

ACERCA DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA (*)

ANTONIO LOPEZ CASTILLO

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. EN BUSCA DE UNA CIERTA PRECISIÓN CONCEPTUAL: IDEAS Y CREENCIAS: 1. *Ideas y libertad ideológica: un apunte.* 2. *Creencias y libertad religiosa:* 2.1. *Creencias religiosas y no religiosas: una propuesta.* 2.2. *La libertad religiosa:* 2.2.1. *Objeto de protección y concepto de libertad religiosa:* 2.2.1.1. Objeto de protección. 2.2.1.2. Concepto. 2.2.2. *Titularidad y derechos expresivos de la libertad religiosa:* 2.2.2.1. *Titularidad:* a) *Las Comunidades...* b) *Los individuos...* 2.2.2.2. *Derechos de la persona y derechos de las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas:* a) *Los derechos de las Comunidades...* b) *Los derechos de los individuos.* 2.2.3. *Límite(s):* 2.2.3.1. *De la limitación constitucional del orden público: un apunte.* 2.2.3.2. *De los «elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática»:* una referencia: a) *Los derechos de los demás...* b) *La seguridad (pública) y la salud (pública)...* c) *La moralidad pública...*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

No obstante su larga andadura histórica y creciente reconocimiento normativo, no parece precisamente fácil la tarea de determinar qué sea, jurídicamente hablando, la libertad religiosa. Desde luego, así como no faltan referencias normativas, sería exagerado pretender la carencia o insuficiencia de ensayos dogmáticos (1); que, pese a ello, persistan las zonas de umbría y no falten tampoco los lugares comunes en su tratamiento, seguramente algo tenga que ver

(*) Estas páginas son parte de un trabajo sobre el derecho fundamental de libertad religiosa en vías de elaboración. Deben entenderse, por tanto, como un borrador.

(1) Como exagerado parece lo que asevera, por ejemplo, J. MANTECÓN SANCHO: «El derecho fundamental de libertad religiosa...», 1996, pág. 115: «Se puede afirmar, sin temor a exagerar, que sobre la libertad religiosa se ha dicho todo (o casi todo); y desde todos los ángulos y posiciones doctrinales posibles.»

con la dificultad de aprehensión dogmática de un concepto, el de libertad religiosa, que de ordinario aparece en los textos constitucionales (e ius internacionales) en compañía de algunos otros vocablos histórica y dogmáticamente próximos; así, en particular, en el artículo 16.1 (2 y 3) de la Constitución.

La libertad religiosa se garantiza en la Constitución española, en efecto, junto a «la ideológica» que la precede y la «de culto» que copulativamente la sigue en el párrafo primero, en tanto que en el párrafo segundo, sirviéndose esta vez de los sustantivos, el término «religión», precedido como va igualmente por el de «ideología», viene en este caso adversativamente seguido de la palabra «creencias» la cual aparece a su vez acompañada, en el párrafo tercero, del calificativo «religiosas».

En consecuencia, caracterizar la libertad religiosa exige una previa referencia, así como en atención a sus diversos elementos, a la formulación en su conjunto. Debe recordarse, a este propósito, el alcance y relevancia práctica que para el mundo constitucional históricamente ha tenido la lucha por la tolerancia, primero, y por la libertad religiosa, después (2). Y hecho sea el recordatorio, al margen de toda eventual controversia teórica sobre qué fuera primero, si la sustancia (libertad religiosa) o la forma (garantías procesales) (3).

La libertad religiosa ha sido, pues, sementera que con el pasar de las estaciones y las labores de un cultivo diligente ha ido germinando y brindando sus frutos semánticos a expensas de ser a la sazón recolectados y seleccionados, y elaborados luego en un lento proceso de compleja y diversa manufactura dogmática que, ocasionalmente, ha pasado de esta imagen nutricia de la libertad religiosa entendida como simiente, a su inmersión, si no dilución, en el seno de una libertad comprensiva que, de atender a algunos de los enfoques relevantes en liza, podría ser tanto una genérica libertad de pensamiento, a la francesa (4),

(2) En torno a los avatares de esta, cuando no cruenta, penosa andadura a uno y otro lado del Atlántico, vid., por ejemplo, la síntesis ofrecida por A. TRUYOL SERRA: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, 1995, en particular, págs. 64 y sigs., 161 y sigs. y 254 y sigs.

Por lo que a su reflejo en nuestro constitucionalismo histórico se refiere vid. las referencias que ofrezco en «Acerca de la libertad religiosa en el tiempo», en *REP*, 102 (1998), págs. 217, 219 y sigs..

(3) A este propósito cfr., por ejemplo, M. KRIELE: *Introducción a la teoría del Estado* (1980), págs. 208 y sigs.

(4) Así, por ejemplo, J. M. SERRANO ALBERCA: artículo 16 (1 y 2), en F. GARRIDO FALLA y otros: *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed. ampliada, 1985, págs. 284, 287, quien (con base en J. RIVERO: *Les libertés publiques*, 1977, II, pág. 120) sostiene que la «libertad de opinión, de creencias, ideológica y de conciencia son aspectos o manifestaciones de la libertad de pensamiento» y, acto seguido, que la «libertad de creencia... una forma de manifestación de la libertad de pensamiento que (...) comprende tanto la libertad religiosa (en su aspecto creencial) como la li-

cuanto, en variante de una cierta pujanza y predicamento en la doctrina eclesiasticista española, la libertad ideológica o/y la libertad de conciencia (5).

Ahora bien, el esfuerzo dogmático en este campo, séase o no eclesiasticista, antes que una vuelta hacia la comunidad de origen y su árbol genealógico, asunto siempre de interés, seguramente deba centrarse en los elementos positivos disponibles a fin de obtener, reconocida como queda su incontrovertible parentela, una imagen del derecho de libertad religiosa con la cual intentar componer acto seguido el rompecabezas que, como en otros campos, también aquí resulta de la vida social (6).

Embarcados en semejante empeño se habrá de atender tanto a su configuración constitucional (art. 16 y concordantes) y articulación normativa (en lo fundamental, mediante la LO de libertad religiosa), cuanto al contexto iusinternacional propiciado *ex Constitutione*, en virtud de la cláusula de apertura interpretativa del artículo 10.2.

La garantía constitucional inmediata de «libertad ideológica, religiosa y de culto» o la interdicción de toda obligada declaración de la «ideología, religión o creencias», de una parte, e iusinternacional (y, en consecuencia, constitucional mediata) de «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (o convicciones)», de otra parte, obliga a un cierto esfuerzo de acomodación y podría, llegado el caso, devenir incluso un elemento nutriente de eventuales insuficiencias o, si se prefiere, de la supuesta parquedad textual de estas previsiones constitucionales.

Lo primero a este propósito, dado que parentesco implica similitud pero no identidad, sería intentar la identificación de aquel bien u objeto específico de

bertad ideológica (o de convicciones... sobre cualquier concepción del mundo independiente de su relación con una religión determinada, y cuya vertiente moral sería la libertad de conciencia».

(5) Vid., por ejemplo, D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, 1989 (2.ª ed., 1992), pág. 18, que habla «de los derechos de igualdad y libertad ideológica y religiosa, en definitiva, de la libertad de conciencia»; y, en síntesis, A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ: voz «Libertad de conciencia», en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, págs. 4022 y sigs. [«Libertad de conciencia significa tanto libertad ideológica como libertad religiosa. Ambas, no son dos especies del mismo género, libertad de conciencia, sino que una es subespecie de la otra. La libertad religiosa es una subespecie de la libertad ideológica (... y) a su vez, el resultado de ese momento de decisión libre en la esfera íntima del sujeto, que forma el núcleo de la libertad de conciencia»].

(6) Cfr., no obstante, la expresión un tanto desmedida de I. C. IBÁN: «La libertad religiosa», en IDEM, L. PRIETO SANCHÍS y A. MOTILLA DE LA CALLE: *Derecho eclesiástico*, 1997, págs. 101-102: «Sin desconocer el mérito intelectual que pueda tener el teorizar acerca de la relación... con otras categorías, como libertad de pensamiento o libertad de conciencia, entiendo que nada tiene que ver ello con el Derecho español. Nuestra Constitución reconoce tres derechos y a los tres hay que atenderse».

unas libertades, a las que *prima facie* habrá que presuponer una sustancia propia, sin llegar por ello al extremo de endosarles una estanqueidad que acaso no se sostenga (7).

II. EN BUSCA DE UNA CIERTA PRECISION CONCEPTUAL: IDEAS Y CREENCIAS

Parece, a este propósito, muy recomendable comenzar por la traza, al modo orteguiano, de una primera y clara divisoria entre ideas y creencias (8). «Las ideas se tienen; en las creencias se está» (9), es la divisa de un magisterio que concibe la «(c)reencia (como aquello) con lo que contamos absolutamente, pensemos en ello o no (en tanto que la) idea es aquello con que no contamos sino que elaboramos, construimos en vista de una falla en nuestras creencias» (10).

Si vale el argumento de autoridad, cabría entonces decir que las ideas, esto es, los pensamientos y ocurrencias en cuya virtud la persona intenta comprender su mundo y el que le rodea desde perspectivas o enfoques muy diversos relativos a lo político, lo filosófico, lo científico, lo poético, lo artístico, etc... (sin olvidarse tampoco de lo mítico y religioso, asunto sobre el que se volverá más

(7) Vid., en particular, la matizada elaboración de P. J. VILADRICH BATALLER: «Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978», en *RDPú*, 1983, págs. 65, 115 y sigs.

(8) De la divisoria orteguiana, ciertamente no desconocida por la doctrina iuseclesiasticista, se hacen eco, por ejemplo, J. A. SOUTO PAZ: *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias* (1995), págs. 17 y sigs.; D. LLAMAZARES: *Derecho...* (I), 1997, pág. 13. Vid. asimismo STC 53/1995, FJ. 8.º

(9) «Con nuestras creencias estamos inseparablemente unidos. Por eso cabe decir que lo somos. Frente a nuestras concepciones gozamos de un margen, mayor o menor de independencia (...) Quien cree, quien no duda, no moviliza su angustiosa actividad de conocimiento (...) La creencia es certidumbre en que nos encontramos sin saber cómo ni por dónde hemos entrado en ella...» (J. ORTEGA Y GASSET: *Ideas y Creencias*, 1986, págs. 23, 31-32, 54-55).

