. Se denuncia que se habría utilizado “el criterio cuantitativo para defender el establecimiento de diferencias cualitativas”, pero se hace también auto-stop argumental en la ya aludida confesionalidad sociológica: la discriminación más sensible no suele plantearse como una expresa negativa jurídica,

<sup>170</sup> Martínez Torrón, J., *Separatismo y cooperación*, Granada, Comares, 1994, pp. 1, 3, 99, 134 y 135.

sino que sería resultado de una ausencia de regulación o de costumbre<sup>171</sup> fruto de la inercia.

### 5. *Asistencia religiosa a las fuerzas armadas*

En cuanto al posible efecto discriminatorio para otras confesiones del trato reservado a la Iglesia católica, será la regulación de la asistencia religiosa a las fuerzas armadas la que precipite ya en 1981 el debate. Se trataba de concretar el régimen de ascenso de los capellanes católicos, integrados en cuerpos específicos de funcionarios castrenses. Los diputados socialistas recurrentes interpretan a su modo la doctrina académica que propone que el trato a la Iglesia católica sirva como “paradigma extensivo” orientador de la cooperación con las restantes confesiones. Consideran inconstitucional la existencia del citado cuerpo, y aventuran que también lo sería, “por omisión”, el no haberse previsto capellanías de otras confesiones.

El razonamiento, formulado en clave laicista, cobra visos de argumento *ad absurdum*, al plantearse una cooperación tan igualitaria como prácticamente inviable; la proporcionalidad sólo podría verse satisfecha igualando neutralizadamente por abajo.<sup>172</sup> Se propone una “análoga tutela del interés religioso de otras confesiones”, de modo que “la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas se extienda a todas”, para garantizar “un derecho igual de libertad religiosa”; ni siquiera “la inexistencia de Acuerdos” podría diferir esa “obligación de los poderes públicos de extender la

<sup>171</sup> López Lozano, C. y Blázquez Burgo, M., “Problemática jurídica general de las Iglesias evangélicas españolas”, *Pluralismo religioso y Estado de derecho*, cit., nota 119, pp. 183 y 190, que detallan algunas diferencias resultantes.

<sup>172</sup> Años después, en voto discrepante se recogerá un significativo *obiter dictum*, no contrapuesto a la postura de la mayoría: con el artículo 16 en España “no se instaura un Estado laico, en el sentido francés de la expresión”, que considere que “todas las creencias, como manifestación de la íntima conciencia de la persona, son iguales y poseen idénticos derechos y obligaciones”. Voto particular del magistrado Jiménez de Parga, con tres adhesiones, a la STC 46/2001, del 15 de febrero, del Pleno.

asistencia religiosa en favor de otras confesiones”. La exigencia de que “la ley articule los modos y procedimientos que hagan posible esa asistencia”<sup>173</sup> resulta más razonable, sin perjuicio de su irrelevancia constitucional.

El Tribunal Constitucional, sin voto discrepante alguno, aprovecha la angostura del proceso de amparo para limitarse a constatar que no hay trato discriminatorio, ya que “no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas”; sólo si ellas la reclamaran y el Estado “desoyera los requerimientos”, podría darse tal vulneración.<sup>174</sup> La resolución cobra una particular relevancia, por haber abordado de modo directo el juego de libertad e igualdad, como “principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del estado hacia los fenómenos religiosos”. La respuesta no puede ser más neta: “el principio de igualdad es consecuencia del principio de libertad en esta materia”.<sup>175</sup>

Confluirán en otros casos la no confesionalidad y las exigencias de la libertad religiosa de los funcionarios —primer y segundo aspecto que habíamos señalado— ante la proliferación de celebraciones en las que, por ejemplo, no es fácil discernir si se trata de ceremonias religiosas con participación militar o de actos castrenses de contenido religioso. ¿Nos hallamos ante perezosas secuelas de la vieja confesionalidad o ante legítimas muestras de cooperación? La respuesta ha de situarse en un contexto social con notable protagonismo de la religiosidad popular.

Buena prueba de ello lo constituyó la parada militar celebrada en Valencia con motivo del V centenario de la advocación de la Virgen de los Desamparados. En lo que al primer aspecto se refiere, el Tribunal considera con meridiana claridad que no se trata de “actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar,

<sup>173</sup> STC 24/1982, del 13 de mayo, A.2,b), e) y g).

