

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Estudios sobre libertad religiosa*, Ed. Reus, Madrid, 2011, 288 págs.

Acaba de publicar Lorenzo Martín-Retortillo Baquer un libro que, bajo el título de *Estudios sobre libertad religiosa*, recopila buena parte de sus trabajos dedicados a la libertad religiosa. Más exactamente, diez estudios que ha ido dedicando en los últimos años a algunas cuestiones de actualidad y que fuerzan a reflexionar en torno al contenido de la libertad de conciencia religiosa. Estudios que reproducen lo que Lorenzo Martín-Retortillo había escrito en su momento, si bien con no pocas actualizaciones, incluyendo incluso una *addenda* o *corrigenda* cuando había novedades interesantes a incorporar o que aconsejaban matizar la versión original. Estudios con un propósito muy claro, el de incidir directamente en el debate, siempre presente, sobre la libertad de religión, sobre problemas relativos a su contenido

constitucionalmente garantizado y a la actitud de los poderes públicos ante la cada vez más intensa, y fácilmente perceptible, pluralidad religiosa.

Y estudios, en fin, valiosos, cargados de razón y de razones, que analizan con rigor y lucidez temas candentes, y en los que su autor aplica de nuevo la receta que viene caracterizando sus últimos trabajos sobre derechos fundamentales: la de estudiar series jurisprudenciales para intentar extraer conclusiones. Un enfoque metodológico de ningún modo casual. Lorenzo Martín-Retortillo parte de la idea de que lo que son los derechos fundamentales es un problema no tanto filosófico como jurídico-constitucional (lo que la Constitución dice que son) y, sobre todo, materia objeto de la jurisprudencia constitucional, de los Tribunales Constitucionales y de otros organismos internacionales de naturaleza jurisdiccional allí donde existan. Por eso, la ciencia de los derechos fundamentales se ha convertido, en una apreciable medida, en una «ciencia de la jurisprudencia constitucional» (R. Alexy). Una vez que se admite algo tan elemental, pero tan sumamente importante, como la libertad religiosa, viene luego el decisivo aspecto de verificar adónde lleguen en cada caso concreto las opciones que derivan de tal libertad. Las grandes proclamaciones de las Declaraciones de derechos o de las Constituciones requieren ser traducidas por la jurisprudencia a la realidad cotidiana, pudiendo incluso extraerse conclusiones *pro futuro*. En cualquier caso, habrá que estar a las circunstancias de cada situación. Se impone, sin dogmatismos, una ponderación *ad casum* de los derechos, bienes y valores en juego; una cierta *prudentia iuris*, una cierta «concordancia práctica» (K. Hesse).

En este libro, además, coinciden muchos de los rasgos del autor y de su estilo: rigor intelectual, independencia, elegancia, concisión e ingenio. Vaya por delante mi acuerdo total en su espíritu fundamental y casi total en el contenido.

En *Estudios sobre libertad religiosa*, Lorenzo Martín-Retortillo recoge una serie de escritos de carácter muy heterogéneo, textos sobre temas muy diversos, que, en todo caso, incorporan una determinada y consolidada idea de lo que debe entenderse por libertad religiosa. ¿Cómo han de resolverse los posibles roces entre las exigencias urbanísticas o de respeto a los animales y la libertad religiosa? ¿Ampara la libertad religiosa un derecho general a la objeción de conciencia? ¿Cuál es el alcance de la «intimidad de las creencias» (G. Peces-Barba), principio que hoy consagran las Constituciones? ¿Se justifica la disolución de un partido por sus aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático? ¿Hasta dónde llega la plena autonomía de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas y su poder para establecer normas propias de organización y régimen interno? ¿Qué enseñanzas cabe extraer de las recientes aportaciones del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos en materia de símbolos religiosos? ¿La presencia de símbolos religiosos en actos y espacios públicos es compatible con la laicidad o aconfesionalidad estatal?