(10) En *ibid.*, pág. 71. En la estela de este planteamiento orteguiano vid., sobre todo, M. ZAMBRANO: *El hombre y lo divino* (1955), 1992, *passim*; e IDEM: *Persona y democracia* (1958), 1996, pág. 136 «Las ideas son hijas de la duda... y como pensamiento son, por tanto, hijas de la soledad humana, que sólo se da en el individuo, las ideas han sido, pues, pensadas un día por alguien determinado, en un momento determinado. Mientras que las creencias... pertenecen al pasado... a menudo ni siquiera caemos en la cuenta de que son creencias; vivimos de ellas, sin más. Cuando se piensa, en cambio, se va hacia el futuro... las creencias las sentimos siempre venir desde el pasado; por ello nos sostienen y nos acogen como un regazo cuando el porvenir se nos oscurece y se nos cierra.»

Ya en un plano genérico cfr. la contraposición lógica de estos conceptos en J. HINTIKKA: *Knowledge and Belief: An Introduction to the Logic of the Two Notions* (1962); y, en síntesis, J. FERRATER MORA: *Diccionario de Filosofía* (1991), voz «Creencias», en págs. 1-660 y sigs.

adelante) (11), a fin, si es que fuese ésta su voluntad y siendo ello posible, de incidir en él conforme a un ideario o programa ideológico propio (sin que a estos efectos importe su grado de propiedad), en prosecución de sus propios fines y sin otras limitaciones y restricciones que las resultantes del orden público constitucional (12).

1. *Ideas y libertad ideológica: un apunte*

En consecuencia, al derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica», «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» (13), etc..., se habría aun de agregar el derecho a su manifestación de obra, mediante comportamientos, actitudes o conductas asimismo expresivas de una libertad que «no se agota en una dimensión interna del derecho a adop-

(11) Vid., por ejemplo, P. J. VILADRICH BATALLER: «Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978», en *RDPú*, 1983, págs. 82-83 «(...) la libertad de pensamiento no es libertad moral ni falta de relación objetiva entre el intelecto y la realidad de las cosas, sino sólo inmunidad de coacción civil, por no ser competencia del Estado imponer coactivamente una determinada concepción del mundo a los ciudadanos (...) la libertad ideológica del artículo 16 y las concretas manifestaciones de la libertad de pensamiento del artículo 20 obedecen... a un mismo derecho fundamental que se acostumbra a sintetizar con la fórmula "derecho a la libertad de pensamiento"», cfr. artículos 18 de la Decl. Universal y del PIDCyP; y el artículo 9.1 del CEDH, por ejemplo; J. M. BENEYTO: «Libertad ideológica y religiosa (art. 16)», en O. ALZAGA VILLAA-MIL: *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española*, t. II, 1984, págs. 331, 346. Cfr., en cambio, la caracterización a la francesa de J. M. SERRANO ALBERCA: «Artículo 16 (1 y 2)», en F. GARRIDO FALLA y otros: *Comentarios a la Constitución* (2.ª ed.), 1985, pág. 287: «La libertad de opinión, de creencias, ideológica y de conciencia son aspectos o manifestaciones de la libertad de pensamiento.»

(12) Cf., en particular, STC 120/1990, FF.JJ. 6 y 7 «(...) es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley... » (vid. VV.PP. de Rodríguez-Piñero: «(...) condicionar la decisión de imponer la alimentación forzosa a la propia legitimidad del fin perseguido por la huelga de hambre (...) aparte la dificultad de la valoración... supone traspasar la cuestión al plano de la ponderación de la vida y la salud como bienes constitucionales, al plano de la reivindicación misma perseguida por los recurrentes, e interferirse en el medio de presión utilizado»; y Leguina Villa «(...) ninguna relación de supremacía especial —tampoco la penitenciaria— puede justificar una coacción... que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás...»).

(13) Vid. SSTC 20/1990, FJ. 3; 153/1985, FJ. 5 (VP).

tar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones (que comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos...)» (14); una exteriorización como ésta quedará así en principio cubierta por el paraguas de una libertad ideológica concedida por el Tribunal Constitucional con «la máxima amplitud...» (15), descartando expresamente la eventual confusión entre la libertad ideológica y sus concretas manifestaciones que de haberse producido no habría sido sino en detrimento del alcance constitucional de un derecho (16), si bien no ilimitado, «esencial... para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político...» (17). Así entendida, la libertad de actuar conforme al propio pensamiento que en el marco de la libertad ideológica halla tutela, resultaría contraria no ya sólo a la obstaculización, sino a toda intromisión o injerencia coactiva por parte de unos poderes públicos (18) impedidos de toda

(14) Vid., en particular, STC 120/1990, FJ. 10; STC 137/1990, FJ. 8. Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO: en la voz «Libertad ideológica» de la *E. J. Civitas*, cit., págs. 4056 y sigs.; vid. ahora también, con referencias adicionales, G. ROLLNERT LIERN: «Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)», en *REP*, 99, 1998, págs. 227 y sigs.

(15) «... por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el artículo 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales (... e ir) indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento, propugna la CE, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios...» (STC 20/1990, FF.JJ. 4 y 5).

(16) Inadvertencia en la que ocasionalmente se podría caer (cfr., por ejemplo, M. T. ARECES PIÑOL: «Las fronteras entre la libertad religiosa y la libertad ideológica», en *ADEE* (X), 1994, pág. 34).

(17) «(lo cual) hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga “más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 CE) en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. La limitación, por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina, no puede hacerse coincidente en términos absolutos... con los límites que a los derechos de libertad de expresión y de información reconocidos por el artículo 20 de la Constitución, apartados a) y d), impone el número 4 de esta norma (... pues) al trasladar todo el problema a (es)os límites (...) se equipara en punto a limitaciones la libertad ideológica con esos otros derechos fundamentales y por esta vía se restringe la mayor amplitud con que la Constitución configura el ámbito de aquel derecho» (STC 20/1990, FJ. 3).

(18) «(...) para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica... es cuando menos preciso, de una parte, que aquéllos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios —por más que

exigencia de comunión o adhesión a un ideario ideológico no ya oficial, un imposible constitucional como bien se sabe (distinta es la naturaleza, en cambio, de la exigencia de juramento o promesa de acatamiento del orden constitucional en relación con el acceso a cargos y funciones públicas) (19), sino incluso privado (20), dada la fundamentalidad de un derecho cuya promoción y tutela al propio Estado compete.

2. Creencias y libertad religiosa

2.1. Creencias religiosas y no religiosas: una propuesta

Conviene retomar en este punto la divisoria inicial, a fin de recordar que entre la distancia que separa a la creencia de la idea no mediaría tanto el tema que constituya su objeto de atención cuanto la diversa estructura de la una y la otra. Ese objeto de referencia podría ser, en cambio, relevante a la hora de delimitar las religiosas de las demás creencias imaginables. De ser esto así, el concepto de religión sería aquí el elemento determinante. Y justamente de ahí arranca ya el problema, puesto que todos hablamos de religión o de las religiones pero si hubiésemos de ponernos de acuerdo sobre una definición pacífica la respuesta seguramente se fuese complicando tanto más cuanto más amplio fuese el número y procedencia de los congregados a ese fin. Quiere esto decir que, a los efectos de este trabajo, renuncio manifiestamente a ofrecer un concepto unívoco de religión del que no dispongo. Me temo que habré de incurrir inevitablemente en el envaguecimiento (que asiendo una idea clara luego la «eteriza para poderla aplicar a fenómenos muy dispares entre sí») del que se lamentaba el citado Ortega y Gasset al advertir, por ejemplo, que «consideramos como religión no sólo toda creencia en algún dios, sea éste el que sea, sino que

ello pueda tener relevancia ex artículo 20. 1 CE—. De otra parte, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad suficiente para articular la imputación del ilícito constitucional» (STC 120/1990, FJ. 10); STC 137/1990, FJ. 8.

(19) Vid. STC 101/1983, FJ. 5, «el acatamiento a la Constitución no vulnera el artículo 16.1..., sino que es una afirmación de su reconocimiento, por cuanto en nada empecc la defensa y propaganda de las ideas de la reforma de la Constitución y su puesta en funcionamiento institucional, antes al contrario, la reafirma y consolida»; STC 122/1983, FJ. 4; ATC 1227/1988, FJ. 2; STC 119/1990, FJ. X. Cfr., por ejemplo, J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: Voz «Juramento...», en *E. J. Civitas*, cit.

(20) Cfr., por ejemplo, STC 5/1981, FJ. 10; STC 47/1985, FJ. 3.

llamamos también religioso al budismo, a pesar de que el budismo no cree en ningún dios» (21).

Al margen de esta preocupación conceptual, lo cierto es que en el ordenamiento se maneja un cierto acervo acerca de ¿qué sea lo religioso?, decantado con ocasión de la labor de criba que a la DGAR corresponde al enjuiciar la religiosidad de los fines de aquellas entidades que pretenden quedar inscritas en el específico registro de entidades religiosas. Y del mismo habrá que partir (22).

Al margen de su indeterminación, el de fines religiosos parece que fuera entonces un concepto determinable. Antes que nada, mediante la propia normativa orgánica de desarrollo del derecho de libertad religiosa que la Constitución reconoce y tutela. Y la LO 7/1980 ha operado a este propósito, mediante la remisión a la esfera administrativa (art. 5) de una tarea directamente conectada a la inmediata exclusión de su ámbito de protección tanto de «las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos» como de «la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los (estrictamente) religiosos» (art. 3.2) (23).

Marcada la pauta normativa (24), de la práctica administrativa jurispruden-

(21) Vid. J. ORTEGA Y GASSET: *Ideas y creencias*, cit., págs. 56-57.