<sup>174</sup> STC 24/1982, F.4.

<sup>175</sup> STC 24/1982, F.1.

de una festividad religiosa”.<sup>176</sup> No encuentra por lo demás en ello mayor problema, en claro desmarque de la óptica laicista. Asunto distinto, que nos introduce ya en el segundo aspecto, es el que movió a un sargento a considerar vulnerada su libertad, tras verse obligado a participar en el acto. Había solicitado por escrito no tomar parte, con la compañía de honores de los marines en la que en ese momento se hallaba integrado, en la parada militar prevista para rendir honores a la imagen, conducta que sería luego secundada por otros veinticuatro suboficiales. Denegado el permiso, abandonó la formación en dicho momento de la ceremonia y se negó a participar en otra similar al día siguiente, por lo cual sufrió una sanción disciplinaria. Planteó una querrela por delito contra la libertad religiosa, pero fue archivada por el Tribunal Supremo. Considerando vulnerado su derecho de libertad religiosa recurrió en amparo.<sup>177</sup>

En sede constitucional se estima que la resolución judicial impugnada se apoya en “una concepción del derecho a la libertad religiosa que este Tribunal no puede compartir”. El sargento habría ejercitado la “vertiente negativa” de su libertad religiosa, ya que el artículo 16.1 “garantiza la existencia de un claustro de creencias” y “un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”. Todo ello obligaba a evitar lo que él consideraba “un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias”, por el que “un poder público, incumpliendo el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado”, y la consiguiente “neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa”, le había obligado a participar “en un acto, que estima de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales”.<sup>178</sup>

Sin perjuicio de afirmar sin rodeos que “el artículo 16.3 no impide a las fuerzas armadas la celebración de festividades re-

<sup>176</sup> STC 177/1996, del 11 de noviembre, F.10.

<sup>177</sup> STC 177/1996, A.2,b) y F.1.

<sup>178</sup> STC 177/1996, F.9.

ligiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza”, el Tribunal recordará, en lo que al segundo aspecto señalado afecta, que deberá siempre “respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia”.<sup>179</sup>

## 6. *Neutralidad estatal*

Años después, el mismo Tribunal recordará que el artículo 16.3, CE, “tras formular una declaración de neutralidad”, “considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la iglesia católica y las demás confesiones”.<sup>180</sup> La alusión a la neutralidad resulta particularmente relevante, dado que uno de los argumentos más socorridos del laicismo sería su actitud neutral ante las diversas opciones religiosas, alejada de una parcialidad presuntamente perturbadora. En un contexto de cooperación, lo neutral no puede identificarse con lo neutro; esto permite descartar de inmediato un inevitable efecto neutralizador. Hay pues una toma de partido por una libertad positivamente valorada, que no se sacrifica a una uniformadora igualdad.

Siendo la libertad religiosa un derecho particularmente vinculado a la persona, el laicismo se muestra por el contrario más atento a su repercusión social; antepone obsesivamente igualdad a libertad, hasta el punto de convertir a ésta en públicamente irrelevante. De ahí que la respuesta laicista acabe exigiendo una actitud más neutralizadora que neutra. La distinción entre actitud neutral y neutra resulta un eco de la ya comentada, al recordar

<sup>179</sup> Se insiste en ello en la posterior y más evasiva STC 101/2004, del 2 de junio. Asunto distinto, y que lleva a la paradójica desestimación del amparo, es que “no todo acto lesivo de un derecho fundamental es constitutivo de delito”, por lo que aunque la autoridad militar “vulneró la vertiente negativa de su derecho fundamental a la libertad religiosa”, no lo hizo necesariamente “mediante una conducta merecedora de sanción penal”. STC 177/1996, F.10 y 11.

<sup>180</sup> STC 46/2001, del 15 de febrero, F.4.



que no es lo mismo exigir al Estado una “neutralidad de propósitos”, por la que “debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina particular en detrimento de otras”, que imponerle el logro de una “neutralidad de efectos o influencias”; resultará imposible que su intervención deje de tener importantes consecuencias prácticas sobre la capacidad de cada doctrina de expandirse o ganar adeptos.<sup>181</sup>