Sabido es que, entre las líneas de investigación de Lorenzo Martín-Retortillo, se incluye la problemática de los derechos fundamentales, a los que ha dedicado reiterada atención, significativamente como estudioso cualificado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y sabido es también que una de las especialidades en esta línea son los temas de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, desde que, en 1970, publicara *Libertad religiosa y orden público*, hasta trabajos más recientes como *La afirmación de la libertad religiosa en Europa. De guerras de religión a meras cuestiones administrativas* (2007), *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos* (2008), *Los atuendos de significado religioso* (2011) o *Símbolos religiosos en actos y espacios públicos* (2011). En lo que sigue no intentaré de ningún modo resumir todo el contenido de *Estudios sobre libertad religiosa*. Mi propósito es mucho más limitado. Intentaré codificar y ofrecer sistematizados los criterios o los principios generales que se deducen de su lectura, las principales conclusiones o enseñanzas que Lorenzo Martín-Retortillo extrae de las series jurisprudenciales que estudia. Será, con todo, inevitable que vierta alguna opinión propia al hilo de esas conclusiones.

La libertad religiosa no ampara cualquier acto motivado o inspirado por una creencia. La libertad religiosa tiene un contenido constitucionalmente declarado preciso, inteligible. Y a la hora de enjuiciar cualquier asunto o controversia hay que valorar, en primer lugar, si lo que se pretende forma parte de su contenido, si lo que se quiere cae dentro del ámbito de *agere licere* que protege la libertad religiosa. En tal sentido, Lorenzo Martín-Retortillo delimita con claridad y propiedad ese contenido esencial, apoyándose principalmente en la jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La expresión genérica libertad religiosa encierra, al menos, cuatro posibilidades o aspectos distintos. Existe, para empezar, la *libertad de creencias*, por la que la persona presta o rechaza su asentimiento íntimo a un sistema de verdades de fundamentación trascendente. Puesto que la garantía que presta el Derecho es fundamentalmente externa, toda persona tiene derecho a manifestar libremente las creencias que profesa y, por consiguiente, no puede ser obligado a manifestar lo que no profesa ni puede ser obligado a ocultar o abnegar de las que profesa.

Cuestión distinta es la obligatoriedad de manifestar las creencias libremente profesadas. Y es que siendo la religión una cuestión íntima de cada cual,

la mejor forma de garantizar la libertad e igualdad en este terreno es la no obligatoriedad de esa manifestación. Por eso, el artículo 16.2 CE, valiéndose de una fórmula que recuerda al *recht zum schweigen* del artículo 136.3 de la Constitución de Weimar, prescribe que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. La reciente jurisprudencia constitucional española (STC 180/2001) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso *Folgero y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, y caso *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, de 9 de octubre de 2007) muestra la progresiva importancia que esta dimensión del derecho viene adquiriendo en la interpretación de los artículos 16 CE y 9 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Puede, no obstante, darse el caso de que el ejercicio de un derecho de contenido religioso o la adecuada protección de otros derechos, bienes y valores constitucionales aconsejen exceptuar la regla, de suerte que no parece que en tales supuestos pueda hablarse de una violación de la libertad religiosa. La regla se excepcionará cuando penda el otorgamiento de alguna ventaja o sea necesario preservar otro interés jurídico relevante.

Se da, en segundo lugar, la *libertad de conciencia*, entendiendo por tal los criterios valorativos de las acciones humanas desde el punto de vista ético y moral. Ampara la conciencia moral, el conocimiento de los propios actos en su rectitud o moralidad. Alude al elemento ético o de compromiso de la actuación personal con las propias convicciones. La libertad de conciencia exige, en cuanto a su exteriorización, no ser obligado a actuar en contra de la conciencia ni ser impedido de obrar conforme a ella. Debe puntualizarse, no obstante, que del reconocimiento de la libertad de conciencia religiosa no se sigue un derecho general a la objeción de conciencia. Deducir un derecho a la objeción de alcance general a partir del artículo 16 CE equivaldría a que la eficacia de las normas dependiera de cada conciencia, lo que supondría socavar los fundamentos del Estado de Derecho. Todo ciudadano está sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento (art. 9.1 CE) y las ideas personales no pueden servir de excusa para burlar la legislación vigente. Hay reglas objetivas de interés general que a todos deben imponerse sin excepción. No hay más objeción de conciencia que aquélla que está expresamente establecida en la Constitución (art. 30.2 CE) o por el legislador. A falta de expresa legitimación, la libertad religiosa no alcanza a sustraerse a una regulación jurídica objetiva y justificada.