(22) En efecto, de la inscripción en el registro público (previsto en el art. 5 de la LO 7/1980 cit. y regulado mediante RD142/1981, de 9 de enero) de (pretendidas) entidades religiosas se ocupa la DGAR (y, desde el RD 1.882/1996, de 2 de agosto, más concretamente, la Subdirección General de Organización y Registro). Pues bien, a resultas de la briega relativa a dicha inscripción registral se han ido decantado las exigencias siguientes: la creencia en un Ser supremo, generalmente trascendente, con el que cabría entrar en comunicación; la creencia en un dogma por él revelado, generalmente precipitado en un(os) libro(s), caracterizado al extremo de configurar un credo propio otro; un cuerpo de preceptos o mandamientos morales que sean guía de conducta para los fieles; un culto diferenciado, generalmente integrado por prácticas, ritos, liturgia y oraciones que institucionalmente propician la comunicación con el Ser supremo, generalmente en los templos o lugares de culto; y, una organización diferenciada y, si no permanente, estable y que, aun cuando no necesariamente jerárquica, se halle dotada de una estructura propia y defina tanto la posición de sus miembros, como los criterios de selección y formación las funciones de sus ministros (vid., por ejemplo, G. FUENTES BAJO: «Las confesiones religiosas», en I. MARTÍN SÁNCHEZ (coord.): *Curso de derecho eclesiástico del Estado*, 1997, págs. 197, 203).

Cfr. M. J. ROCA: «La interpretación del concepto "fines religiosos" y la discrecionalidad administrativa», en *ADDE*, XIV (1998), págs. 463 y sigs.

(23) El término entre paréntesis formaría parte del apartado antes de desaparecer finalmente del tenor del artículo 3.2 de la LO 7/1980. En torno al trámite de la LOLR vid. la exhaustiva reproducción de sus fases en M. J. CIÁURRIZ: «La libertad religiosa en el derecho...», cit., 1984.

(24) Cabría decir que el legislador habría delimitado, siquiera por exclusión, el objeto propio de la libertad religiosa. Cf. I. C. IBÁN: «La libertad religiosa», en *IDEM* y otros, 1997, pág. 125: «(...) el artículo 3.2 de la LOLR actúa como un límite a la libertad religiosa, ya que al esta-

cialmente afianzada resulta una creciente identificación de fines religiosos y el par creencia fideísta/actividades culturales; o, de otro modo, tras una primera andadura más laxa la inscripción registral viene siendo negada tanto a grupos que a sus fines religiosos suman actividades productivas o de tipo comercial, como a los que o bien presentan una extrema vaguedad por lo que a esa finalidad religiosa se refiere por concurrir otros fines de enseñanza o beneficencia o bien carecen de ella ciñéndose a la difusión de valores humanísticos o espiritualistas que expresamente excluye la LOLR de su ámbito de protección (25).

Descartada, pues, su (estricta) finalidad religiosa, estas otras creencias (humanistas, espiritualistas, fenomenológicas o, incluso, míticas, animistas, etc...) sin dejar de serlo, esto es, sin convertirse por ello necesariamente en Ideas en el sentido antedicho y conforme a lo que la propia LOLR advierte, simplemente «quedan fuera de (su) ámbito de protección» (art. 3.2 cit.) (26).

2.2. *La libertad religiosa*

2.2.1. *Objeto de protección y concepto de libertad religiosa: un apunte*

2.2.1.1. Objeto de protección

Pero aún quedaría una precisión más por hacer. Frente a la opinión favorable a la integración interpretativa del término creencias por conexión, *ex artículo 10.2 de la Constitución*, a la libertad de conciencia que, junto a la ideológica y religiosa, generalmente se reconoce en los textos iusinternacionales de referencia (27), debe insistirse, primero, en que ideología sería lo uno y creen-

blecer que «quedan fuera (... vendría a establecer) un límite a la libertad religiosa de las manifestaciones de religiosidad no convencionales o tradicionales en la medida que no reciben el mismo tratamiento que los que sí lo son».

(25) Vid., por ejemplo, STS, de 25 de junio de 1990, Fund. d.º segundo (en relación con la llamada Iglesia de la Cienciología). Vid. asimismo, entre otras, STS, de 1 de marzo de 1994, Fund. d.º tercero («una entidad tiene fines religiosos cuando su objetivo fundamental es agrupar a las personas que participan en unas mismas creencias sobre la divinidad»). Vid. M. LÓPEZ ALARCÓN: «La función calificadora en el Registro de entidades religiosas», en *ADEE*, XIV (1998), págs. 433 y sigs.

(26) Lo cual obviamente no podría excluir *a radice* que, si bien no todas, algunas de esas manifestaciones pudiesen en algún momento ulterior pasar *ope lege* desde ese fondo oscuro de lo sagrado seno nutricio de la esperanza humana y sustento de esas creencias que se hallan siempre en el origen de una iluminación o revelación acerca de la que pudiese convenirse ya su religiosidad. En torno a la diferenciación entre lo sagrado y lo religioso vid., en particular, el discurso filosófico-poético de M. ZAMBRANO: *El hombre y lo divino*, cit., *in toto*.

(27) Vid., en esa línea, P. J. VILADRICH BATALLER: «Ateísmo y libertad religiosa...», cit., en *RDPú*, 1983, pág. 85; J. M. BENEYTO: «Libertad ideológica y religiosa...», cit., en O. ALZAGA VI-

cias (religiosas o no) lo otro (28); y, segundo, que tanto de la una como de las otras podría resultar, y de hecho resulta en la práctica, una guía ética de conducta por hipótesis, y en último extremo, oponible frente a deberes jurídicos en la pretensión de obtener dispensa o exención de su cumplimiento precisamente en un empeño de congruente consecuencia con las propias ideas y creencias (religiosas o no) (29).

Así pues, tanto las creencias no (estrictamente) religiosas, como las Ideas (filosóficas, etc...) sobre lo religioso y lo divino, debieran de quedar más bien ubicadas extramuros de la libertad religiosa (30); es cierto que tanto la negación como la propia duda acerca de la divinidad, pueden nacer de la creencia, incluso religiosa, y que, en consecuencia, pueden presentar en origen esa estructura que frente a la Idea caracterizaría a la Creencia (31), pero en virtud de

LLAAMIL: *Comentarios a las leyes políticas...*, cit., 1984, pág. 347. Más confusa, vista desde la concepción que sostiene este trabajo, parece aun la formulación, por ejemplo, de J. M. SERRANO ALBERCA: «Artículo 16 (1 y 2)», en F. GARRIDO FALLA y otros: *Comentarios a la Constitución*, cit., 1985, pág. 287.

(28) Cf., en particular, I. C. IBÁN: «La libertad religiosa», en IDEM y otros: *Derecho eclesiástico*, 1997, págs. 102-103: «(...) el artículo 16 se refiere a «lo religioso» y... entender que la mención de la ideología en el mismo lo pretenda ser a opciones políticas, estéticas, etc., carece de sentido (...) la libertad religiosa es la ejercida en el seno de las confesiones, es la que regula la LOLR, es, en definitiva, aquella que trae su origen en la creencia de la existencia de un ser supremo, en tanto que las otras opciones religiosas (agnosticismo, ateísmo e indiferentismo) tiene su encaje en la libertad ideológica».

(29) Vid. STC 15/1982, FJ. 6 «(...) la libertad de conciencia... supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma»; vid., asimismo, STC 19/1985, FJ. 2; cfr., por ejemplo, STC 160/1987, FJ. 3.º; STC 55/1996, FJ. 5.º

En esta misma línea vid., por ejemplo, también I. MARTÍN SÁNCHEZ: «El derecho fundamental de libertad religiosa», en IDEM (coord.): *Curso de Derecho eclesiástico del Estado*, 1997, pág. 104 «(...) la libertad de conciencia está implícitamente reconocida en el artículo 16.1... en cuanto que es el presupuesto de las libertades ideológica y religiosa, sin que quepa identificarlas con ninguna de las dos (... y, entendida) como el derecho a actuar según las propias convicciones... no puede denominarse, en sentido estricto, libertad de conciencia, sino ejercicio del derecho de las libertades ideológica y religiosa».

(30) Vid. en esta línea, por ejemplo, J. J. AMORÓS AZPILICUETA: *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, 1984, págs. 178 y 182: «El ateo, pues, exige no ser distinto, en sus derechos... del creyente... él no tiene una fe religiosa, sino una convicción, porque para él no hay nada que venerar (...) el ateísmo no es una fe. Es una convicción... Es cultura, ideología, pensamiento, doctrina, pero no religión...». Cfr. I. C. IBÁN: *La libertad religiosa*, cit. (en nota 24).

(31) Esto mismo parece latir en J. ORTEGA Y GASSET: *Ideas y creencias*, cit., cuando sostiene que «(l)a diferencia entre la fe y la duda no consiste, pues, en el creer. La duda no es un “no creer” frente al creer, ni es un “creer que no” frente a un “creer que sí”. El elemento diferencial está en lo que se cree. La fe cree que Dios existe o que Dios no existe (...) Se duda porque se está

su elaboración y articulación doctrinal el ateísmo, como el agnosticismo o el indiferentismo religiosos, aun cuando directamente relacionados con lo religioso y divino (32), serían ya más Ideas que creencias (33).

Lo anterior en modo alguno ha de entenderse como la desprotección ius-constitucional de su manifestación o exteriorización. Desde luego, según pienso, el artículo 16 lo excluye *a radice*; antes que nada, negativamente, en virtud de la interdicción prevista en su apartado segundo (en conexión con la que resulta del art. 14 Const.) (34), pero también, positivamente, mediante la eventual activación de la libertad de conciencia ínsita en su apartado primero que, en los términos y con el alcance que se dirá, colinda con el principio de neutralidad (ideológica y de creencias) que, en el marco de un orden constitucional *stricto sensu*, delimita toda actuación (incluso mediata) de los poderes públicos.

Distinto pareciera ser, en cambio, el juicio acerca de las manifestaciones de esa religiosidad inquietante y sombría que se esconde tras la veneración o adoración, no del supremo Bien(hechor), sino del Mal(igno) o antidiós (35).

en dos creencias antagónicas, que entrechocan y nos lanzan la una a la otra... Al sentirse caer en esas simas... el hombre reacciona... (y) se esfuerza en «salir de la duda» (...) Los huecos de nuestras creencias son, pues, el lugar vital donde insertan su intervención las ideas... « (págs. 35 y 37).