Nadie ha considerado necesario explicar a qué nos referimos al hablar de libertad ideológica, como tampoco parece nada problemático captar el alcance de la libertad religiosa. Sí sería obligado preguntarse si el pluralismo, como valor superior del ordenamiento, sería compatible con una igualdad ideológica, que persiguiera una efectiva parificación de efectos entre las diversas propuestas ideológicas en juego. Nada menos pluralista que una pluralidad planificada con garantizada igualdad final. Tampoco pues tendría mayor sentido proponer una igualdad religiosa, capaz de garantizar una parificación de los efectos de la actuación de los poderes públicos sobre las diversas confesiones a las que los ciudadanos pueden libremente adherirse. La cooperación, como el pluralismo, no remite a una pluralidad planificada, sino a un tener en cuenta las creencias profesadas por los ciudadanos, fruto de su libre voluntad y en consecuencia previsiblemente desiguales.

Quizá, como se ha señalado, se eche en falta un determinado proceso de aprendizaje. En vez de dar por supuesta la pretendida neutralidad del laicismo, habría que reflexionar sobre en qué medida la actitud de los ciudadanos agnósticos en una “sociedad postsecular” requiere “un cambio de mentalidad” no menos exigente del que supone para los creyentes la adaptación “a los desafíos de un entorno que se seculariza cada vez más”. Para que ello sea posible sería necesario aprestarse a defender una “Ilustración que se cerciora críticamente de sus propias limitaciones”. Como consecuencia, los ciudadanos agnósticos acabarían enten-

<sup>181</sup> *Supra* nota 13.

diendo “su falta de coincidencia con las concepciones religiosas como un desacuerdo con el que hay que contar razonablemente”. Surgiría así una nueva “ética democrática de la ciudadanía”, que habría que exigir “razonablemente a todos los ciudadanos por igual”, lo que llevaría a unos y otros a recorrer “procesos de aprendizaje complementarios”.<sup>182</sup>

### *7. Religión en el ámbito educativo y laboral*

El artículo 16, CE, encontrará un relevante complemento en el epígrafe tercero del artículo 27, que garantiza el derecho a la educación y la libertad de enseñanza: “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. El intento de que su alcance acabe limitado a la posibilidad de que los ciudadanos elijan centros privados con ideario confesional, mientras en los centros públicos no se daría enseñanza religiosa, fracasa muy pronto.<sup>183</sup>

Más llamativo será el intento de hacer girar sobre ese epígrafe tercero todo el contenido del artículo 27. Lo plantean unos padres no españoles, presuntamente vinculados a los llamados “Niños de Dios”, que pretenden asumir íntegramente la educación de sus hijos cuestionando su escolarización en centros homologados. El Tribunal da por buena la apreciación judicial previa, contraria a la actitud de la Generalidad de Cataluña. Nos hallaríamos ante una “escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños y, en definitiva no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país”.<sup>184</sup>

<sup>182</sup> Habermas, J., *La religión en la esfera pública*, cit., nota 163, pp. 147 y 148.

<sup>183</sup> La STC 5/1981, del 13 de febrero, F.8 rechaza esa interpretación del ideario en clave laicista: “no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa”.

<sup>184</sup> STC 260/1994, del 3 de octubre, A.2,c) y F.2.

El alcance efectivo del ejercicio de la libertad religiosa acabará cobrando contornos más precisos al verse ponderado con el de otros derechos fundamentales en juego.

Así ocurre en el ámbito laboral. Hemos insistido en que sería una falsa laicidad la que llevara, en clave laicista, a una actitud depuradora de cualquier realidad social próxima o remotamente deudora de influencias religiosas. Tampoco tendría mucho sentido proyectar rígidamente sobre la vida social variopintas exigencias religiosas que llegaran a generar una fragmentación perturbadora. Ocasión de ilustrarlo brindará la trabajadora, adherida a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que pretende que la conversión le da derecho a que su descanso semanal no se produzca en domingo, al imponerle su religión la inactividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. Solicita en consecuencia que se declare nulo el despido de que fue objeto por inasistencia al trabajo, argumentando en su favor que, al haberse basado el Tribunal Central de Trabajo en el obligado respeto a lo suscrito por la “mayoría social”, inevitablemente “se llega a una situación en la que la confesión más extendida en una sociedad se convierte en confesión estatal”.<sup>185</sup>

La laicidad cobra así protagonismo, al resultar obvio que la posible conexión religiosa detectable en la solución a un problema civil no le resta viabilidad en un contexto secular. Ejemplifica, a la vez, la imposibilidad de llegar a resolver posibles discrepancias a través del logro de la ya descartada neutralidad de efectos. Expresión de lo primero son también los convenios de la OIT, que señalan que “el periodo de descanso semanal coincidirá, siempre que sea posible, con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o las costumbres del país”; sin perjuicio de hacer notar en algún caso que “las costumbres de las minorías religiosas serán respetadas, siempre que sea posible”, a que lo pueden contribuir acuerdos personales o convenios colectivos.