Cabe, en tercer lugar, una *libertad de culto*, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia, en la facultad de rendir mediante ritos y ceremonias el tributo debido a lo sagrado trascendente. El culto puede ser privado (cuando se practica a la vista de pocos, familiar o domésticamente,

sin formalidades especiales) y público (cuando se manifiesta de acuerdo con los ritos de una organización religiosa y de manera socialmente ostensible). El culto constituye una concreción exclusiva y singularísima del sentimiento religioso, acaso la única manifestación externa que permite diferenciar a la libertad religiosa de la ideológica.

Comprende, en cuarto lugar, la *libertad proselitista* o derecho a ganar adeptos para la propia confesión, a trasladar a los demás la doctrina en la que uno cree a fin de esos otros se unan a la fe. Utilizando el criterio sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, caso *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993), se podría, no obstante, distinguir entre un proselitismo lícito (respetuoso con los derechos fundamentales del individuo al que se intenta atraer) y un proselitismo abusivo o prohibido (manipulador, violento y, en suma, irrespetuoso con los derechos fundamentales de los demás).

Complemento inexcusable de todas estas dimensiones de la libertad de religión es la igualdad en materia religiosa. La ubicación sistemática del artículo 14 CE, como pórtico de todos los derechos fundamentales, viene a demostrar que libertad e igualdad son inescindibles. Cualquier sanción o demérito —sin justificación objetiva y razonable— que pueda sufrir un individuo por razón de su religión implica menoscabo o negación de su libertad. Esta conexión es tan evidente que el Tribunal Constitucional ha definido la igualdad como el segundo principio por el que se rige el conjunto de las relaciones de los poderes públicos con las creencias religiosas (STC 24/1982). No se puede tolerar una diferencia de trato fundada en consideraciones religiosas, ya que ello obligaría al individuo a renunciar al ejercicio de su libertad a fin de ver reconocido el status jurídico que se le niega y merece como los demás (STEDH, caso *Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993 y, entre nosotros, STC 141/2000).

La libertad religiosa, como se observa, se refiere a tres cosas diferentes, aunque ligadas entre sí: libertad para creer y no creer, para tener unas u otras creencias; libertad para expresar y manifestar esas creencias y para hacer partícipes de ellas a otros; y libertad para comportarse de acuerdo a esas creencias, sin ser discriminado ni obligado en contra.

Por lo demás, la libertad religiosa vendría a configurar la posición jurídica en la que queda situado el individuo en su relación con el poder público respecto de esa determinada manifestación de su pensamiento que es la religión. Posición que vendrá delimitada por un doble comportamiento negativo de los poderes públicos, de modo que no interfieran en el proceso de formación de las íntimas convicciones del individuo ni obstaculicen o sancionen determinadas acciones que sean manifestación de su ideología o religión. Así, la

dimensión *objetiva* o *institucional* de la libertad religiosa se cifra en la neutralidad o laicidad del Estado. Un principio del que deriva, en primer lugar, la renuncia radical por el Estado a toda acción de adoctrinamiento religioso y, en segundo lugar, la imposibilidad para el ordenamiento de cualquier valoración positiva o negativa de las plurales expresiones religiosas de la sociedad. El Estado es radicalmente incompetente en materia de conciencia y religión, en el sentido de que carece de competencia para elaborar, mantener o imponer un pensamiento estatal oficial sobre la religión. De ahí que quepa considerar a la libertad religiosa como una libertad eminentemente negativa.

Como afirma Lorenzo Martín-Retortillo, la neutralidad del Estado, derivada de la libertad religiosa individual y de la autonomía de las confesiones religiosas, se impone como una consecuencia del pluralismo que caracteriza al panorama social y religioso de nuestra época. Se sitúa en las antípodas de los modelos de relación propios de los sistemas confesionales en los que, con mayor o menor intensidad, las líneas de interferencia recíproca entre Estado y religión son intensas. Y es que, precisamente, lo que no encaja en los sistemas confesionales es el pluralismo, sólo con dificultades excepcionalmente tolerado, en el mejor de los casos, como él mismo analizara en *Libertad religiosa y orden público* (1970).