(32) A este propósito, cfr., en particular, las consideraciones de M. ZAMBRANO: *El hombre y lo divino*, cit., págs. 127 y sigs. «La ausencia, el vacío de Dios podemos sentirlo bajo dos formas que parecen radicalmente diferentes a simple vista: la forma intelectual del ateísmo, y la angustia, la anonadadora irrealidad que envuelve al hombre cuando dios ha muerto (...) el ateísmo puro, racional, (es) distinto cuando se da —tan raramente—, de las formas en que se niega a Dios para destruirlo. El ateísmo niega matemáticamente la existencia de Dios, más se refiere al Dios-idea, pues con el fondo oscuro permanentemente, con las tinieblas del Dios desconocido, ni siquiera cuenta (...) se trata de una acción sagrada, elemental por tanto, ejecutada en el momento de la mayor madurez del hombre (...) Se trata de una de las más profundas paradojas humanas. Realizar una acción sagrada profana (...) Es el ateísmo, pues, el producto de una acción sagrada, de la acción sagrada entre todas que es la de destruir a Dios (...) Son fácilmente recordables los momentos históricos del ateísmo, pues se ha producido en la mayor claridad de los tiempos, en la madurez de la razón (...).»

(33) Diversamente formulado pero con una preocupación por el matiz, en mi opinión, semejante vid. P. J. VILADRICH BATALLER: «Ateísmo y libertad religiosa...», cit., en *RDPú*, 1983, pág. 119: «El supuesto de los no creyentes y el del ateísmo, en nuestra Constitución, es contemplado en tres grandes derechos. Lo que el agnosticismo y el ateísmo tiene de ejercicio libre y propio del acto de fe es un bien o valor reconocido por el derecho de libertad religiosa. Lo que contiene de sistema ideológico y ético (su libre manifestación, el vivir en cononancia con esas opciones, enseñarlas, difundirlas, individual, asociada o institucionalmente, en público y en privado, etc.), es materia de los derechos de libertad de pensamiento o ideológica y de la libertad de conciencia o creencias morales.»

(34) Por lo que a este precepto se refiere vid., por ejemplo, J. M. BILBAO UBILLOS y F. REY MARTÍNEZ: «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional», en M. ARAGÓN REYES y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS: «La Constitución y la práctica del Derecho», 1998, págs. II-243 y sigs.

(35) Otra cosa es que semejante culto sobrepasase el límite de orden público que en el artículo 16.1 de la Const. expresamente enmarca las manifestaciones de libertad religiosa (vid., en

2.2.1.2. Concepto

Lo primero a la hora de desentrañar ya la estructura conceptual de la libertad religiosa, será llamar la atención sobre ese doble carácter o vertiente que, como en general los derechos fundamentales, presenta también la libertad religiosa, tanto principio objetivo como derecho subjetivo (36).

a) Como *principio objetivo* demandará de los poderes públicos una neutralidad (ideológica y) religiosa atendible sólo si los poderes públicos renuncian a toda forma de adoctrinamiento y, con ello, a valoraciones en pro o en

particular, la pertinente observación de J. J. AMORÓS AZPILICUETA: «La libertad religiosa en la Constitución...», cit., 1984, en nota 49 a pie de pág. 185» «(...) lo auténticamente conflictivo no sería la contraposición religión-atéismo, ya que éste no es una fe religiosa; sino la respuesta a la inclusión en el *nomen iuris* de la libertad religiosa de objetos tan dispares, tan claramente enfrentados, como el culto al bien y el culto al mal...».

(36) Vid., en particular, STC 24/1982, FJ. 1 «El artículo 16.3 impide que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales (...) es la libertad religiosa... un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo (...), el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso, y el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico». Vid., asimismo, STC 166/1996, FJ. 2 y, sobre todo, STC 177/1996, FJ. 9 «El derecho de libertad religiosa del artículo 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio artículo 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de «*agere licere*» que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, 120/1990 y 137/1990). Por su parte, el artículo 16.3 CE, al disponer que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales». Consecuencia directa de este mandato es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho «a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado» (STC 24/1982), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 CE)».

Por lo demás, en torno a los principios de laicidad e igualdad, de una parte, y de cooperación, de otra parte, que completan el cuadro resultante del reconocimiento y tutela iusconstitucional de la libertad religiosa vid., por ejemplo, la exposición de M. MORENO ANTÓN, en I. MARTÍN SÁNCHEZ (coord.): *Curso de Derecho eclesiástico*, cit., págs. 63, 69 y sigs.

contra del pluriverso religioso presente en la sociedad; dicho en otras palabras, a salvo la constrictión de sendas manifestaciones en virtud del orden público que constitucionalmente las limita, esto es, a reserva de que *a posteriori* se evidencie una quiebra de dicho orden público constitucional mediante las prácticas culturales de que se trate, *ab initio* no podría clausurarse el espacio constitucional a cualesquiera credos religiosos.

Así formulado, este principio habría de llevar a interpretar restrictivamente tanto el ámbito de discrecionalidad gubernativa ínsito en el enjuiciamiento de la finalidad religiosa de las entidades, previo a la inscripción en el específico registro abierto al efecto en el Ministerio de Justicia, cuanto una posible actividad administrativa admonitoria u orientadora de conductas en relación, por ejemplo, con nuevas (pseudo)religiones o nuevos movimientos religiosos o sectas (y otra cosa distinta y, obviamente debida, sería salir al paso ya de sus comportamientos y conductas, por lesivas del ordenamiento, sea en vía administrativa o incluso penal) (37).

Esta neutralidad no podría oponerse, en cambio, a una promoción y unas relaciones de cooperación de los poderes públicos con las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas, algo constitucionalmente posible, por expresamente previsto, y legislativa y concordatariamente desarrollado (38).

b) En cuanto *derecho subjetivo*, la libertad religiosa se concretará, de un lado, en aquella autodeterminación religiosa garantizada por la inmunidad de coacción que empece toda compulsión por parte de los poderes públicos al efecto tanto de asumir o compartir una determinada creencia religiosa, como de repudiarla y abandonarla o abjurar y apostatar de ella; a la garantía objetiva derivada de la aconfesionalidad estatal vendría a sumarse en este punto la protección específica del artículo 16.2 de la Constitución: «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su... religión...» (39).

De otro lado, si una vez garantizada, la autonomía moral de la persona, pues no otra cosa subyace a la posible adopción de un credo religioso propio, no ha quedar en simple agua de borrajas, por fuerza habrá de conllevar una (aun eventual) consecuente exteriorización de esas creencias religiosas propias

(37) En general sobre la tutela penal de la libertad religiosa vid., por ejemplo, M. MORENO ANTÓN: «Tutela y promoción de la libertad religiosa», en I. MARTÍN SÁNCHEZ (coord.): *Curso de Derecho eclesástico*, cit., págs. 128-130. Sobre la problemática planteada por los llamados nuevos grupos religiosos vid., por ejemplo, G. FUENTES BAJO, en *ibid.*, págs. 234, 239-240.

(38) Vid., en particular, Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre.

(39) Vid. artículo 7 (datos especialmente protegidos) de la LO 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, de 29 de octubre (en *BOE*, de 31 de octubre de 1992). Cfr., en general, M. J. ROCA: *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*, 1992, con referencias de Derecho comparado.

con el único límite constitucional derivado de la observancia del orden público protegido por la ley.

Así pues, si la interdicción antedicha obliga ya inmediatamente *ex Constitutione*, la previsión positiva del apartado primero del artículo 16 Const. obligará de ordinario *ex lege*, lo cual no necesariamente empece toda posible irradiación interpretativa del artículo 16 Const. en el ámbito tanto del Derecho público como del Derecho privado; si en la esfera iusprivatista la susodicha irradiación podría quedar, presupuesta como se halla en este campo la autonomía de la voluntad de las partes, un tanto apagada (40), en la esfera del Derecho público la respuesta no aparece tampoco del todo clara (41).

2.2.2. *Titularidad y derechos expresivos de la libertad religiosa: una referencia*

2.2.2.1. Titularidad

Conforme al artículo 16.1 Const. la libertad religiosa y de culto, esto es, el disfrute de la libertad relativa a las creencias fideísticas y correspondientes actividades culturales, corresponderá tanto a los individuos como a las comunidades.

a) Las Comunidades... Por lo que a éstas hace, el artículo 16.3 Const., al referirse a las relaciones de cooperación a desarrollar en atención (léase, promoción) a las creencias de la sociedad española, alude a «la Iglesia católica y las demás confesiones»; en la LOLR las referencias se ciñen ya a las «Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas» (art. 2.2 y 7, por ejemplo) (42).

Aun cuando no sea éste el interés de estas páginas, no puede dejar de llamarse la atención en este punto sobre cuestiones tales como la interesante desaparición de la referencia a la Iglesia católica en la LOLR y el diverso régimen jurídico resultante por lo que a la cooperación con las Confesiones y grupos religiosos se refiere, de una parte, o la llamativa interpretación hasta ahora realizada de la locución «notorio arraigo en España» clave de acceso, ciertamente discrecional («en su caso»), de las confesiones religiosas más representativas.

(40) Vid., por ejemplo, STC 19/1985, FFJJ. 1-3; cfr. ATC 625/1987, FJ. 3.

(41) Cf. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «El marco normativo de la libertad religiosa», en RAP, 148 (1999), págs. 7, 17 y sigs.

(42) Vid., por ejemplo, G. FUENTES BAJO: «Las confesiones religiosas», en I. MARTÍN SÁNCHEZ (coord.): *Curso de Derecho eclesiástico...*, cit., págs. 218 y sigs.

b) Los individuos... Por lo que a la titularidad individual del derecho se refiere, dada su naturaleza de derecho humano constitucionalizado y su elementalidad integrante de la dignidad propia de toda persona, será éste un derecho indistintamente atribuido a nacionales y extranjeros (43). Así resulta, en efecto, del tenor directo de la Constitución integrado *ex artículo* 10.2 por el conjunto amplio de textos (y, en su caso, resoluciones de ellos derivadas) iusinternacionales. La titularidad de derechos (fundamentales) por parte de extranjeros plantea, no obstante, más allá de la jurídica, una compleja problemática cultural en último extremo sólo (di)soluble en el seno de una sociedad tolerante, que no indiferente o indolente. La extranjería puede llegar a alcanzar en consecuencia cierta significación por lo que al ejercicio (de alguna de las manifestaciones) del derecho fundamental a la libertad religiosa (así, por ejemplo, en el ámbito escolar) se refiere.