A lo convenido se atuvo en efecto el Tribunal Constitucional, que considera que la trabajadora pretende que “se le dispense de

<sup>185</sup> STC 19/1985, del 13 de febrero, A.2,C) y E).

las obligaciones que libremente aceptó”, lo que acabaría afectando al principio de seguridad jurídica. La empresa no habría llevado a cabo, en contra del “principio de neutralidad”, ninguna “acción coercitiva impeditiva de la práctica religiosa”, aunque es obvio que no le ha “posibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos”. El que “el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo” obedece sin duda a una tradición fruto de un mandato religioso, pero no por ello su permanencia implica el “mantenimiento de una institución con origen causal único religioso”; se trata, a estas alturas, de una “institución secular y laboral” vinculada a un día de la semana “consagrado por la tradición”.<sup>186</sup> No se trata pues de una “institución marcadamente religiosa”, que pueda quedar “a la voluntad de una de las partes” por respetables que sean sus convicciones. Se ha elegido “el día tradicional y generalizado”, con lo que al coincidir con la jornada en que “vacan las oficinas públicas, los centros escolares, etcétera, se facilita mejor el cumplimiento de los objetivos del descanso”.<sup>187</sup> La sentencia resulta en la práctica notablemente restrictiva, ya que —a diferencia de sistemas como el italiano— no reconoce derecho alguno.

### 8. *Libertad religiosa y derecho a la vida*

Particularmente graves son los problemas suscitados dentro de la tensión entre ejercicio de la libertad religiosa y la protección del derecho a la vida, ante la negativa de “Testigos Cristianos de Jehová” a recibir transfusiones de sangre. Uno de sus adeptos reclamará a la administración el reintegro de los gastos que debió realizar en un centro sanitario privado, para someterse a una

<sup>186</sup> Esto es lo que ha llevado a la ley a señalar “un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá a la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo” (artículo 37.1 del Estatuto de Trabajadores), sin perjuicio de modificaciones por contrato laboral o convenio colectivo STC 19/1985, F.1, 2 y 4.

<sup>187</sup> STC 19/1985, F.4 y 5.

intervención quirúrgica sin recurrir a transfusiones; posibilidad que la sanidad pública le había negado. El tribunal entiende que ello “excede del contenido concreto de la asistencia sanitaria exigible a la Seguridad Social y no es equiparable a la denegación injustificada de tratamiento”. No ve que se plantee un problema de mayor o menor prestación de medios, ya que el recurrente “no pide más de lo que la Seguridad Social tiene previsto”, sino que pretende que se le facilite “prescindiendo de un remedio cuya utilización, por pertenecer a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen”.<sup>188</sup>

La solución no resultó muy convincente, ni para el afectado ni para uno de los magistrados. En su voto particular recuerda cómo ya se había autorizado por vía judicial, a petición de la sanidad pública, una transfusión de sangre al mismo enfermo en una intervención previa, pese a los reparos del recurrente; no acaba, por otra parte, de entender cómo las exigencias de la *lex artis* puedan ser distintas de un centro médico a otro y en una clínica privada, como a la que el recurrente se dirigió, pueda garantizarse y hacerse efectivo lo que en un centro público se deniega.<sup>189</sup>

Más lamentable resultará la situación ante la negativa de otros Testigos de Jehová a autorizar una transfusión de sangre, imprescindible para su hijo de trece años, aquejado de una posible leucemia. Firmes siempre en su actitud, no se oponen sin embargo a que las instituciones sanitarias, con el debido apoyo judicial, asuman las responsabilidades que consideren obligadas. Su comportamiento parece cumplir con escrúpulo los criterios tradicionalmente propuestos por los moralistas para afrontar la llamada cooperación al mal. El problema se complica cuando, al

<sup>188</sup> Por lo demás, no considera que a estas situaciones sean “equiparables los supuestos de error de diagnóstico”. STC 166/1996, del 28 de octubre, F.2, 3 y 6.

<sup>189</sup> Aparte de considerar “inapropiada” la reiterada cita de la STC 19/1985 sobre descanso dominical, estima a la vez que la “actividad prestacional” exigida por el artículo 9.2, “que corresponde garantizar a los poderes públicos”, no puede “ser deferida, sin más, a la decisión de los profesionales médicos”. STC 166/1996, voto particular del magistrado González Campos, 1, A), B) y 2,B).

pretender los médicos intervenir con la preceptiva autorización judicial, es el propio menor el que rechaza tal posibilidad, con un grado de crispación tal como para hacerles desistir; ante el temor de que en tales circunstancias la intervención acabe resultando contraproducente desde un punto de vista estrictamente sanitario. Tras muchas idas y venidas, el menor acaba teniendo tardío acceso a la intervención requerida y fallece.

Los padres fueron condenados penalmente por homicidio, en su modalidad de comisión por omisión, aunque no dejara de apreciarse una muy cualificada atenuante de obcecación. El Tribunal Constitucional, pese a tratarse de un recurso de amparo, decide significativamente abordar la cuestión en el Pleno, y no en una de sus Salas. Se plantea la relevancia de la actitud del menor, dado que el propio Código Penal admite que una relación sexual mantenida con jóvenes de doce años pueda considerarse consentida. Considera sin ninguna duda al menor como titular del derecho a la libertad religiosa. Igualmente analiza si los deberes derivados de la patria potestad obligaban a los padres bien a disuadir a su hijo —en flagrante contradicción con sus propias convicciones y con las que a él mismo le inculcaron—, o bien a autorizar personalmente la transfusión, de modo similarmente contradictorio. La conclusión será que “los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales”.<sup>190</sup> La actitud de los padres, por tanto, “se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa”, que habrá que entender vulnerada por la sentencia condenatoria del Supremo.<sup>191</sup>

<sup>190</sup> Se recuerda, por otra parte, que los padres “se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión” tardíamente; tampoco quedó “acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiera otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”. STC 154/2002, del 18 de julio, F.4, 9,a), 14, 11 y 12.

<sup>191</sup> STC 154/2002, F.15. J. J. González Rivas considera que la sentencia da así “respuesta al voto particular de la STC 166/1996”, del magistrado González Campos (epígrafe 1,A), según el cual, con ocasión de la huelga de hambre de

El problema conecta ocasionalmente con otros no menos polémicos, al recordarse que la vida es un “valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”, reiterando pasajes de la sentencia que declaró inconstitucional el primer intento de despenalización del aborto en determinados supuestos. Se reitera también que “el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”.<sup>192</sup> En consecuencia, “no puede convenirse que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser”.<sup>193</sup> Esta última alusión afectaría con más nitidez a la relevancia constitucional de una posible despenalización de la eutanasia.<sup>194</sup>

Lustros después, el paso de la confesionalidad católica del régimen franquista al sistema de cooperación, parece haber convertido a la Constitución española de 1978 en un instrumento eficaz para una garantía y promoción de la libertad religiosa en un positivo ambiente de laicidad. No cabe afirmar que la Iglesia católica, abrumadoramente mayoritaria en la sociedad española, haya sido la única beneficiaria, aunque sí se ha visto claramente excluida toda interpretación laicista del texto constitucional

terroristas del GRAPO, “se había perdido la ocasión de determinar si era no legítima una asistencia médica coactiva a quien no está en relación de sujeción especial”. “Introducción y contenido constitucional del art. 16 de la Constitución española: aconfesionalidad y laicidad”, *Pluralismo religioso y Estado de derecho*, *cit.*, nota 119, p. 68.

<sup>192</sup> Fuera ya del contexto de particular sujeción que se daba en las sentencias sobre las huelgas de hambre de los terroristas del GRAPO *cfr.* STC 53/1985, del 11 de abril, por una parte, así como las SSTC 120/1990, del 27 de junio, 137/1990, del 19 de julio, y 11/1991, del 17 de enero, por otra. De todas ellas nos hemos ocupado en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

<sup>193</sup> STC 154/2002, del 18 de julio, F.12.

<sup>194</sup> Sobre el alcance de esa posible despenalización nos hemos pronunciado también en “La invisibilidad del otro. Eutanasia a debate”, *Revista Cortes Generales*, 2002 (57) pp. 37-62; incluido luego en *Bioderecho*, *cit.*, nota 192, pp. 203-230.