Lo que ocurre es que, si el origen histórico de la libertad religiosa está en la tradición liberal, que la concibió como una libertad negativa o un derecho de defensa, como un derecho a la no injerencia que garantiza al individuo no ser coaccionado ni perseguido por sus creencias, en el siglo xx esta concepción se ha visto confrontada con la tradición democrática que cristaliza constitucionalmente en el paso del Estado liberal al Estado social. La Constitución añadirá a su tradicional función de garantía de los derechos individuales una nueva función, la promocional, a través de la cual los poderes públicos intervendrán positivamente para crear las condiciones y remover los obstáculos que dificulten o impidan la libertad (art. 9.2 CE). La libertad religiosa no será una excepción y, junto a la no interferencia, incorporará también técnicas positivas de promoción como las relaciones de cooperación. En este contexto, la formulación expresa del principio de cooperación en países como Alemania, Italia o España implica el reconocimiento de una vertiente positiva de la libertad religiosa y, en última instancia, la conveniencia de que los poderes públicos colaboren con las confesiones para la realización de la libertad individual. Los pactos o acuerdos de cooperación (así, art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa), aparte de su naturaleza jurídica específica, responden a la idea de concertar con cada confesión un estatuto que adapte el marco jurídico general de la libertad religiosa a sus particularidades. Se trata, sea como fuere, de una coopera-

ción instrumental; se coopera para algo y ese algo no puede sino el ejercicio individual o colectivo de la libertad religiosa. Se quiere facilitar o promover el disfrute de la libertad de religión.

El reconocimiento de esta vertiente positiva o promocional de la libertad religiosa exige, por tanto, matizar el dogma de la no interferencia, incompetencia o neutralidad del Estado en sede de conciencia y religión. La laicidad ya no puede interpretarse hasta el extremo de imposibilitar la cooperación, aunque conserva la función de límite del principio de cooperación pues éste no puede llevar al Estado a valorar positivamente lo religioso en cuanto tal y ni mucho menos a privilegiar —sin causa objetiva y razonable— a una concreta confesión.

Consciente de esta evolución y cambio de perspectiva, Lorenzo Martín-Retortillo sistematiza, recuperando conceptos y categorías ya avanzados en *El marco normativo de la libertad religiosa* (1999), las líneas de actuación del Estado en relación con el fenómeno religioso en cuatro apartados: a) las situaciones de *mero dejar hacer*, sin intervención alguna, en el sentido más clásico (p.e., no interferir en los actos de culto en los templos); b) las *respuestas positivas institucionales* para crear una red que permita proteger lo anterior (p.e., tutela penal de la libertad religiosa); c) el tradicional campo del Derecho administrativo en la *protección del orden público* —entendido en un sentido cívico—, lo que se viene denominando la *policía administrativa* (p.e., exigencias urbanísticas); y d) un cierto espacio para las *prestaciones* que debe asumir el poder público (p.e., ayudas dinerarias o exenciones tributarias o reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso).

Por trascendente que sean los derechos fundamentales, ninguno de ellos es absoluto o ilimitado. Todo derecho está sometido a límites más allá de los cuales su ejercicio resulta ilegítimo. La libertad religiosa no es una excepción, de ahí el límite del orden público que contempla el artículo 16.1 CE, con una fórmula que recuerda al artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El artículo 16.1 CE no aclara qué elementos integran la noción de orden público, pero sí el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, con una redacción que trae a la memoria el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que ha validado el Tribunal Constitucional (STC 46/2001). Las condiciones materiales mínimas para la subsistencia de una convivencia pacífica aceptable, es decir, dentro de un concepto de orden público, se encuentran en la garantía de unos niveles determinados de seguridad pública *stricto sensu*, o sea, de protección de personas y bienes, y en la garantía de unos mínimos de salubridad y tranquilidad, dentro del respeto a los sentimientos básicos que la colectividad tenga asumidos como más profundos, a la moralidad pública.