El otro elemento de interés por lo que a la titularidad y ejercicio de este derecho fundamental se refiere, tiene que ver con la minoría de edad. En el desempeño de su capacidad de obrar, el menor no se hallaría sujeto a otras limitaciones al ejercitar este derecho que las establecidas *ex lege* o las derivadas del grado de madurez alcanzado al efecto de asumir unas determinadas creencias religiosas y, en su caso, practicarlas conforme a los mandamientos religiosos o preceptivas morales propias de esa concreta fe. Hasta aquí el problema, de surgir, bien podría resolverse acudiendo a la integración de esa voluntad informe o insuficientemente formada del menor mediante el criterio tuitivo de padres o tutores. Y de hecho, justamente sobre esta complementariedad de voluntades del menor y sus padres/tutores gira, por ejemplo, la legislación vigente en materia de protección jurídica del menor, en la cual se conjugan en efecto, de un lado, el reconocimiento de que «el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» y, de otro lado, el recordatorio de que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral» (44).

En supuestos conflictivos y, en todo caso, constatada la falta de la debida cooperación de los mayores responsables, tal y como la propia ley advierte, habría de primar «el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir» (art. 2, *in fine*). A este propósito, con-

(43) Vid. STC 107/1984, FJ. 3. Sobre la jurisprudencia básica a este propósito vid., por ejemplo, F. RUBIO LLORENTE E. A.: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, 1995, artículo 13, en págs. 88, 92.

(44) Vid. artículo 6.1 y 3 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, de 15 de enero de 1996 (en *BOE* de 17 de enero de 1996).

viene no olvidar el desempeño de la relevante función que a la Fiscalía compete (45).

2.2.2.2. Derechos de la persona y derechos de las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas

a) Los derechos de las Comunidades... Por lo que a esta cuestión se refiere, el artículo 2.2 de la LOLR ha previsto expresamente el derecho «a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos (46), a designar y formar a sus ministros (47), a divulgar y propagar su propio credo (48), y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en el territorio nacional o en el extranjero».

Sin entrar en el detalle, me limitaré a destacar en este punto el hecho de que este núcleo de derechos religiosos de las Iglesias..., no dependerá de su concreto régimen jurídico (49). En consecuencia, la inscripción en el específico registro de entidades religiosas no podrá considerarse constitutivo de tales derechos; esta inscripción registral aparece, en cambio, como el presupuesto tanto del reconocimiento de su plena autonomía interna por lo que a la organización, funcionalidad e ideario (o «cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y

(45) Entre sus misiones está la de «defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos» y es, asimismo, función suya «velar por el respeto de... los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (... así como) asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos» (arts. 1 y 3.3 y 7 del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal, regulado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

(46) Vid., asimismo, artículo I.1 del Acuerdo con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos (AAJ) y artículo 2 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, por las que se aprueban los Acuerdos de cooperación del Estado con la FEREDE, FCI y CIE, respectivamente.

(47) Vid., asimismo, artículo I del cit. AAJ y artículo 3 de las Leyes 24, 25 y 26/1992 antes citado.

(48) Cfr. el antes cit. artículo I del AAJ y artículos 2 de las cit. Leyes 24, 25 y 26/1992.

(49) Vid. artículo 2.3 de la propia LOLR 7/1980: «Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos». Cfr., por ejemplo, M. J. CIÁURRIZ: «La libertad religiosa en el derecho español. La ley orgánica...», *cit.*, 1984, págs. 133 y sigs.

carácter») propio se refiere, «sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación» (50), como del eventual establecimiento de «Acuerdos o Convenios de cooperación» (51).

b) Los derechos de los individuos... Según el artículo 2.1 de la LOLR 7/1980: «La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución (52) comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción (53), el derecho de toda persona a», expuesto en síntesis, la libertad de creencias (54); la libertad de culto y de asistencia religiosa (55); la libertad de enseñanza e información reli-

(50) Artículo 6.1 de la LOLR 7/1980 cit. Sobre la autoorganización interna de las Iglesias cfr. artículo 1.2 del cit. AAJ. En relación con las cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa vid., por ejemplo, STS (Sala 3), de 2 de noviembre de 1987, fund. d.º cuarto «(...) siendo indiferente el que tales fines sean o no coincidentes con los de otras Iglesias u Ordenes, pues lo normal, máxime dentro del grupo de las Iglesias Cristianas, es que tales fines coincidan en casi todas ellas, con variantes no demasiado acusadas, dado su origen común; pretender, como sostiene la sentencia de instancia, mayores concreciones para, sin duda, establecer distinciones entre las distintas organizaciones eclesiales cristianas, es exigir particularidades que no resultan del texto legal y de su reglamento que parte de la existencia de una pluralidad de creencias distintas, encaminadas todas ellas a la misma y única finalidad de la religación del hombre, como ser espiritual, con Dios».

(51) Vid. artículo 7.1 de la cit. LOLR 7/1980.

(52) Al recordatorio de dicho reconocimiento constitucional (apart. 1) conecta la LOLR en su artículo 1 tanto la divisoria Estado/Confesiones (apart. 3), no obstante las relaciones de cooperación previstas en el artículo 16.3 y articuladas a partir, según se ha dicho, de la propia LOLR, como la interdicción de discriminación por motivos religiosos, en particular en el ámbito de lo laboral (apart. 2; cfr., a este propósito, así como los propios arts. 14 y 16 1 y 2, los arts. 23. 2 y 35. 1, todos de la Const.).

(53) Queda además en este punto asimismo de manifiesto el carácter verdaderamente nuclear que, al efecto del disfrute efectivo de este derecho de libertad religiosa, a la la inmunidad de coacción corresponde; los poderes públicos, no obstante la observancia de las exigencias derivadas del mandato constitucional de cooperación, por lo demás, modalizado en su expresión por el principio constitucional de igualdad, habrán de mantenerse, ya que no al margen de las creencias religiosas de las personas, exquisitamente neutrales.

(54) «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» (cf. art. 16.1 y 2 de la Const.).

(55) «b) practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales» (cfr., así como el cit. art. 2.3 de la LOLR, el art. 37 ET —festividades— y los arts. 49 y 59 C. civil —ritos matrimoniales—, el art. IV del cit. AAJ con la Santa Sede y los arts. 7 —ritos matrimoniales—, 8 y 9 —asistencia religiosa— y 12 —festividades— de los Acuerdos con FEREDE, FCI y CIE y arts. 2.6 y 2.5 —sepultura— de sendos Acuerdos con FCI y CIE).

giosa para sí y para los menores bajo su cargo (56); la pública reunión o manifestación, así como a la asociación, con finalidad religiosa (57).

Por lo demás, en la medida en que no es su objeto inmediato, no trataré de acometer el estudio exhaustivo del conjunto de derechos expresivos de la libertad religiosa de las personas. Así pues, antes que al desbroce y análisis detallado de todos y cada uno de estos derechos a la vista de su concreto régimen jurídico, tarea ésta acaso más propia de un curso ¿(sólo) de Derecho eclesiástico? (58), llegada la ocasión, me limitaré más bien a la proyección analítica de la subyacente concepción del derecho constitucional de libertad religiosa sobre algunos concretos problemas que, sobre el trasfondo de la exteriorización de la libertad religiosa por parte de los escolares y sus padres/tutores en el específico marco de la escuela pública, viene arrojando la práctica tanto en otros ordenamientos próximos al nuestro como, por lo que aquí más importa, en el propio ordenamiento español. Pero antes de la articulación sistemática de ese casuismo (una tarea pendiente), queda aún por esbozar, siquiera sintéticamente, la muy compleja limitación de orden público expresamente prevista en el apartado primero del artículo 16 Const.

2.2.3. *Límite(s)*

2.2.3.1. De la limitación constitucional de orden público: un apunte

La garantía constitucional de la libertad religiosa lo es, según el artículo 16.1 de la Constitución, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la

(56) «c) recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (cfr. los arts. 27.3 de la Const. y 4 y 6 de la LODE, la Disposic. Adicional segunda de la LOGSE y, en fin, los arts. I del AEAC con la Santa Sede y 10 de los Acuerdos con FEREDE, FCI y CIE).

(57) «d) reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley orgánica» (cfr., así como el 16.1, los arts. 22 y 23 de la Const. y arts. I del AAJ con la Santa Sede y I de los Acuerdos con FEREDE, FCI y CIE).

(58) Al margen ahora de sus planteamientos vid. a simple título de ejemplo, entre otros, I. MARTÍN SÁNCHEZ: «El derecho fundamental de libertad religiosa», en IDEM (coord.): *Curso de Derecho eclesiástico*, cit., págs. 85, 108 y sigs.; e I. C. IBÁN: «La libertad religiosa», en IDEM, L. PRIETO SANCHÍS y A. MOTILLA DE LA CALLE: *Derecho eclesiástico*, cit., págs. 101, 104 y sigs. Y entre las monografías cf., por ejemplo, M. J. CIÁURRIZ: «La libertad religiosa en el Derecho español», *La Ley...*, cit., págs. 120, 122 y sigs.

necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley» una formulación, según queda dicho, objeto ya de controversia en el *iter* constituyente que recuerda bastante a la vieja formulación del artículo 10 de la DUDHC de 1789. Constatado esto, las posiciones doctrinales aparecen escindidas básicamente en torno a las que cabría denominar interpretaciones minimalista y maximalista.

Según el primer enfoque la expresión «orden público» no podría quedar identificada en este ámbito con otras expresiones próximas tales como la de «orden político» y «paz social» del artículo 10.1 o, en otro sentido, con la de «seguridad ciudadana» del artículo 104.1, por ejemplo; en consecuencia, se ha dicho, no cabría identificar sin más las nociones de orden público *ex* artículo 16.1 Const. y orden (axiológico o principal) constitucional (59).

Desde una perspectiva distinta, diríase sustancialista, cabría sostener por contra que tanto los valores superiores del ordenamiento como los elementos del orden político y la paz social *ex* artículos 1.1 y 10.1 Const. vendrían a delimitar el núcleo de sustancia constitucional eventualmente oponible al ejercicio de los derechos fundamentales (60).

La jurisprudencia constitucional, por su parte, sin alcanzar a definir un concepto acabado de orden público, lo cual, más que a presumir su impericia, debiera llevar a pensar en la dificultad de la interpretación *ex ante* de una cláusula jurídicamente indeterminada factible acaso por la vía menos encumbrada

(59) «En definitiva», piensa J. Jiménez Campo (aunque en relación con la libertad ideológica) «lo que late en esta referencia al «orden público» no es sino la prohibición constitucional... de que las propias (creencias) sean, en sí mismas, objeto de valoración por el Derecho del Estado. Ningún (credo) puede ser, así, objeto de limitación directa en su expresión social... La Constitución sólo tolera una limitación indirecta de tales manifestaciones si los medios o instrumentos utilizados a tal efecto amenazan, de manera grave y actual, el orden público, concepto, pues, que tiene en este artículo 16.1 igual significado que el que muestra su mención en el artículo 21.2 CE: «en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes» (vid. Voz «Libertad ideológica», en *E. J. Civitas*, cit., págs. 4058-4059). Vid., asimismo, por ejemplo, J. M. BENEYTO: «Libertad ideológica y religiosa», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.): *Comentarios a las Leyes políticas*, cit., págs. 360-361.

(60) «Debe quedar clara», se ha dicho, «la completa aceptación por parte del grupo religioso de los valores fundamentales del Estado social y democrático de derecho tal como se encuentran definidos en la Constitución (arts. 1.1 y 10.1) y asumidos por la LOLR (arts. 3. 1; 4; 6. 1) (...) el Estado ha de controlar especialmente a los grupos confesionales que atenten contra el orden público, mediante actuaciones directas contra los derechos fundamentales de sus miembros...» (vid. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ: Voz «Libertad de conciencia», en *E. J. Civitas*, cit., págs. 4025-4026).

pero más sensata de un acumulativo casuismo; a fin de cuentas, como limitación que es de un derecho fundamental implicará, de ordinario, una exigencia de ponderación difícilmente precisable al margen de un determinado supuesto y una concreta circunstancia.

En el empeño de interpretar el alcance de la limitación de orden público que el legislador ha especificado en el artículo 3.1 de la LOLR (siguiendo manifiestamente la pauta del CEDH, como en su día, la legislación tardo-franquista había procurado seguir la vaticana *Dignitatis Humanae*, por ejemplo), el TC ha avanzado ya al tiempo que determinaciones relativas a concretos elementos integrantes de este concepto jurídico indeterminado, por cierto con la vista puesta en el citado CEDH como se verá, algunas consideraciones de carácter general relevantes de cara a la paulatina configuración de un viejo concepto que, como el ordenamiento en general, con la Constitución nace a otra vida o, menos enfáticamente, experimenta una cierta metamorfosis (61). Descuella así, en particular, la interpretación reduccionista de una limitación que, «por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina, no puede hacerse coincidente en términos absolutos (...) con los límites» del artículo 20.4 Const. (que, como es sabido, radica el «límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la salud y de la infancia»). Su interés al margen, el alcance exacto de una interpretación semejante no debiera extrapolarse sin más o, de otro modo, difícilmente podría ser entendida como una especie de pauta iusconstitucional en materia de límites puesto que, aun en la suposición de que una tal fuese articulable, no podría serlo sino a condición de tales matizaciones que acaso no pudiese en

⁶¹ Vid., por ejemplo, SSTC 59/1990 y 43/1986, FF.JJ. 4.

La transformación tiene que ver con la imposible perpetuación en el seno de un orden constitucional tanto de aquel ámbito de arbitrio político-administrativo exento de todo control judicial hacia el que evolucionara la praxis del sistema político decimonónico (vid., en particular, M. BALLBÉ: *Orden público y militarismo en la España constitucional...* (1983), págs. 189 y sigs.; L. MARTÍN REBOLLO: «La introducción de la referencia al orden público en el reglamento de lo contencioso-administrativo...», en *RAP*, 78 (1975), págs. 53 y sigs., y, en síntesis, V. GARCÍA ALVÁREZ: «El concepto de necesidad...», *cit.*, págs. 219-221), cuanto de una contaminación sustancialista que llevaría a la pérdida de todo contorno o límite mínimamente (es decir, jurídicamente) determinable de la noción de orden público (así, en particular, en el art. 2 de la Ley de orden público, de 30 de julio de 1959) en el marco de un régimen autoritario, cuyos actos políticos quedarían inmunes (cf., por ejemplo, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «Las sanciones de orden público en derecho español», *cit.*, págs. 79 y sigs., y, en síntesis, V. GARCÍA ALVÁREZ: «El concepto de necesidad...», *cit.*, págs. 222-223).

sentido estricto entenderse como una única pauta, sino más bien como varias.

Convicne, en todo caso, llamar la atención sobre el hecho de que el *dictum* se refiere a una libertad, la ideológica, que, a diferencia de la religiosa que nos ocupa, no estaba sujeta a una explícita regulación, léase limitación o, si se prefiere así, delimitación, legislativamente configurada (62). Por lo demás, según pienso, la singularidad del límite no necesariamente implica la diversidad de contenidos, de una parte, y, de otra parte, ni siquiera es evidente que la libertad ideológica, se active o no mediante modos de expresión solapables con los que en el artículo 20 Const. se mencionan, vaya sólo a resultar constreñible o limitable en virtud de derechos fundamentales (63); más bien pudiera sostenerse lo contrario, esto es, que incluso en atención a su expresión más genuinamente garantizada en el marco del artículo 16.1 Const., aquélla que se exterioriza y manifiesta mediante actos, conductas, gestos, etc., expresivos de un determina-

(62) Otra cosa es que pudiera sostenerse que a falta de una regulación legislativa, el disfrute de un derecho de libertad, como es el caso con la libertad ideológica, puede valer irrestrictamente en tanto que una vez concretado (según constitucionalmente se ha previsto) mediante ley, el límite deviene ya, entonces sí, oponible a su manifestación. Pero lo cierto es que, entre otras cosas, la remisión al legislador que en el artículo 16.1 Const. se contiene no se identifica sin más con una reserva específica de ley; o, en otros términos, más parece una remisión de tipo genérico y, por tanto, a precisar mediante ley, sí, pero no necesariamente mediante una específica ley o, al menos, no, en la medida en que no se trate de aquellas exteriorizaciones únicamente cubiertas en virtud del cit. artículo 16.1 Const. [me remito en este punto al inédito de F. RUBIO LLORENTE: *Los derechos fundamentales*, en pág. 37 «(...) en no pocos casos, la mención de la ley en el enunciado constitucional del derecho, hace referencia a la ley producida en ejercicio, por así decir, de la reserva general de ley. Así..., en aquellos supuestos en los que la referencia a la ley se hace de modo indirecto... o en aquellos otros en los que se evocan los límites introducidos por las leyes para proteger otros derechos o finalidades de interés general»].

Por lo demás, tal como aparece formulado en la STC 20/1990, la libertad de fines que en este derecho fundamental se encierra ni podría obviar siempre y en todo caso los derechos (subjetivos) de terceros ni dejaría de estar tampoco, en última instancia, sujeta al Código penal (obviada ésta que la propia STC 20/1990, FJ. 5, recuerda cuando excluye el empleo de la violencia física o verbal, lo primero se afirma al atribuirle la «máxima amplitud... excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios» y lo segundo se sobreentiende cuando sostiene el carácter, diríase, todavía conforme a la Const. de ciertas expresiones injuriosas o despectivas en virtud de su conexión argumental con el hilo discursivo expresivo de una determinada crítica que, por más innecesaria, injusta o contradictoria que parezca, seguiría quedando a cubierto de la libertad ideológica en tanto no deviniese un mero insulto desconexo de todo discurso).

(63) Vid., así, la STC 214/1991, FJ. 8 «Ni la libertad (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al honor de la persona o personas directamente afectados, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE)».

do ideario o posicionamiento ideológico, no pareciera sin más evidente el descarte de una tarea exegética que ponderase su alcance a la vista de las exigencias objetivas derivadas no ya de la inexcusable tutela pública de los derechos de terceros sino incluso de la salvaguarda de ciertos valores o principios subyacentes al propio sistema de derechos fundamentales que la Constitución asume (64).

Así pues, uno podrá ser el límite en el caso de un preso en huelga de hambre al que la Administración penitenciaria que lo custodia le suministra contra su voluntad nutrientes al efecto de salvar su vida y otro debiera ser en el supuesto de un mayor de edad que voluntariamente rechaza un determinado tratamiento médico aun con peligro de su vida; como uno ha sido en el caso de una ácida crítica vertida contra la Jefatura del Estado en los medios de comunicación y otro en el de una manifestación xenófoba concebida como lesiva de la propia dignidad humana.

Atendido esto, planteará menos resistencia la advertencia de que otro podría muy bien ser el límite oponible en relación con el derecho de educación que, a su conexión con el propio artículo 16.1, suma la prolija y directa articulación constitucional de unos contenidos axiológicos añadidos que, por lo que hace a la delimitación o limitación, por ejemplo, del derecho de creación de centros algunas consecuencias podría acarrear (65); como otro será, en fin, el

(64) Vid., así, la STC 120/1990, FFJJ. (7 y) 10 «(...) aun reconociendo el trasfondo ideológico que late en la huelga de hambre de los recurrentes, es innegable que la asistencia médica obligatoria a los presos en huelga que se encuentran en peligro de perder la vida no tiene por objeto impedir o poner obstáculos a la realización y mantenimiento de la huelga (...), sino que va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que éstos continúen en su actitud reivindicativa» (cfr. VV.PP. de Rodríguez-Piñero, en punto 4, y Leguina Villa). Vid., asimismo, STC 166/1996, FJ. 2 —y STS (Social), de 3 de mayo de 1994, que está en su base— y VP, en particular, punto 1.

(65) STC 5/1981, FJ. 7 «La libertad de enseñanza (... art. 27.1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y (...) la continuidad y sistematicidad de la acción educativa justifica y explica que la libertad de creación de centros docentes como manifestación específica de la libertad de enseñanza haya de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión. Así, en tanto que ésta (art. 20.4...) está limitada esencialmente por el respeto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta por el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Const. (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivada del artículo 27.2 de la Const., de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva».

que eventualmente pudiera oponerse, en este caso, ya a la propia libertad religiosa en el marco de las relaciones laborales en el que la autonomía contractual de las partes podría, asimismo, implicar alguna limitación adicional a esa estricta concepción de la cláusula de orden público constitucional antedicha (66); como otros podrían, en fin, aun resultar de los conflictos surgidos en el marco de especiales relaciones de sujeción, no ya sólo en atención al valor objetivo de la vida, tal como fuera el caso en relación con la antedicha huelga de hambre de presos de los GRAPO, sino incluso a la vista de otros bienes en atención a las especificidades del concreto ámbito de que se trate; así, por ejemplo, en el ámbito castrense podrían oponerse al ejercicio de la libertad religiosa aquellas limitaciones legalmente previstas por razones de seguridad o disciplina (67).

(66) STC 19/1985, FJ. 1 «(...) aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la incoación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas (pues principios) como el de seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional» (y ATC 578/1984, FJ. Unico).

(67) Vid. el detalle subyacente a la STC 177/1996, FF.JJ. 8 «(...) lo que se impugna en el presente... amparo no son las medidas disciplinarias impuestas al demandante en relación con su conducta y el cumplimiento de la orden de no abandonar la formación, sino, única y exclusivamente, la decisión de los órganos jurisdiccionales de archivar las diligencias previas instruidas a resultas de la demanda presentada por el actor contra sus superiores, por entender aquél que habían incurrido con tal proceder en conductas tipificadas como delito. Nuestro examen queda limitado, pues, al Auto de archivo de las actuaciones penales y a la ulterior Sentencia del Tribunal Supremo que lo confirma, a las que el recurrente... imputa una doble vulneración de su derecho a la libertad religiosa...», y 12 «... aun reconociendo que los hechos denunciados por el recurrente, han vulnerado su derecho a la libertad religiosa, ha de desestimar(se) el recurso dto la indicada vulneración no entraña necesariamente la responsabilidad penal que solicita en su querrela» [como se recuerda en el FJ. 11 de esta misma sentencia «(...) el Tribunal Supremo alcanzó la convicción de que «los hechos anteriormente relatados carecen de tipicidad penal, tanto común como militar» (fund. d.º 6.º), decisión que se argumenta en la imposibilidad material de sustituir al recurrente, por darse la circunstancia de no existir personal disponible en aquel momento, en la convicción de los denunciados (los mandos) —y que comparte la propia Sala del Tribunal Supremo— de que la parada militar no podía calificarse propiamente como un acto religioso y, en el hecho de que, en última instancia, el actor no rindió los honores (...) aunque la autoridad militar... vulneró la vertiente negativa de su derecho fundamental a la libertad religiosa (lo hizo) mediante una conducta (no) merecedora de sanción penal»].

En ulterior sentencia, el TS haciendo suya la tesis de la vulneración de su derecho fundamental de libertad religiosa, ha estimado el recurso del sargento primero arrestado a dos meses por el general jefe de la Región militar de Levante, por falta grave de insubordinación, consecuente al incumplimiento de la orden de formar parte del batallón de honores que rendía homenaje a la Virgen de los Desamparados, acordando un resarcimiento de los daños morales sufridos, cuya cuantía habrá de fijar el Tribunal militar central a la vista de las circunstancias personales y fa-

Por lo demás, como muy bien se comprende a la vista del supuesto antes citado, en este ámbito de las relaciones especiales de sujeción (sobre el que se volverá), deviene particularmente relevante la atenta labor de ponderación jurisdiccional de actuaciones administrativas desenvueltas en un marco normativo caracterizado, por definición, por una flexibilización de las exigencias (formales y materiales) propias del principio de legalidad penal o, *in extenso*, punitiva (68).

Reconocida pues la diversidad de supuestos y, con ello, la diversa respuesta que a la cuestión de los límites debe darse, conviene retener en este punto la imbricación entre derechos y límites pues, como de continuo sostiene el TC, «si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos —como recuerda la STC 159/1986...— «tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites (... pues) tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción». Hay, pues, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, «de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su

miliars del recurrente; el pago de la indemnización se sostiene en base a la ilegitimidad de la sanción dado que no serían mandatos jurídicos obligatorios aquellos que integran una vulneración de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (vid. noticia, por ejemplo, en *El País*, de 27 de abril de 1998, pág. 20).

Cfr., por ejemplo, ATC 551/1985, FJ. 3 «(...) tampoco se le obligaba a acudir a la celebración del oficio religioso... aunque como consecuencia de la no asistencia... se establecieran turnos entre el personal de plantilla para poder realizar la prestación del servicio público que (los policías locales) tienen encomendado».

(68) Vid., en particular, el inédito de F. RUBIO LLORENTE: «Los derechos fundamentales», *cit.*, págs. 46-47: «Aunque no la única, la consecuencia más importante de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito de los derechos fundamentales es la que se produce como limitación de las exigencias propias de legalidad penal. Una limitación, cabe decir, tanto formal como material. En lo formal... son lícitas las remisiones genéricas o en blanco a la Administración para la definición de las conductas que el legislador, a priori, tipifica como infracciones y para la especificación de las correspondientes sanciones. Así resulta explícitamente de la STC 2/1987... Pero no es sólo la garantía formal... también la garantía material. La exigencia de taxatividad en la que esta garantía material se concreta, se hace por así decir, menos acuciante... Cabe utilizar para la tipificación de las infracciones «conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC 69/1989)».

parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (69).

En consecuencia, será a resultas siempre de una concreta relación de hechos como el juez ordinario, primero, y el propio TC, en su caso, alcanzarán una solución que no podría consistir en la simple prelación de un derecho sobre el límite constitucional o viceversa, sino en la matizada ponderación, valga la redundancia, de uno y otro, puesto que así lo demanda la propia unidad ordinal en que se insertan. Y será, en consecuencia, la inexistencia de la misma o su mera apariencia o inconsecuencia arbitrista, lo que permita constatar en su caso la vulneración de un determinado derecho fundamental, por ejemplo (70). Pero veamos ya la concreta articulación legislativa de la cláusula constitucional de orden público.

2.2.3.2. De los «elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática»: una referencia

Antes que nada conviene recordar que, así como el tenor de la cláusula de orden público en el artículo 16.1 Const. recuerda la prístina formulación de la DUDHC de 1789, también en la concreta formulación del artículo 3.1 de la LOLR se advierte, tras el recuerdo del tenor del artículo 9.2 del CEDH, la formulación arquetípica que la doctrina francesa desarrollara a partir de aquella primera formulación (71); de una parte, el respeto del derecho ajeno y, de otra parte, la observancia del orden público *stricto sensu* integrado, de un lado, por

(69) STC 20/1990, FJ. 4.d).

(70) Así, a simple título de ejemplo, la cit. STC 20/1990, FJ. 5 «La función de este Tribunal... es la de revisar respetando los hechos que los órganos judiciales estiman probados y que no ofrecen duda en este caso por tratarse de un texto escrito... si la ponderación entre los derechos fundamentales en juego se ha realizado en forma que la Constitución tolera; o si, por el contrario, se ha producido un desequilibrio entre los mismos del que resulta que la protección de uno... ha lesionado de forma evidente y desproporcionada las garantías que a la libertad... consagra la Const. en el artículo 16.1 (...) Y es aquí donde quiebra la ponderación (...) Se ha detenido más en las limitaciones de los derechos y libertades... que en el ámbito de configuración de los mismos».

(71) Vid., por ejemplo, J. RIVERO: «Les libertés publiques», *cit.*, I, págs. 190 y sigs. En torno al concepto y caracteres de esta incierta noción en los Derechos francés y alemán vid., en síntesis, V. ALVAREZ GARCÍA: *El concepto de necesidad en Derecho público* (1996), págs. 200 y sigs., con referencias adicionales.

las exigencias derivadas de la protección del Estado y, de otro lado, por las exigencias de seguridad, salubridad y moralidad (72).

a) Los derechos de los demás... Bajo esta cubierta se oculta una obviedad necesariamente derivada de la existencia misma de un orden constitucional, según se ha expuesto al analizar la STC 20/1990 que resulta, más allá de su referencia a la libertad ideológica, trasladable al ámbito específico de la libertad religiosa.

Ya en relación directa con esta libertad, y al margen de la problemática penal derivada de la pretendida limitación (por la tipificación) penal de la libertad religiosa (73), me referiré sólo a título de ejemplo al supuesto resuelto por la cit. STC 19/1985 (74). Se trataba de una trabajadora que, habiéndose integrado en la Iglesia adventista del séptimo día, solicitó de la empresa en que trabajaba el descanso sabático propio de este credo ofreciendo algunas alternativas a fin de compatibilizar sus obligaciones laborales y sus mandamientos religiosos. La empresa rechazaría estas propuestas procediendo al despido de la empleada por abandono de su puesto de trabajo. El TC reconocería en la eventualidad de una alternativa como la solicitada por la recurrente, una excepcionalidad seguramente razonable pero, en todo caso, de verificación enteramente voluntaria. Actuando así, el TC opone a la pretensión de

(72) El tándem artículo 16.1 Const.—art. 3.1 LOLR— habría encarnado, por así decir, así una noción de orden público a caballo tanto de la muy restrictiva del artículo 21 Const., como de la más laxa que hace suya el artículo 13 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

En el ámbito jurisprudencial cfr., por ejemplo, STS de 18 de octubre de 1983, Ar. 5900, en donde se alude a su carácter de «concepto jurídico indeterminado equivalente a estado de normalidad que... puede ser alterado desde diversos frentes, siendo la resultante de varios factores, entre los que se encuentra la seguridad, la tranquilidad, la moralidad y la salubridad ciudadana...».

En una línea semejante vid., por ejemplo, V. ALVAREZ GARCÍA: «El concepto de necesidad...», *cit.*, págs. 224 y sigs.; B. PELLISÉ PRATS: voz «orden público», en *NEJ*, t. XVIII (1986), en particular, pág. 513.

(73) Vid., por ejemplo, ATC 180/1986, FJ. 2 «(...) el precepto impugnado (art. 209 CP) contribuye a crear las condiciones adecuadas para el pleno ejercicio de dicho derecho y, en todo caso, como señalan los mismos textos internacionales, la libertad de manifestar la propia religión, convicciones o creencias, está sujeta a las limitaciones prescritas por la ley necesarias para proteger los derechos y libertades de los demás». Vid., asimismo, ATC 271/1984, FJ. 2.

(74) Vid., por ejemplo, G. ESCOBAR ROCA: *Op. cit.*, págs. 373 y sigs.; A. CASTRO JOVER: «Libertad religiosa y descanso semanal», en *ADED*, 1990, págs. 299 y sigs. Vid., asimismo, J. M. BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1997, 711, 715 y sigs.; R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN: *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, 1997, págs. 147, 165 y sigs.

la recurrente la discrecionalidad del empresario, muy libre de pactar tales condiciones o de no hacerlo. Una solución como ésta, si bien es consecuente en principio con el hecho de que de ordinario los derechos fundamentales rigen *inter privatos* mediante la ley, aparece carente de toda matización por lo que a los hechos se refiere. La linealidad de la argumentación del TC se advierte mejor atendiendo al derecho comparado en donde se han llegado a articular soluciones de compromiso tendentes tanto a la garantía de la autonomía contractual, por lo demás necesariamente limitada por las exigencias derivadas de la no discriminación por ejemplo, como en lo posible a una libertad cuya desatención en el ámbito de la empresa, no siendo imposible, ha de parecer razonable a la vista por ej. de las disponibilidades técnicas o del régimen de turnos y horarios, etc. (75).

b) La seguridad (pública) y la salud (pública)... En torno a estas nociones debe destacarse en primer término su carácter vertebrador de la tradicional noción de orden público con la que tiempo atrás prácticamente se han confundido (76).

En un marco constitucional, sin embargo, «la seguridad pública (art. 149.1.29; o ciudadana, art. 104.1 Const.)» es «una noción más precisa que la de orden público (...) en él pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad (...) que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (...) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas... » (77) y cuya garantía la Const. encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

El paréntesis que acompaña en este apartado, calificándolas, a la seguridad

(75) Cfr., por ejemplo, STS (Social), de 20 de abril de 1988, en donde se ha considerado como incumplimiento del empleador la desautorización de un cambio de turno acordado con el anterior director del negocio por una persona conversa a esta misma Iglesia, un compromiso caracterizado por el TS de auténtica novación de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas.

(76) Vid., por ejemplo, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos», *cit.*, págs. 41-42; IDEM: «Libertad religiosa y orden público», *cit.*; IDEM.: *Las sanciones de orden público en Derecho español*, 1973.

(77) Vid. STC 33/1982, FJ. 3 «... Afirmar esto no supone negar que una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar... una intervención de las autoridades... Incluso es de recordar que crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de contaminación graves pueden motivar la declaración del estado de alarma... Sin llegar a semejante extremo, no cabe excluir la posibilidad de que en aras de la protección de los ciudadanos la seguridad pública requiera tomar medidas para atajar riesgos de la salud pública, cuando estas medidas vengán impuestas por razones de necesidad y urgencia...». Vid., por ejemplo, el comentario de G. FERNÁNDEZ FARRERES: «Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública...», en *REDC*, 14 (1985), págs. 203 y sigs.

y a la salud tiene que ver con el hecho de que no es del todo evidente el sentido de estos elementos integrantes de la cláusula de orden público establecida en el artículo 3.1 de la LOLR. Y, de hecho, la jurisprudencia ha tendido a interpretar, por ejemplo, el término salud, en primer término, en un sentido genérico no exento de disonancia (así, por ejemplo, si se confrontan la afirmación de que «una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad...» (78), de una parte, y, de otra parte, la línea jurisprudencial latente en una serie de resoluciones relativas a transfusiones sanguíneas y otros tratamientos médicos de los llamados Testigos de Jehová que bien pudiera ejemplificarse en el recordatorio de que «la libertad religiosa... tiene como límite la salud de las personas..., y en pro de ella actuó el magistrado-juez, otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas, por lo que no concurría en su conducta el elemento del injusto penal específico...») (79) y, en segundo término, en un sentido no diré enteramente absurdo pero sí un tanto redundante, en la medida en que así entendida la salud podría muy bien derivarse del artículo 15 Const., lo cual supone, como es manifiesto, que se estaría de nuevo ya en el ámbito de bienes constitucionales resultantes del orden relativo a los derechos fundamentales, ya en la propia esfera de los derechos fundamentales de los demás, según que se tratase de la propia salud (y vida) o de la de los demás, por ejemplo, la del propio consorte o la de las hijas, fuesen o no menores de edad.

Considero más razonable llevar, en consecuencia, esta problemática de la salud/vida personales al ámbito del límite derivado de los derechos fundamentales de terceros y/o de otros bienes constitucionales, como el de la salud física y psíquica derivables del principio resultante de la vertiente objetiva del artículo 15 Const. desde el cual seguramente podría entenderse mejor la jurisprudencia tuitiva que caracteriza toda esta problemática. La doctrina resultante del FJ. 7.º de la STC 120/1990, al margen ahora de su crítica, podría así proyectarse también a otros espacios públicos en donde pudiesen entrar, asimismo, en colisión pretensiones legítimas de las personas y competencias o funciones propias de los establecimientos públicos.

De sostenerse lo anterior, entonces ya no habría grandes dificultades para interpretar que a lo que la LOLR se refiere no es otra cosa que la salud pública al servicio de cuya organización y tutela procederán a establecer los poderes

(78) Vid. STC 120/1990, FJ. 7 (y STC 137/1990, FJ. 5).

(79) Vid. ATC 369/1984, FJ. 3. Vid., asimismo, por ejemplo, ATS, de 22 de diciembre de 1983.

públicos, según ha previsto el artículo 43.2 Const., «los derechos y deberes de todos al respecto» (80).

El de salud pública es, con todo, un concepto de larguísimo alcance en la medida en que abarca toda una panoplia de exigencias relativas a la salubridad eventualmente oponibles a la libertad religiosa que ni siquiera entraré a mencionar en esta ocasión. Simplemente, me limitaré a citar, a mero título de ejemplo, la que puede derivar de las previsiones reglamentarias y ordenanzas municipales en relación con los sacrificios rituales de ganado o bien en atención a actividades molestas derivadas de prácticas culturales (81), etc...

c) La moralidad pública... Es éste, en fin, un límite de muy vaporoso contenido en un sistema constitucional y, obviamente, no porque sea éste un orden sin valores o plenamente indiferente a ellos (82), sino más bien por lo contrario, porque pregnada como se halla la Const. de los valores superiores y valores y principios decantados en muchas de sus disposiciones, en particular, en materia de derechos fundamentales, no se entiende muy bien cuáles podrían ser los contenidos de una moralidad pública que o bien empapa ya las normas expresivas de las (no tan) cambiantes mayorías sociales o, tratándose de su formulación expresa como tal cláusula genérica informa la práctica administrativa y judicial.

Más allá, pues, de este relativamente dinámico «mínimo ético» (83) no

(80) Y así ocurre, en efecto, mediante la normativa general en materia de sanidad (vid. asf la LGS, de 25 de abril de 1986, art. 10.6-9, por ejemplo; o la LO de medidas especiales en materia de salud pública, art. 1 por ejemplo; o la LO sobre los estados de alarma, excepción y sitio, art. 4b, por ejemplo; o el propio Código penal, arts. 359-378).

(81) Cfr., por ejemplo, en un caso de clausura por falta de licencia municipal de apertura de un local de culto de la «Iglesia evangélica de Filadelfia», la STS (Sala 3), de 18 de junio de 1992, cn RJ 1992/6004, Fund. d.º segundo (anulación por extensión analógica de la actividad municipal frente al ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa).

(82) Vid., por ejemplo, ATC 180/1986, FJ. 2 «(...) el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no pueden ser objeto de protección (...) la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, tal como declara el preámbulo de la Norma fundamental, debe ser garantizada».

(83) Vid. STC 62/1982, FF.JJ. 3, 5 y 6, de los que resulta, en síntesis, con apoyo en la doctrina Handyside del TEDH conforme a la cual toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en materia de libertad de expresión deberá ser proporcionada al fin legítimamente perseguido. Desde esta perspectiva el TC señala que, partiendo del artículo 20. 4 de la Const... la pornografía no constituye para el ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *mínimum ético* acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *minimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y; entre ellas, muy especialmente, los destinatarios; si son menores y sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y a la debida protección de la juventud y a la infancia, cobra una inten-

debería ir el derecho de una sociedad democrática abierta y plural. Y no se trataría ya tanto de prevención frente a un paternalismo estatal imposible en un orden constitucional que sujeta a los poderes públicos a exigencias de neutralidad, cuanto de posibilitar una convivencia tolerante cuya costosa decantación requiere tanto de la observancia de los mandatos jurídicos (en el sentido que se ha dicho, expresivos de la moral mayoritaria) cuanto del respeto de unos códigos morales minoritarios a los que no podrían aplicárseles sin menoscabo para su existencia, expresiva como es del pluralismo y, en consecuencia, instrumental a la generación de opinión, mimbres de democracia, no ya sólo los contenidos morales ínsitos en los mandatos jurídicos, sino además los propios preceptos o mandamientos morales de la mayoría.

alidad superior. En conclusión se entendería que las medidas tomadas por los Tribunales contra el editor del libro no pueden entenderse desproporcionadas al fin perseguido por las mismas que es la protección de la moral pública.

Cfr. ATC 617/1984, FJ. 5 «(...) por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intereclesial».