Por otra parte, conforme a la jurisprudencia constitucional, otros derechos, bienes o valores de relevancia constitucional, no aludidos en el artículo 16 CE, pueden modular el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho. El orden público es el límite expreso de la libertad religiosa, pero no el único posible. La libertad religiosa no está sometida únicamente a los límites que de manera expresa impone el artículo 16 CE, sino, además, a los que resultan justificados para la protección de otros derechos, bienes y valores constitucionales. No es, por tanto, un derecho absoluto a la vista «de la incidencia que su ejercicio puede tener sobre los elementos integrantes del orden público» y «sobre otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos» (STC 154/2002). Límites, todos ellos, que han de interpretarse restrictivamente, en atención al mayor valor de la libertad, y siempre de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*). Todo límite, en expresión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha de ser «necesario en una sociedad democrática».

Estudios sobre libertad religiosa ilustra, de otro lado, sobre un fenómeno que puede pasar inadvertido pero que tiene, transcurridos más de 30 años de vigencia constitucional, una importancia crucial. Me refiero a la normalización y generalización de la libertad religiosa, a partir del hoy, generalmente asumido, carácter normativo y vinculante de la Constitución. Ello ha propiciado, desde luego, una depuración del ordenamiento jurídico en su conjunto, barriendo o invalidando todo lo que estuviera en contradicción (STC 340/1993). Y ha propiciado, asimismo, la irradiación de la libertad religiosa sobre todo el ordenamiento. La libertad religiosa predetermina la vida de todo el Derecho. Sabido es la enorme normalización jurídica que se ha producido para sustituir directamente las normas obsoletas o no adaptadas —y más teniendo en cuenta la confesionalidad de las Leyes Fundamentales de la dictadura franquista— y, en todo caso, para integrar el contenido esencial de la libertad religiosa a la hora de interpretar cualquier norma jurídica. La libertad religiosa informa todo el ordenamiento en su conjunto; la libertad religiosa, en tanto decisión del constituyente, informa hasta el último rincón del Derecho. La peculiaridad del efecto de irradiación radica en que no crea un nuevo ámbito objetivo del Derecho Constitucional, sino que permite que cada ámbito del Derecho —civil, administrativo, penal, social— permanezca como tal, pero el Derecho Constitucional se impone a ellos acuñándolos o influyéndolos. Surge así una situación de mixtura entre el Derecho ordinario y el Derecho Constitucional que vincula a todos los operadores jurídicos.

Y como bien demuestra Lorenzo Martín-Retortillo, la libertad religiosa podrá exigir, en ocasiones, del intérprete la extensión del alcance de la norma jurídica a aplicar; otras veces, en cambio, le obligará a restringirlo; y cabe

incluso que le imponga redefinir el significado de los conceptos empleados en la norma o dar un nuevo contenido a los modelos de conducta por ella impuestos. Lo determinante, en cualquier caso, es que el intérprete del Derecho debe buscar siempre la mayor protección y efectividad real de la libertad religiosa, en cuanto bien jurídico protegido al más alto rango normativo. El artículo 16 obliga a todos los aplicadores del Derecho a valorar su consideración constitucional y a interpretar el contenido de los mandatos jurídicos sin vulnerar la libertad religiosa. No es posible configurar el contenido de los deberes legales haciendo abstracción de este derecho fundamental. Ignorar el contenido de la libertad religiosa en la interpretación de los deberes jurídicos es sencillamente inconstitucional (STC 154/2002).

Entiéndanse, obviamente, estas breves consideraciones tan sólo como una invitación a la lectura de *Estudios sobre libertad religiosa*. Una obra clara, necesaria, que rebosa solvencia intelectual y compromiso moral. Una obra que proporciona sólidos argumentos para reflexionar en torno a la libertad religiosa y la laicidad estatal, desde la defensa de los derechos y del Derecho, con lo que, entiendo, Lorenzo Martín-Retortillo ha cubierto lo que fue su principal objetivo al escribirla. Y una obra escrita por un auténtico maestro del Derecho Público, profesor universitario ante todo, que, lejos del tópico del investigador entregado a la reflexión sobre temas que no trascienden del ámbito especulativo, incapaz de firmar lo que no sea un estudio para ya iniciados en la materia, sale, por así decir, del recinto universitario para participar en el debate actual en torno a la libertad religiosa, utilizando una metodología y un lenguaje accesible a todos.

Abraham Barrero Ortega

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla