

Derecho

El derecho de libertad religiosa y sus límites jurídicos

José Alberto ESCOBAR MARÍN, OSA
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Resumen: El derecho de libertad religiosa se entiende de manera amplia y abarca tanto la libertad de creer como la libertad de conciencia. El nuevo fenómeno social del fundamentalismo fomenta conductas que colisionan con nuestro ordenamiento jurídico. El respeto a los derechos de los demás y al orden público configura los límites al derecho de libertad religiosa.

Abstract: The Right to religious freedom covers the freedom to believe and the freedom of conscience. The recent social phenomenon of fundamentalism encourages misconducts contrary to the Spanish legal system. The respect of citizens rights and public order are the limits to the Right to religious freedom.

Palabras claves: Derecho de libertad religiosa, libertad de conciencia, convicciones religiosas, orden público, fundamentalismo.

Keywords: Right to religious freedom, freedom of conscience, religious convictions, public order, fundamentalism.

Sumario:

I. Introducción.

II. Capítulo I. Tratamiento jurídico del derecho de libertad religiosa.

2.1. *Libertad religiosa y creencias.*

- 2.1.1. Derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico internacional de Naciones Unidas.
- 2.1.2. La importancia de la noción de creencias religiosas en el ordenamiento jurídico español.
- 2.1.3. Concreción del Derecho de libertad religiosa.

2.2. *Centralidad del concepto jurídico «creencias religiosas»*

- 2.2.1. Causa de la especialidad del derecho eclesiástico español.
- 2.2.2. Principales corrientes doctrinales.
- 2.2.3. Centralidad del factor religioso.
- 2.2.4. Acerca de un concepto jurídico amplio de «creencia» y de «religión».

III. Capítulo Segundo. Límites jurídicos de la libertad religiosa y su problemática actual.

3.1. *Límites del derecho de libertad religiosa.*

- 3.1.1. Protección de las convicciones y creencias religiosas en el ordenamiento jurídico español.
- 3.1.2. Límite del Derecho de libertad religiosa.
- 3.1.3. Doctrina del Tribunal Constitucional

3.2. *El concepto de orden público.*

- 3.2.1. Dificultad de un concepto jurídico indeterminado.
- 3.2.2. Orden público en el marco constitucional.
 - 3.2.2.1. Mutilación genital femenina.
 - 3.2.2.2. Cementerios y enterramientos.

3.3. *Conductas pseudorreligiosas y libertad religiosa.*

- 3.3.1. Seguridad pública.
- 3.3.2. Salud pública.
- 3.3.3. Moralidad Pública.
 - 3.3.3.1. Símbolos religiosos.
 - 3.3.3.2. Ámbito educativo.

IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho cada vez más evidente que el fenómeno religioso, o si se quiere decir de otra manera, la religión, está presente en nuestra sociedad. El elemento religioso no es un mero recuerdo del pasado, sino que se muestra como un rasgo esencial de personas y colectivos, a tener cada vez más en cuenta. A lo largo de la historia se ha valorado la importancia del hecho religioso de muy diversas maneras. Algunos lo han circunscrito al pasado, como un elemento que en otro tiempo ejerció un papel relevante en el acontecer histórico. Tradicionalmente, se valoró como elemento que configuraba la realidad cultural de pueblos y naciones. Para muchos, aún hoy, el fenómeno religioso sigue siendo esencial para entender la identidad de personas y colectividades. Es controvertido el debate sobre si una determinada confesión religiosa es parte de nuestras raíces culturales en Europa.

La valoración de «lo religioso» como elemento integrante de nuestra realidad social es diversa. Quienes lo valoran positivamente fomentan su presencia en todos los ámbitos, incluido el ámbito social común a todos los ciudadanos, y piden que el conjunto de la sociedad y el Estado posibiliten y faciliten el libre ejercicio del derecho de libertad religiosa. Quienes lo valoran de manera negativa intentan relegarlo al ámbito privado de la conciencia de cada ciudadano o al ámbito familiar, negándole presencia y relevancia en el ámbito social común. Según estos últimos, el Estado debería tomar una postura asépticamente neutra manteniéndose al margen de cualquier manifestación externa religiosa.

En este debate profundo, complejo y prolongado en el tiempo, los posicionamientos se polarizan entre quienes parecen abogar por una vuelta a una respetuosa confesionalidad estatal explícita o implícita y quienes defienden un laicismo más o menos agresivo como nota esencial de las democracias occidentales. En medio de todo ello surge en las últimas décadas un fenómeno muy específico que se

viene llamando comúnmente «fundamentalismo», «integrista» o «fanatismo religioso». Su aparición no deja indiferente a casi nadie por las consecuencias que conlleva, menos aún al ordenamiento jurídico que reacciona ante las numerosas actuaciones que colisionan contra él.

¿Qué interés tiene un estudio jurídico en conexión con estos fenómenos sociales? Hay que hacer notar que están quienes, desde una manifiesta intención o desde un desconocimiento profundo de los fenómenos religiosos, catalogan e identifican actitudes propias del fundamentalismo como una manifestación más de lo que ellos entienden como «religión» o en terminología académica «convicciones religiosas». Por otro lado, los ciudadanos que profesan una determinada confesión religiosa, se esfuerzan en distanciarse de este fenómeno fundamentalista. El creyente reivindica en el fondo un legítimo ejercicio del derecho de libertad religiosa.

En su evolución, el fundamentalismo ha ido tomando diferentes formas. Algunas se enmarcan dentro de las grandes religiones tradicionales tanto de oriente como occidente, y más cercanos en el tiempo otras conforman los denominados «fundamentalismos de corte laico» característicos de las sociedades secularizadas. Siendo su génesis y evolución de gran interés, este artículo no entra en su estudio, sino que sólo intenta clarificar las bases jurídicas necesarias para poder afrontar los retos que estos fenómenos sociales plantean.

II. CAPÍTULO PRIMERO: TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

2.1. Libertad religiosa y creencias

2.1.1. Derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico internacional de Naciones Unidas

Es importante preguntarse por el objeto del derecho de libertad religiosa para luego delimitar tanto su protección como sus límites. Por ello primeramente se trata de ver qué se tiene por dicho derecho en el marco amplio de los Derechos Humanos para luego centrarnos en el ordenamiento jurídico español.

Este derecho se recogió en 1948 en el artículo 18.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando se proclamó que: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.»

La variedad de acepciones utilizadas en el texto ha suscitado la cuestión de si estamos en presencia de un haz de libertades o de una sola libertad, reflejada a través de diversas manifestaciones. «La elaboración del artículo 18 y su contenido final apunta a que el contenido de este derecho protege una sola libertad individual o colectiva y que se refiere a la capacidad de elección de una propia cosmovisión o concepción de la vida, es decir, al conjunto de creencias que, en expresión orteguiana, sostienen al hombre, ya sean esas creencias de origen religioso, filosófico o ideológico»¹.

Esta opinión está sustentada en la génesis del mismo artículo 18 de la Declaración. El resultado del texto terminó siendo plural, recogiendo tanto la libertad de pensamiento, como la de conciencia y religión². Se buscó que en el artículo se recogiera de igual modo no sólo la libertad de creencia religiosa, sino también la libertad de pensamiento y de conciencia y así poder considerar una creencia como un sistema de filosofía más que como una religión establecida y abarcar el derecho individual a adoptar el ateísmo como creencia³.

Superando una concepción parcial y limitada que sólo abarcaría a la libertad religiosa, se ha intentado integrar «en una sola y única libertad diversas manifestaciones, que abarcarían en su totalidad el mundo de las ideas y creencias»⁴. El ámbito de la libertad protegida se ha ampliado por tanto. Si la Declaración Americana se circunscribió a la dimensión religiosa, con este artículo se ha protegido tam-

1. SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias*. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho comparado, Madrid 2003, p.191.

2. Esta última se introdujo pues se consideró que la libertad de pensamiento abarcaba los diferentes supuestos de concepción de la vida y, por tanto, también lo religioso. La presión desde la confesión judía consiguió que fuera incluida esta última acepción por considerar que este era el texto que se prestaba a recoger la dimensión religiosa del hombre.

3. SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad Política y libertad de creencias...*, o.c., p. 190.

4. SOUTO GALVÁN, E., *La libertad religiosa en Naciones Unidas*, Universidad Complutense, Madrid 1998, p. 357.

bién la dimensión ideológica y filosófica. «Parece evidente que la redacción del texto pretende abarcar un campo más amplio que el aspecto religioso, comprendiendo la manifestación ideológica y filosófica, incluso aquellas que sean contrarias a la religión»⁵.

El texto en sí parte de un criterio personalista donde el protagonista es la persona y ello porque desde el primer artículo el eje vertebrador de toda la declaración es la persona y su dignidad: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» dice el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Lo que se «pretende proteger, más allá de las doctrinas ideológicas o religiosas, es la libertad individual de pensar, es decir, elaborar el propio razonamiento personal, y la libertad de creer o la adhesión a una doctrina filosófica o religiosa. Esta faceta aparece nítidamente reflejada a partir de la naturaleza de estas libertades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Declaración»⁶.

En el mismo artículo se hace referencia a las dos dimensiones, la de profesar una determinada confesión religiosa o convicción ideológica y la de manifestarlo externamente. Su distinción y la protección de ambas se diferencian ya que sólo en su vertiente de manifestación es donde se puede inmiscuir el derecho. En efecto en el mismo texto se aclara que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión «incluye la libertad de tener una religión o cualquiera convicción de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante culto, la observancia, la práctica o la enseñanza»⁷.

Se establece así, una neta distinción entre la libertad de tener y la libertad de manifestar. A la primera dimensión se refiere el artículo 1.2 al decir que: «nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección». Por su parte en su apartado 3, se referirá a la libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones, que «estará sujeta a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger

5. *Ibid.*, p. 358.

6. SOUTO GALVÁN, E., *La libertad religiosa...o.c.*, p. 359.

7. SOUTO GALVÁN, E., *El reconocimiento de la Libertad Religiosa en Naciones Unidas*, Marcial Pons, Madrid 2000, p. 201.

la seguridad, el orden, la salud, o la moral pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás»⁸.

La libertad de tener una religión o convicción goza de inmunidad de coacción y se caracteriza por ser un derecho absoluto que carece de límites. La libertad de manifestarse es, como todo derecho fundamental en su manifestación, un derecho limitado por los derechos de los demás y por el orden público protegido por la ley⁹.

2.1.2. La importancia de la noción de creencias religiosas en el ordenamiento jurídico español

La noción de creencias, la de convicciones según la terminología que también está admitida, es «lo que constituye el verdadero eje de la triple libertad cuya protección se afirma, tanto en la Constitución Española de 1978 como en los textos internacionales conforme a los cuales debe ser interpretada»¹⁰.

Plantear qué entiende el derecho positivo español por libertad religiosa en el artículo 16 de la Constitución¹¹, es preguntar sobre su relación con otras libertades relacionadas con ella. Dicho artículo reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto, con un grado similar de protección. Conceptualmente no queda perfectamente delimitada la nota distintiva de cada una de estas libertades y hace pensar que en nuestro país el hecho religioso gira en torno a las confesiones religiosas. Esta puede ser la razón por la que no se menciona la libertad de conciencia aunque, como señala el profesor Martínez Torrón, el Tribunal Constitucional la contempla en su jurisprudencia¹².

8. *Ibid.*, p. 201.

9. *Ibid.*, p. 201.

10. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Religión Derecho y Sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico Español*, Comares, Granada 1999, p. 131.

11. Artículo 16. 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

12. STC 15/1982, de 23 de abril, en la que el Tribunal describe la libertad de conciencia como una «concreción de la libertad ideológica». MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Religión Derecho y Sociedad...*, o.c., p. 128.

Entre las motivaciones que parece que influyeron en los constituyentes, estuvo la de intentar evitar que se perpetuara la situación privilegiada de la Iglesia católica en España haciendo efectivo el principio de igualdad de todas las confesiones religiosas. De otra parte, la intención de aplicar dicho principio de igualdad jurídica a las convicciones religiosas y a las no religiosas. Por tanto, hacer realidad los principios de no discriminación e igualdad en materia religiosa.

Se han de buscar criterios que ayuden a clarificar la noción de la Libertad Religiosa atendiendo a lo que dice el artículo 10.2 de la misma Constitución. Estos deben ser los que surjan de la lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) y de los demás pactos internacionales en la materia ratificados por España. Uno de los principales sigue siendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) que, a través de la jurisprudencia emanada de sus órganos judiciales, lo posibilita. El artículo 9 del Convenio Europeo¹³, con un texto casi idéntico al del artículo 18 de la Declaración Universal¹⁴, alude conjuntamente al «derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión».

Analizando tanto el artículo 9 del Convenio Europeo como el art. 18 de la Declaración Universal, se advierte que los tres términos empleados en su inicio son menos importantes que su posterior interpretación en cada uno de los dos artículos. En realidad, se está hablando de «distintas dimensiones de un solo derecho de libertad del cual se señalan a su vez varias manifestaciones genéricas: la libertad para creer; para elegir el objeto de las propias creencias; para formar entes colectivos inspirados en estas creencias, así como

13. Dice el Convenio en su Artículo 9: Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

14. La Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su Artículo 18: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

para adherirse a ellos o abandonarlos; y libertad también para exteriorizar las creencias en la conducta personal y colectiva, incluyendo la difusión y el proselitismo; en síntesis, sigue diciendo Martínez Torrón, la libertad de los individuos y grupos para creer y para actuar en consecuencia ¹⁵. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro tribunal Constitucional confirman esta forma de concebirlos.

La jurisprudencia del TEDH ha asentado una doctrina que puede concretarse en los siguientes puntos ¹⁶: La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión constituye una de las bases esenciales de la sociedad democrática, en el sentido del Convenio Europeo de Derechos humanos. La libertad religiosa implica la de manifestar la religión no sólo de manera colectiva y en público y en el círculo de sus correlegionarios, sino también de modo individual y privado. Debe distinguirse entre el testimonio religioso y el proselitismo abusivo, consistente este último en una deformación del derecho de propagar una religión, lo que es incompatible con la libertad religiosa del otro.

El artículo 9 de la Convención Europea enumera algunas formas que puede adoptar la manifestación de una religión o convicción, como pueden ser el culto, la enseñanza, las prácticas religiosas y la observancia de los ritos.

Por tanto, esta «libertad de creer y de actuar en consecuencia» lo que plantea es el reto de armonizar su ejercicio con el de otras libertades en un colectivo humano tan diverso y plural. A este respecto, al ordenamiento el aspecto que le interesa es el segundo, el de «manifestar». En principio, las ideas son de suyo indiferentes para el mundo jurídico en tanto no se manifiesten en hechos externos. De hecho, la jurisprudencia de Estrasburgo ha afirmado que la vertiente interna de esas libertades, libertad de creer, es absoluta y no es coercible por el Estado.

15. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Religión Derecho y Sociedad...*, o.c., p. 131.

16. GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «Introducción y contenido constitucional del artículo 16 de la Constitución Española: aconfesionalidad y laicidad», en *Pluralismo religioso y estado de Derecho*, Centro de Documentación judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, p. 39.

2.1.3. Explicitación del derecho de libertad religiosa

Conviene sintetizar el contenido esencial del derecho de libertad religiosa, que en cuanto derecho fundamental deberá ser respetado por la ley de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.1 de la Constitución Española. El derecho fundamental de libertad religiosa deberá garantizar, por tanto, las siguientes manifestaciones:

- a) La libertad de profesar o no profesar, es decir, de tener o no tener, las creencias religiosas elegidas libremente.
- b) La libertad de declarar o no declarar las propias convicciones religiosas.
- c) La libertad de culto, es decir, de realizar las prácticas religiosas propias de la confesión elegida.
- d) La libertad ética o moral, es decir, la libertad de actuar conforme a las propias convicciones religiosas.
- e) La libertad de información, es decir, de informar y ser informado sobre las creencias religiosas que se profesan.
- f) La libertad de educación religiosa, y, por tanto, de recibir e impartir la enseñanza de las creencias asumidas.
- g) La libertad de reunión de manifestación y de asociación para realizar actividades religiosas¹⁷.

Sin embargo, donde encontramos el contenido de este derecho, más explicitado aunque sin pretender exhaustividad es en el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa. La libertad religiosa y el derecho de manifestar su propia confesión pueden ejercitarse a través de actividades y actuaciones de muy diversa índole. Dentro de ellas se pueden incluir aquellas directamente derivadas del acatamiento de un precepto religioso, o las destinadas a dar testimonio de la pertenencia a un determinado grupo¹⁸.

La Ley delimita el derecho de Libertad Religiosa y de culto que garantizaría amparada por la Constitución el derecho de toda persona a ciertos derechos individuales así como a otros colectivos. El papel del Estado queda igualmente comprometido en determinadas actividades.

17. SOUTO PAZ, J. A., *Derecho Eclesiástico del Estado*, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 109.

18. CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa. Simbología y Laicidad del Estado*, Madrid 2005, p. 25.

Se encuentran como derechos individuales que recoge la Ley de Libertad Religiosa¹⁹:

- 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.
- 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.
- Recibir e impartir enseñanza a 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.
- 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.

Como derechos colectivos²⁰:

- Derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos.
- Designar y formar a sus ministros.
- Divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sean en territorio nacional o en el extranjero.

Papel del Estado frente a estos derechos²¹.

19. Artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio, de Libertad Religiosa.

20. Artículo 2.2 LOLR.

21. Artículo 2.3 LOLR.

- 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.

Aunque entraremos a ver los límites de este derecho, es conveniente señalar ahora que la Constitución Española contempla, en su artículo 16.1, el derecho de todos los individuos y de los grupos al libre ejercicio de su religión sin más limitaciones, en su proyección externa, que las necesarias para el mantenimiento de orden público protegido por la ley.

Este derecho entraña el reconocimiento al individuo de un ámbito de libertad, tanto de proyección interna como externa, con plena inmunidad de coacción frente al Estado y demás grupos sociales²². Se puede afirmar por tanto que en nuestro ordenamiento jurídico hay una concepción positiva del fenómeno religioso en general y del derecho de libertad religiosa en particular, que queda patente en que la práctica religiosa no queda relegada al ámbito íntimo de los ciudadanos.

El texto constitucional manda a los poderes públicos por el artículo 16.3 CE, tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española en orden a mantener relaciones de cooperación con las distintas confesiones.

2.2. Centralidad del concepto jurídico de «creencias religiosas»

2.2.1. Causa de la especialidad del derecho eclesiástico español

Nuestro interés primero radica en saber qué posición toma el derecho en cuanto a la protección de las creencias religiosas de los ciudadanos o, por decirlo de otra forma, si el lugar de las creencias religiosas o la religión ocupa un papel central en el derecho de libertad religiosa. Preguntarnos por estas cuestiones no se puede hacer de otra manera que delimitando el objeto de la disciplina del derecho eclesiástico en el ordenamiento jurídico español. La delimitación del

22. Doctrina del Tribunal Constitucional mantenida constantemente. Ver STC 24/1982, de 13 de mayo. FJ.1 (BOE, de 9 de junio de 1982).

derecho de libertad religiosa y examinar en qué consiste el objeto específico del derecho eclesiástico es adentrarnos en cuestiones disputadas por la doctrina.

Se ha definido la libertad religiosa como aquella que tiene por objeto la fe como acto y la fe como contenido de dicho acto, así como la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales, asociadas o institucionales, tanto públicas como privadas, como libertad para su enseñanza, predicación, culto, observancia, y cambio de religión y de profesión de la misma²³.

Pero tal afirmación no es cuestión pacífica en la doctrina eclesiástica precisamente por las consecuencias que conlleva tomar por objeto las creencias religiosas o las convicciones no religiosas. «Así, en la medida en que fijemos como objeto del derecho de libertad religiosa la religiosidad o la religión, quedarán excluidos el agnosticismo y el ateísmo, otra de las cuestiones espinosas que se plantean con frecuencia los juristas de este ámbito junto a los penalistas. En cambio, si se entiende el objeto como la libertad de creer o no creer, entonces es indiferente que el objeto de esa libertad sea fideístico, agnóstico o ateo y, por tanto, habría que aplicar las mismas garantías a la libertad de pensamiento, religiosa, y de conciencia, ya que cualquier desigualdad sería discriminación. También, como segunda consecuencia de esta postura, la libertad religiosa pasa a ser una especificación de la libertad de pensamiento o de ideología»²⁴.

Cuando se trata el tema de la autonomía del derecho eclesiástico español, se ha señalado que la autonomía de esta rama del derecho se delimita diferenciando las relaciones jurídicas según el elemento que caracteriza tales relaciones que es lo que las diferencia de las demás²⁵. Históricamente se ha tenido el elemento del *factor religioso* como elemento diferenciador. Así, el elemento religioso es considerado por la ley y la jurisprudencia como lo bastante sustancial para matizar el modo en que se valoran las relaciones en que ese elemento se halla presente.

El derecho positivo, en general, y el español, en particular, otorgan al elemento específicamente religioso una importancia decisiva

23. VILADRICH, P. J., «Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución Española de 1978», en *Revista de Derecho público*, 90 (1983) 85.

24. PÉREZ-MADRID, F., *La tutela penal del factor religioso en el derecho penal*, Pamplona 1995, p. 105.

25. MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Religión Derecho y Sociedad...*, o.c., p. 104.

en orden a fijar el sentido de las soluciones jurídicas para ciertas relaciones humanas, actual o potencialmente conflictivas²⁶. En nuestro país no se cuestiona la existencia de una rama del derecho que se ocupe de la incidencia jurídica del factor religioso, es el derecho eclesiástico del Estado.

¿Qué papel ocupan las creencias religiosas dentro del derecho? ¿Entra su estudio dentro del objeto específico que tiene el Derecho Eclesiástico del Estado? Responder a estas cuestiones no es fácil, pues la doctrina tiene opiniones muy diversas respecto a ellas. Resulta necesario intentar saber qué entiende nuestro derecho por elemento religioso y si este es objeto del derecho eclesiástico.

2.2.2. Principales corrientes doctrinales

Dentro de la posturas doctrinales respecto a este asunto se puede encontrar una primera que «agrupa a quienes coinciden en que el objeto del derecho eclesiástico es el análisis del hecho religioso en lo que tiene de relevancia jurídico-civil»²⁷, lo cual reconduce tanto a la regulación jurídica de la libertad religiosa como al tratamiento jurídico de las relaciones entre Estado y confesiones religiosas²⁸.

Esta primera corriente doctrinal se subdivide en diversas direcciones, a tenor de las discrepancias en cuanto a la definición misma de lo religioso, cuando el factor religioso es relevante en el ámbito jurídico civil y la delimitación conceptual de la libertad de religión, de conciencia y de pensamiento.

Buen representante de esta corriente es el profesor Hervada. Distingue las tres libertades diferenciándolas unas de otras. Ha intentado ofrecer una diferenciación entre las tres libertades, es decir, entre libertad religiosa, libertad de conciencia, y libertad de pensamiento.

26. *Ibid.*, p. 106.

27. *Ibid.*, p. 116.

28. «Por lo que se refiere a la doctrina española, la primera posición ha sido la propugnada y difundida por Lombardía y Hervada, y a ella se han sumado la mayoría de quienes componen su escuela (escuela canonística inicialmente, que también ha mantenido una cierta cohesión —bastante menos intensa— como escuela eclesiasticista). Es la posición que han mantenido también Antonio y Víctor Reina, y la mayor parte de la manualística no vinculada a Pedro Lombardía (por ejemplo, Martínez Blanco, Vera Urbano, Martín Sánchez)». *Ibid.*, p. 116.

Según este autor, cada una de ellas responde a objetos diferentes. La libertad de pensamiento se refiere al conocimiento o la relación con la «verdad», la libertad religiosa se refiere al acto de adhesión al credo religioso y la libertad de conciencia, ampara las decisiones adoptadas de acuerdo con el juicio de conciencia²⁹. Hace este estudio basándose en textos internacionales de derechos humanos, es decir, en los arts. 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos³⁰.

Para Hervada, la religión es un fenómeno que sí debe protegerse por parte del Estado, ya que la religión es el bien debido. En este autor, la religión es mucho más que tener un «conjunto de creencias» ya que la religión no es principalmente un núcleo de ideas, sino que está basada en una actitud de vida por parte del creyente es «la relación vital del hombre con Dios». Por eso, no se puede reducir la libertad religiosa a la libertad del acto de fe. El acto de fe no es un elemento especificador de la religión, ya que existen religiones naturales en las que el acto de adhesión es un acto de razón natural.

Para demostrar que la «religión» es más que un acto de fe enumera los elementos básicos que componen lo que se denomina como religión: «ideario, sistema moral, culto y observancia»³¹. De aquí se deduce que el culto como una forma de expresión no sea más que una manifestación de la libertad religiosa, por tanto, sin autonomía propia. Probablemente se ha llegado a cierta confusión debido a que

29. HERVADA, J., «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, (1984) 13 y ss.

30. Artículo 18: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia». A este respecto sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, MARTÍNEZ TORRÓN, J., «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en tomo al Convenio europeo de derechos humanos», en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, II (1986) 403-496. IDEM, «La protección internacional de la libertad religiosa» en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona 1994, pp. 141-239.

31. HERVADA, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Ed. Encuentro, Pamplona 1993, p. 213.

en distintos momentos históricos se ha denominado la libertad religiosa como libertad de cultos³².

¿Dónde radica para este autor la diferencia fundamental entre la libertad de pensamiento y la libertad religiosa? No está tanto en la naturaleza de las creencias que sean o no profanas, sino en la relación vital que caracteriza a la libertad religiosa como objeto de protección. Por tanto, no puede establecerse una relación de género y especie entre ellas, ya que el rasgo que las diferencia a cada una, no admite una relación de especialidad.

Analizando los distintos artículos en los que se hace referencia a esta materia se ve que en el artículo 14 se habla de «religión» y de «opinión», mientras que en el artículo 16.2 se hace referencia a la «ideología», «religión», «creencias», después de haber reconocido el artículo 16.1 las libertades «ideológica», «religiosa» y de «culto». Si tenemos en cuenta además que en el artículo 20.1a) aparecen las palabras «pensamiento», «idea» y «opinión», y en el artículo 27.3, respecto a la formación religiosa y moral de los menores, se alude a las «convicciones», nos encontramos ante un difícil rompecabezas terminológico que requiere una detenida interpretación.

Hervada³³ va analizando los términos, estudiando los casos en que hay sinonimia. De este modo, llega a establecer los siguientes bloques semánticos. En primer lugar «creencia» tiene por sinónimos convicción, ideología, fe y religión. El diccionario atribuye un doble significado a la palabra creencia, como firme asentimiento y conformidad con alguna cosa, y como religión, deduce dos líneas de contenido: por una parte creencia-convicción-ideología, y, por otra, creencia-fe-religión. La primera correspondería al *pensamiento como conjunto de ideas que profesa una persona*, su ideario. La segunda, la religión, la define como la *relación vital del hombre con la divinidad*. De esto se desprende que «no es una ideología; va mucho más allá»³⁴.

32. «Por culto se entiende el conjunto de actos y ceremonias, ritos, con que el hombre tributa homenaje a la divinidad. Es un acto de comunicación con la divinidad. Sus sinónimos son adoración, liturgia, reverencia y servicio divino» (...) «La libertad de cultos es un aspecto de la libertad religiosa y en ella se encuentra comprendida; no tiene autonomía propia ni es un derecho distinto del de libertad religiosa», *Ibid.*, p. 200.

33. HERVADA, J., *Los eclesiasticistas ...*, o.c., p. 193 y ss.

34. PÉREZ-MADRID, F., *La tutela penal del factor religioso...*, o.c., p. 108.

En este mismo sentido, el de abarcar mucho más que un contenido conceptual, otro autor como López Alarcón concibe las «creencias religiosas» como aquellas que hacen referencia a experiencias de fe en un ser trascendente al que se le tributa culto y reverencia³⁵.

En el artículo 16 se utiliza también la expresión «libertad ideológica», que es el derecho de todo ciudadano a tener su propio sistema o concepción del hombre, del mundo y de la vida. Como principio configurador del Estado significa que éste es incompetente para imponer una postura acerca del hombre, el mundo o la vida.

Respecto a la libertad de conciencia, y en sintonía con la línea que sostiene Hervada³⁶, Viladrich entiende por «libertad de las conciencias» aquella libertad fundamental de todo ciudadano de poseer su propio juicio moral como acto personal de la conciencia, y de adecuar su comportamiento y realizar su vida según el personal juicio de moralidad. El correspondiente principio configurador del Estado en este tema será la inmunidad de coacción por parte del Estado.

La libertad de conciencia se trata de algo distinto al pensamiento, a la ideología y a la religión. Se trata de un conocimiento práctico, de un juicio de moralidad acerca de la acción concreta, por lo que dependerá del pensamiento o ideología que tenga el individuo y de su religión, no es por tanto la primera libertad. Pero la vertiente práctica de las libertades de pensamiento y religiosa no se limita a lo moral. La conciencia no es un ideario moral, sino la aplicación de la regla objetiva al caso concreto.

Sólo puede llegarse a unir tales libertades hasta el límite en el que lo hace Hervada cuando habla del conjunto de las tres libertades como un «núcleo de exigibilidad y debitud inherente a la dignidad humana en lo que atañe al ser y a la actividad del espíritu humano»

35. LÓPEZ ALARCÓN, M., «Relevancia específica del factor social religioso», en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del prof. Pedro Lombardía*, Madrid 1989, p. 467. En el Diccionario de la Real Academia, religión «es el conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto». Voz «religión» en Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, Madrid 1992.

36. HERVADA, J., «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho* (1984) 13 y ss.; IDEM, *Los eclesiasticistas ante un espectador...*, o.c., pp. 222 y ss.; VILADRICH, P. J., «Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución Española de 1978», en *Revista de Derecho público*, 90 (1983) 84.

³⁷, pero especificando que se trata de tres factores no reducibles a la unidad, puesto que postulan estatutos jurídicos distintos. Mientras que la libertad religiosa se puede ejercer colectivamente a través de las confesiones, aquellas colectividades que se orienten al ejercicio de la libertad de pensamiento a nivel comunitario tendrán que reconducirse al régimen general de asociaciones. Por otra parte, la libertad de conciencia no se ejerce nunca colectivamente³⁸.

Una segunda corriente doctrinal se orienta hacia una concepción de esta rama del derecho centrada en la libertad de conciencia, abarcando tanto la libertad religiosa como la libertad ideológica y de pensamiento. La libertad de conciencia se proyecta en diversos planos: en el interior de la persona, en la expresión o comunicación de los individuos, y en el comportamiento externo. Abarca por orientación una temática mucho más amplia incluyendo igualmente el derecho a la libre formación crítica de la propia conciencia.

Como representante más significativo de esta segunda corriente doctrinal de nuestro derecho está el profesor Dionisio Llamazares, para quien el Derecho Eclesiástico del Estado «no es otra cosa que el estudio y ordenación sistemática de las normas estatales reguladoras de ese derecho de libertad de conciencia como derecho fundamental de los ciudadanos. Porque, claro está, libertad de conciencia significa tanto libertad ideológica como libertad religiosa»³⁹.

Para el profesor Llamazares «la libertad ideológica y la libertad religiosa no son dos especies del mismo género, libertad de conciencia»⁴⁰. Por libertad de conciencia se ha de entender: «el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas»⁴¹. Tanto conceptual como jurídicamente, la libertad religiosa es una subespecie de la libertad ideológica y «por tanto contenida en ella, al igual que son subespecies de la libertad ideológica, la libertad política y la libertad sindical»⁴². Por esta razón la regulación de la libertad ideo-

37. HERVADA, J., *Los eclesiasticistas* ..., o.c., p. 207.

38. *Ibid.*, p. 209.

39. LLAMAZARES, D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio publicaciones Complutense, Madrid 1991, p. 14.

40. *Ibid.*, p. 14.

41. LLAMAZARES, D., *Derecho de libertad de conciencia. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Madrid 1997, p. 14.

42. LLAMAZARES, D., *Derecho Eclesiástico del Estado*..., o.c., p. 14.

lógica será Derecho común y la de derecho de libertad religiosa, Derecho especial.

La diferencia principal con la postura de la primera corriente doctrinal estriba en que «ideología y religión» se identifican en lo esencial siendo que ambas tienen unas creencias, unas no religiosas y las otras sí al estar basadas en un Ser trascendental. «En ambos casos estamos ante un intento de explicación global del universo que asumido por el individuo implica unas convicciones personales determinadas de la actitud y comportamiento ante el universo. Siempre que se den esas características estamos ante una ideología, que puede ser religiosa o no religiosa según que esas convicciones tengan como fundamento la creencia en un Ser superior o no... la libertad religiosa, entonces es libertad ideológica cualificada»⁴³.

El profesor Llamazares alude al argumento histórico para hacer ver cómo una libertad y otra han ido íntimamente ligadas en su evolución y concluye que «no se puede separar libertad ideológica y libertad religiosa». Serían dos caras de una única moneda. La libertad de conciencia se concibe, como libertad básica desde un punto de vista subjetivo. La libertad ideológica y su subespecie por razón de contenido, la libertad religiosa, desde un punto de vista objetivo.

Posturas intermedias. Es difícil resumir todas las posiciones doctrinales dentro de una u otra corriente. Así hay autores como el profesor Souto Paz que no entraría propiamente en ninguna de las dos anteriores pues insiste en la centralidad de la libertad ideológica como eje central del Derecho Eclesiástico entendida como «libertad de creencias». Dentro de esta libertad de creencias, a la hora de abordar su estudio, distingue entre libertad de conciencia, libertad de expresión y libertad de educación entre las libertades individuales para luego abordar las libertades colectivas⁴⁴.

Así, al preguntarse sobre la libertad de conciencia, la define como el derecho del individuo a actuar de acuerdo con su juicio moral y en la consiguiente inmunidad de coacción frente al Estado. Hay por tanto una estrecha relación entre libertad ideológica y religiosa y libertad de conciencia. La primera establecería las ideas y creencias que habría de inspirar la actuación del individuo: «de tal modo que la coherencia ante la praxis y las convicciones constituye el criterio de

43. LLAMAZARES, D., *Derecho Eclesiástico del Estado...*, o.c., p. 15.

44. SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias...*, o.c., p. 35.

actuación dictado por la conciencia. La libertad de conciencia garantiza esa actuación individual y la consiguiente inmunidad de coacción.»⁴⁵.

Otra postura digna de reseñar es la del profesor Martínez Torrón que se encuadra más bien en la primera de las corrientes pero con diferentes matices. Este autor desarrolla su reflexión desde dos coordenadas. La primera de ellas es la clave funcional que todo el derecho persigue buscando la operatividad dentro de las relaciones humanas. El jurista lo que pretende conocer no es un estático conjunto de normas, sino más bien el funcionamiento efectivo del derecho respecto a la organización de ciertas relaciones humanas, que se lleva a cabo mediante su valoración en orden a la resolución de conflictos potenciales o actuales. Esto se realiza teniendo en cuenta una serie de factores heterogéneos que se hallan presentes en esas relaciones y que contribuyen a tipificarlas. Resulta la concreta rama del saber jurídico en que queda encuadrado su estudio, dependiendo de qué factor se considere preferentemente definidor de la relación, y por tanto, determinante de su valoración por el derecho⁴⁶.

El problema fundamental para la definición del objeto del derecho eclesiástico es, en suma, saber cuál es el elemento que se considera primordial en una relación jurídica para poder situarla dentro del campo de estudio de nuestra especialidad y para él, es el elemento religioso.

Como segunda coordenada está la comprensión del objeto desde el punto de vista histórico: historia del ordenamiento en sí, e historia de su estudio académico en un ámbito cultural determinado. Buscando detectar qué elemento o elementos de una relación jurídica han dado origen a esta rama del derecho y han contribuido a su configuración actual en nuestro concreto contexto jurídico. En opinión de este autor el Derecho Eclesiástico surge históricamente en relación a la necesidad de que el Estado adopte una actitud determinada ante el fenómeno religioso.

Aunque aludiendo al Derecho Eclesiástico, Martínez Torrón hace notar que la existencia de esta rama del derecho está íntimamente ligada a la existencia de la «religión». Aquél es efecto de la causa que sería el fenómeno religioso. Más precisamente porque «existen

45. SOUTO PAZ, J. A., *Derecho Eclesiástico del Estado...*, o.c., p. 107.

46. MARTINEZ-TORRÓN, J., *Religión Derecho y Sociedad...*, o.c., p. 118.

religiones» y por la lucha de su libertad frente al Estado o frente a otras religiones más fuertes y preexistentes en un determinado contexto socio-político⁴⁷.

2.2.3. Centralidad del factor religioso

A la hora de entender el objeto del sector jurídico que ocupa el Derecho Eclesiástico del Estado se suele admitir la centralidad del fenómeno religioso, aunque no exista uniformidad doctrinal. Sin embargo, la doctrina no se pone de acuerdo a la hora de definir lo que se ha de entender por fenómeno religioso, religión, creencias religiosas o convicciones.

Si por un lado los eclesiasticistas se muestran unánimes a la hora de afirmar la autonomía del Derecho Eclesiástico del Estado respecto a otros ámbitos jurídicos, no ocurre lo mismo cuando se intenta concretar el objeto del estudio de esta área del conocimiento jurídico. Algo que es esencial si queremos saber con certeza si es de su incumbencia lo que denominamos como creencias religiosas y el peso específico que tienen dentro de este sector.

Podríamos dividir en dos las posturas predominantes. Un primer grupo lo formarían quienes coinciden en afirmar como objeto del Derecho Eclesiástico «el análisis del hecho religioso en lo que tiene de relevancia jurídico civil, lo cual reconduce tanto a la regulación jurídica de la libertad religiosa como el tratamiento jurídico de las relaciones entre Estado y confesiones religiosas»⁴⁸. Otro gran grupo entiende que el objeto de estudio es más amplio pues se trataría del derecho de libertad de conciencia, abarcando tanto la libertad ideológica con la formación crítica de la propia conciencia y la libertad religiosa⁴⁹. En ambas posturas, al igual que en entre otros puntos, difieren en la definición del factor religioso.

47. También GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., «El Derecho eclesiástico como ciencia», en *Il diritto ecclesiastico*, I (1993) 301-305.

48. De esta forma de pensar son los profesores Lombardía, Hervada, Antonio y Víctor Reina, Martínez Blanco, Vera Urbano y Martín Sánchez. MARTINEZ-TORRÓN, J., *Religión, derecho y sociedad...*, o.c., p. 116.

49. Esta segunda postura es la que claramente sostiene Llamazares y de otra manera, Goti. Souto Paz estaría entre ambas posturas poniendo el acento en el derecho de la libertad de ideas y de creencias.

Martínez Torrón afirma que el Estado aborda la cuestión religiosa desde el punto de vista de la libertad y de la neutralidad y que el objeto está determinado por un doble elemento aunque la clave en sí está en la noción de libertad religiosa. Estos dos elementos serían los problemas derivados del ejercicio del derecho de la libertad religiosa en su vertiente individual y colectiva y por otro lado están las consecuencias de la libertad del Estado frente a la religión y fenómenos análogos. Es el mismo autor el que especifica que más que dos elementos se trata de dos puntos de vista desde el que ha de llevarse a cabo el estudio de una misma realidad jurídica.

La realidad jurídica en la que está centrando su atención es en aquellas relaciones humanas que son valoradas por el derecho estatal tomando como base principal la presencia del factor religioso y más en concreto aquellas que se derivan de opciones personales en materia religiosa.

Lo que conlleva una importante connotación axiológica en un doble sentido, pues estamos hablando de la libertad religiosa como uno de los grandes valores de los sistemas democráticos occidentales y por tanto uno de los pilares sobre los que se sustentan y por otro lado por las numerosas formas de llevar a la práctica la realización de esa libertad en la ordenación de las relaciones humanas operadas por el derecho.

De todo lo anterior se derivan dos conclusiones necesarias para la comprensión del Derecho Eclesiástico y que pueden tener consecuencias importantes para lo que se trata respecto a las creencias.

Una se refiere sobre todo al plano operativo de este sector del ordenamiento jurídico: el hecho de que la protección de la libertad de religión, de pensamiento y de conciencia no es sólo un interés privado de los ciudadanos que la ejercitan, sino que es simultáneamente un *interés público del máximo rango*, en la medida en que constituye una parte esencial de la infraestructura jurídica que sostiene un sistema democrático. Advertirlo es de capital importancia para enfocar correctamente el análisis, y las correlativas soluciones, de las relaciones humanas en las que se encuentra presente el elemento religioso.

La otra conclusión que es más directa al tema que nos ocupa se sitúa más bien a la hora de entender el derecho eclesiástico y concierne directamente al objeto de nuestra disciplina en el que las «creencias» ocupan un lugar principal. La libertad de actuar conforme a

las propias creencias designa el ámbito material de protección jurídica, y puesto que nuestro derecho garantiza una igual tutela para las creencias religiosas y no religiosas, la consecuencia es que ambos tipos de creencias, forman parte del objeto de estudio del Derecho Eclesiástico.

En otras palabras, lo que antes se ha venido llamando «elemento religioso», y que en ocasiones determina cómo es valorada jurídicamente una relación humana, ha de entenderse como el hecho de que ciertas conductas provengan de opciones adoptadas en virtud de las propias creencias, religiosas o no⁵⁰. Es decir, se trata de entender de una manera amplia el concepto de creencias pues así lo entiende nuestro ordenamiento jurídico.

2.2.4. Acerca de un concepto jurídico amplio de «creencia» y de «religión»

Tanto el término de convicciones como el de creencias son amplios y comúnmente utilizados. Al referirse el derecho español o el derecho internacional a la protección de dichas creencias o convicciones, surge el problema de tener que delimitar a qué tipo de ellas se está haciendo referencia. Resulta evidente que ambos ordenamientos no se refieren a cualquier clase de convicciones. De no hacerse una especificación, se corre el riesgo de trivializar «el sentido de esa protección, que quedaría reducida en la práctica a una declaración de intenciones, con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica»⁵¹.

Por un lado queda claro que hay una concreta tutela de las convicciones religiosas, por lo tanto el mayor problema radica en ahondar en el concepto de «convicciones no religiosas» para determinar qué tipo de convicciones no religiosas son tutelables.

A este respecto, si la extensión de la tutela jurídica a las convicciones no religiosas se funda en el principio de igualdad (igual tratamiento jurídico de las creencias religiosas y no religiosas), ese mismo principio habrá de constituir el criterio que permita responder al interrogante. Al mismo tiempo, puesto que nuestro derecho

50. MARTINEZ-TORRÓN, J., *Religión, derecho y sociedad...*, o.c., p. 134.

51. *Ibid.*, p. 135.

prescinde de enjuiciar el contenido doctrinal de las diversas creencias, sólo nos queda buscar un criterio que no sea el de los contenidos y se propone el de la funcionalidad, o dicho de otra manera, el de cómo inciden en las relaciones personales dichas convicciones. Se aboga por tanto por considerarse a éstas «desde una perspectiva funcional».

Desde una posible definición de lo que es la religión en una sociedad democrática, se afirma que «aparentemente, la única conclusión posible es que se protegen las creencias o convicciones que desempeñan en la vida de una persona una función equiparable a la de la religión, en cuanto conjunto, más o menos coherente o profundo, de ideas sobre el mundo y sobre el hombre, de las cuales se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento individual»⁵².

La jurisprudencia constitucional subraya en la STC n.º 46/2001, de 15 de febrero: «Por mandato del artículo 10.2 CE en la determinación del contenido y alcance del derecho fundamental de la libertad religiosa debemos tener presente, a efectos interpretativos, lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, concretamente en su artículo 18, así como en los demás Tratados y Acuerdos internacionales suscritos por nuestro país sobre la materia, mereciendo especial consideración lo dispuesto en el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída con ocasión de la aplicación del mismo». Así el comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha plasmado en el Comentario General de 20 de julio de 1993 que «los términos creencia o religión deben entenderse en sentido amplio»⁵³.

La jurisprudencia de los órganos de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, parece que sigue esta línea argumentativa, pues al interpretar el artículo 9 del Convenio, han declarado que la palabra «convicciones» debe entenderse como expresiva de «la opinión que alcanza un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia», o dicho de otra manera, «una visión coherente de los problemas fundamentales». La conclusión a la que

52. *Ibid.*, p. 135.

53. GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «Introducción y contenido constitucional del artículo 16 de la Constitución Española: aconfesionalidad y laicidad», en *Pluralismo religioso y estado de Derecho*, Centro de Documentación judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, p. 39.

llegamos es que «el concepto de religión, desde una perspectiva meramente jurídica, es el punto de referencia en torno al cual se construye la noción de creencias o convicciones, que a su vez permite delimitar el ámbito de protección de la llamada “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” o bien, según nuestro texto constitucional, “libertad ideológica, religiosa y de culto”. Se protege pues desde el derecho, sólo el comportamiento inspirado en aquellas convicciones que tienen particular relevancia dentro de la escala de valores del individuo: las creencias religiosas, y las creencias no religiosas que posean una función equiparable»⁵⁴.

II. CAPÍTULO SEGUNDO. LÍMITES JURÍDICOS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL

Hay un fenómeno social en el que el factor religioso está presente de manera principal, el fundamentalismo. En lo que atañe al ordenamiento jurídico, tiene su límite en el respeto de los derechos de las demás personas. El conflicto surge cuando, en aras a un supuesto derecho de la persona, no se respetan los diferentes derechos que los demás poseen. El fundamentalista, ya sea de manera personal o colectivamente, se concibe como verdaderamente creyente en oposición con quienes considera «no creyentes». Por ello absolutiza su supuesto derecho de libertad religiosa.

Los fundamentalistas se sienten agredidos en el ejercicio de este derecho, al menos tal y como ellos lo entienden. Se sienten víctimas de agresiones por parte del entorno social en el que se desenvuelven y al que catalogan como enemigo. Puede ser el «imperio occidental», el Estado o los propios correligionarios.

Visto desde una perspectiva jurídica, son los fundamentalistas los que agreden el derecho a la libertad religiosa o ideológica de otros ciudadanos y, por ello, se trata de clarificar cómo se lleva a cabo esta agresión a este derecho fundamental por parte de estos colectivos. Esta lesión se puede llegar a dar en las diferentes vertientes del derecho de libertad de conciencia, de la libertad ideológica o libertad de religión.

Se trata, por tanto, de ver cuáles son los límites del derecho de libertad religiosa, entendiéndose de manera amplia, dentro del orde-

54. MARTINEZ-TORRÓN, J., *Religión, derecho y sociedad...*, o.c., p. 135.

namiento jurídico internacional y español. En un segundo momento, y ya centrados en el ordenamiento jurídico español veremos el concepto de Orden Público, decisivo en este tema.

3.1. *Límites del derecho de libertad religiosa*

3.1.1. Protección de las convicciones y las creencias religiosas en el ordenamiento jurídico español

La Constitución Española contempla, en su artículo 16.1, el derecho de todos los individuos y de los grupos al libre ejercicio de su religión sin más limitaciones, en su proyección externa, que las necesarias para el mantenimiento de orden público protegido por la ley⁵⁵. Este derecho entraña el reconocimiento al individuo de un ámbito de libertad, tanto en su proyección interna como externa, con plena inmunidad de coacción frente al Estado y demás grupos sociales⁵⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico hay una concepción positiva del fenómeno religioso, en general, y del derecho de libertad religiosa, en particular, que queda patente en que la práctica religiosa no queda relegada al ámbito íntimo de los ciudadanos. El texto constitucional manda a los poderes públicos, por el artículo 16.3 CE, que tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española en orden a mantener relaciones de cooperación con las distintas confesiones.

Es en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, donde sin pretender ser exhaustivos ofrece el contenido de este derecho. De una manera amplia la libertad religiosa y el derecho de manifestar su propia confesión puede ejercitarse a través de actividades y actuaciones de muy diversa índole. Dentro de ellas se pueden incluir aquellas directamente derivadas del acatamiento de un precepto religioso, o las destinadas a dar testimonio de

55. Artículo 16 de la Constitución Española de 1978. La libertad religiosa se garantiza «sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

56. Doctrina del Tribunal Constitucional mantenida constantemente. Ver STC 24/1982, de 13 de mayo. FJ.1 (BOE, de 9 de junio de 1982).

la pertenencia a un determinado grupo⁵⁷. Frente a esto está el tema de sus límites.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, se circunscribe a la libertad religiosa y por ello queda fuera de su ámbito la libertad ideológica. Por tanto, esta ley se centra exclusivamente en garantizar la libertad religiosa y de culto.

La ley no ofrece una definición o un concepto de la libertad religiosa y de culto. Se limita a enumerar una serie de manifestaciones de esta libertad protegidas por la ley y explicita algunas actividades concretas excluidas del ámbito de protección de la misma. Son actividades de este tipo las de finalidad relacionada con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos, o con finalidad de difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos.

La libertad religiosa es difícil de definir porque es difícil llegar a un acuerdo sobre lo que se ha de entender como religión y por tanto lo religioso. A pesar de la dificultad, la ley intenta acotar lo que es lo religioso. Se ha hecho notar cómo «la norma da una definición negativa al excluir determinadas actividades del ámbito de protección de la ley, pero al mismo tiempo ampara y protege la ausencia de creencias religiosas y, por consiguiente, las creencias agnósticas, ateístas y antirreligiosas, como, por otra parte, han reconocido oportunamente diversas Declaraciones Internacionales»⁵⁸. Recordar que prácticamente toda la doctrina aboga por una equiparación en lo que se refiere a su protección jurídica, entre los que son las «creencias» de contenido religioso y las «convicciones» equiparables a ellas, que no tienen que tener dicho contenido religioso.

De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución Española⁵⁹, la Ley de Libertad Religiosa debería extender la protección de la libertad religiosa a la libertad de convicciones y no sólo a las libertades individuales sino también a las libertades colectivas. Un texto que debe ser orientador en la interpretación de nuestro texto constitucio-

57. CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa. Simbología y laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Madrid 2005, p. 25.

58. SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias...*, o.c., p. 255.

59. Artículo 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

nal, es la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en las religiones o convicciones, extiende la equiparación entre creencias de contenido religioso y convicciones a «la práctica del culto o de celebrar reuniones en relación con la religión, convicciones y de fundar y mantener lugares para estos fines; la de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; la de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión y convicción; la de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en estas esferas; la de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para estos fines; la de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; la de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; la de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; la de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional»⁶⁰.

Parte de la doctrina entiende que aunque la fuerza vinculante de esta Declaración no es la misma que la de un Convenio, al tratarse de una interpretación del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹ adquiere la misma fuerza que éste.

60. Artículo 6 de la Declaración de Naciones Unidas, de 1981.

61. Artículo 18 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Por su parte, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que está en trámites de aprobación por cada uno de los Estados, recoge igualmente en su artículo 70 esta equiparación de las convicciones en el mismo plano de las creencias, cuando fija la libertad de pensamiento de conciencia y religión en su articulado⁶².

De ello se concluye que los derechos reconocidos a las entidades religiosas, también los poseen las asociaciones ideológicas, filosóficas o éticas. El Tratado de Ámsterdam dice que «la Unión Europea respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho nacional a las Iglesias, y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros... y así mismo respeta que extiende al «estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales»⁶³. En España la equiparación de las organizaciones confesionales y las ideológicas o filosóficas no existe en la Ley de Libertad Religiosa que las excluye expresamente a algunas e indirectamente a otras cuando exige el requisito de fines religiosos para la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

Por otro lado hay que afrontar la cuestión que trata sobre cómo entender los límites en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Cuando se trata de interpretar derechos y libertades fundamentales, que tienen un valor y un alcance universal, no se puede acudir al método hermenéutico que toma como punto de partida la historia, la cultura, y la sociología, este método no resulta eficaz para entender y enjuiciar a instituciones y conceptos jurídicos. Por ello, la Constitución española impone como imperativo acudir a la conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los acuerdos y tratados internacionales⁶⁴.

62. Artículo 70.1 del Tratado por el que se crea una Constitución para Europa: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.»

63. Declaración 11 del Tratado de Ámsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales.

64. Así lo ha afirmado el TC en STC 78/1982, FJ 4.º: «La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales ... y no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental». Igualmente en STC 254/1993, FJ 6.º: «... es lo cierto que los

De ahí que no sea válido interpretar las libertades públicas únicamente de acuerdo con el significado cultural y sociológico o el sentido que la tradición histórico jurídica española haya mantenido, aunque son sólidos instrumentos hermenéuticos. ¿Dónde buscar criterios válidos? Algunos de los criterios hermenéuticos aplicables al artículo 16 de la CE y la LOLR son los que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶⁵ ha establecido:

- a) El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el artículo 18 es amplio y denso; abarca la libertad de pensamiento sobre cualquier tema, las convicciones personales y la adhesión a una religión o unas creencias, ya sea manifestado de forma individual o colectiva.
- b) La libertad de pensamiento y de conciencia se protegen en la misma medida que la libertad de creencias y de religión.
- c) El carácter fundamental de estas libertades se refleja en que no pueden ser derogadas ni siquiera en situaciones de emergencias.
- d) Las creencias deístas, no deístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia están protegidas por el artículo 18 DUDH.

Una vez más recalcar que es importante partir de una concepción de protección amplia. Los términos «creencia» y «religión» han de ser interpretados considerando que las convicciones no religiosas que tengan una envergadura y profundidad importante han de protegerse igualmente. No puede limitarse la aplicación del artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características institucionales o prácticas análogas a las de las religiones tradicionales. Muchas de estas creencias, confesiones religiosas, así como convicciones están puestas en entredicho por los grupos fundamentalistas.

textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y el alcance de los derechos recogidos en la Constitución», como ya hemos mantenido en virtud del Artículo 10.2 CE, desde nuestra STC 38/1981 FJ 3.º y 4.º.

65. Comentario general n.º 22 (48) (art. 18) 1, aprobado por el Comité en su 1247 período de sesiones, celebrada el 20 de julio de 1993 (CCPR/C/21 Rev.1/ Add. 4, 27 septiembre 1993). SOUTO GALVÁN, E., *El reconocimiento de la libertad religiosa...*, o.c., p. 31.

3.1.2. Límite del derecho de libertad religiosa

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en su artículo tres, apartado primero, afirma sobre el ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.

Se trataría de determinar hasta dónde llega la libertad religiosa, cuál es su frontera o su límite para saber desde dónde el derecho deja de ofrecer la tutela o a partir del cual su ejercicio puede considerarse un abuso de derecho. No se ha de tener lo que dice el articulado de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁶⁶ como un catálogo exhaustivo y cerrado de acciones o actividades, sino contemplarlo desde una perspectiva amplia. Preguntarse por los límites es preguntarse más por lo que no se puede hacer que por lo que se puede hacer⁶⁷.

Una de las razones por la que se afirma que son varios los límites que en la práctica se dan es porque no hay ningún derecho que sea ilimitado, ya que son muchos los derechos que se poseen y que entran en juego en las situaciones de conflicto. El TC lo ha dicho expresamente: «No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites ... en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otra el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos»⁶⁸.

66. Artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980. 1. El ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática. 2. Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espirituales u otros fines análogos ajenos a los religiosos.

67. PRIETO SANCHÍS, L., «El Derecho fundamental de la libertad religiosa», en *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid 2004. p. 71.

68. STC de 26 e enero de 1982.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al mismo tiempo que reconoce la existencia de una serie de derechos considerados como el mínimo necesario para que se pueda vivir con la dignidad propia de un ser humano, también matiza que todos estos derechos hay que interpretarlos a las luz del vínculo existente entre el individuo y la sociedad en la que vive⁶⁹.

El mismo artículo 28 de la Declaración hace ver que los derechos y libertades fundamentales sólo pueden ser realmente efectivos si existen un orden social que permita el desarrollo de los Estados y advierte en el artículo 29, que la persona tiene derechos, obligaciones y deberes respecto de su comunidad, en la medida en que inserta en ella puede desarrollar de forma libre y plena su personalidad. Por tanto, hay unanimidad en constatar que no existen derechos ilimitados⁷⁰.

Surge el verdadero problema cuando hay que determinar el momento en el que el ejercicio de un derecho comienza a ser abusivo dejando de merecer la protección del ordenamiento y pudiendo incluso ser objeto de represión. «Tal determinación es posiblemente una de las más difíciles y delicadas con las que ha de enfrentarse el jurista, máxime si se trata de un derecho fundamental de la índole del de libertad religiosa, tan estrechamente ligado a la dignidad de la persona humana»⁷¹.

Expresamente lo ha señalado el Tribunal Constitucional imponiendo un criterio restrictivo para la interpretación de las limitaciones a los derechos fundamentales: «La fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y

69. ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Barcelona 1998, p. 313. Citado por Puerto González, p. 278.

70. El Tribunal Constitucional, en una Sentencia 11/81, de 8 de abril, señala que «ningún derecho, ni aún los de la naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados», estableciendo que estos límites los marca la propia Constitución de forma directa en algunos casos, y en otros se derivan indirectamente de ella «en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar, no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos» (FJ7). Citado por PUERTO GONZÁLEZ, J. J., «Orden público y libertad religiosa en el conflicto de civilizaciones», en *Cultura, Política y Religión en el choque de civilizaciones*, Centro de Cultura popular canaria, 2004, p. 278.

71. COMBALIA, Z., «Los límites del derecho de libertad religiosa», en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, 1994, p. 469.

en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos»⁷². Es decir, cualquier estudio en torno a los límites a la libertad religiosa ha de guiarse por un criterio restrictivo⁷³. Con esto muy claro se puede abordar el tema de las limitaciones que nuestro ordenamiento jurídico prescribe para la libertad religiosa.

En el texto mismo de la Constitución es donde se reconoce, en el artículo 16, la «libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades» y lo hace «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Por tanto, cabe distinguir que el texto constitucional se autoimpone un límite genérico y en teoría único. Nos encontramos con que los límites que establece el legislador a la libertad religiosa recaen únicamente sobre el aspecto externo de sus manifestaciones. De ello se puede deducir que el aspecto más íntimo y personal de la religiosidad del sujeto no tendría que ver con el Derecho.

Por otro lado, no sólo es jurídicamente ilimitada la libertad interna de la persona, sino que también está lo que se ha venido a denominar como la «dimensión negativa de la libertad externa». Ésta consistiría en que bajo ningún concepto es legítimo obligar a un sujeto a una manifestación religiosa. La Constitución lo dispone expresamente para un aspecto concreto de manifestación, como es la recogida en el artículo 16.2, al establecer que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia. Considerándose de una manera amplia se puede entender que no sólo se trata de las declaraciones, sino de cualquier otra expresión pública que tenga relación con su fe como serían las ceremonias religiosas, actos públicos, etc. Así, el tema de los límites se circunscribe a la libertad religiosa exteriorizada positivamente. El otro dato que se obtiene del precepto constitucional es que la única limitación a la libertad religiosa es la que dicta el orden público.

72. STC 159/86, en BJC de 1986 n. 68.

73. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su STC 20/90, de 15 de febrero: refiriéndose a las libertades del artículo 16.1, la considera como fundamental para la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico «fundamento juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama el artículo 10.1 de otras libertades y derechos fundamentales» concluyendo que sus límites son más restringidos y no pueden equipararse a los previstos para otros derechos fundamentales.

3.1.3. Doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal parte del derecho a expresar públicamente la confesión religiosa propia. Ha reconocido recientemente la libre declaración de las propias creencias, como proyección externa del derecho de libertad religiosa. Entiende que la profesión de fe no se limita a quedar confinada en un ámbito privado y personal. En este sentido, en Sentencia de 4 de junio de 2001 ha manifestado que «el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen... pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso»⁷⁴.

No obstante, el Tribunal ha venido varias veces a delimitar la relación entre libertad religiosa y orden público. En la sentencia 141/2000, de 29 de mayo, reconoce una distinta intensidad en la libertad de creencias sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, según se proyecte sobre la propia conducta o sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos el propio Estado o los particulares.

Si se trata de la propia conducta y sin incidencia sobre los demás, el Tribunal Constitucional parte de una protección plena a la libertad de profesar creencias personales y únicamente podrá ser delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida, caso límite es el suicidio por motivos de creencia o autoinmolación.

Caso diferente es cuando se abandona la esfera de lo privado e individual y se efectúan manifestaciones externas de creencias que ya afectan a terceros. La persona creyente no puede pretender, amparándose en la libertad de creencias que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad; ni alterar con el solo sustento de su libertad de creencias, el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad de los mandatos legales, pues supondría

74. Sentencia de 4 de junio de 2001. FJ 2. (BOE, 3 de julio de 2001).

la inestabilidad del Estado. Es aquí donde surge la aplicación de la noción de orden público.

El poder del Estado para ejercer el orden público en su vertiente negativa y limitar la libertad religiosa no es ilimitado, y el orden público será ejercido de forma ilegítima si traspasa los límites que la Constitución prevé o cuando, estando dentro de este ámbito, permitido por la Constitución las restricciones son desproporcionadas.

Recientemente, la doctrina del Tribunal ha quedado plasmada en su Sentencia 46/2001, de 15 de febrero. En ella vuelve a recordar que el orden público ha de tener un carácter excepcional en su vertiente negativa o limitadora de los derechos fundamentales. Esto, en la práctica, es una limitación a los poderes públicos a la hora de aplicar el orden público, como una cláusula abierta en la que los criterios de actuación se pudieran basar en meras sospechas ante posibles comportamientos. Se está prohibiendo una «aplicación preventiva» ya que las consecuencias, por su naturaleza, serían de por sí muy lesivas al derecho de libertad religiosa. El Tribunal afirma que «sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud y la moralidad pública, tal y como se ha venido entendiendo en la sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límites al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto».

Este límite se enmarca dentro de una concepción del estado laico, en sentido positivo o aconfesional, que articula el ordenamiento para ser capaz «de garantizar a todos los creyentes por igual el respeto, la protección, y el ejercicio de sus libertades de expresión religiosa o no religiosa»⁷⁵. En esta línea se ha venido expresando el Tribunal en varias ocasiones. «El contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumi-

75. LLAMAZARES, D., «Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas», en *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, Madrid 2005, p. 39.

do en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el artículo 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado artículo 2 LOLR, según el cual: «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.» Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el artículo 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad y laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales» (STC 177/1996)⁷⁶.

3.2. *El Concepto de Orden Público*

3.2.1. Dificultad de un concepto jurídico indeterminado

El concepto de orden público es un concepto clave dentro de nuestro tema por ser según nuestra constitución el único límite que estos derechos pueden tener. Así, en nuestro ordenamiento «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»⁷⁷.

Se ha dicho reiteradamente por la doctrina, que el concepto de «orden público» es un ejemplo paradigmático de «concepto jurídico indeterminado». Es, como ocurre en otros casos, un concepto indeterminado en abstracto pero susceptible de determinar en la casuísti-

76. STC de 15 de febrero de 2001, FJ. 4.º

77. Artículo 16.1 CE.

ca concreta. Sin embargo, no se puede decir que se dé un resultado satisfactorio pues no deja de ser una noción jurídica abierta a las más plurales concepciones como el de la moralidad y el de los juicios de valor.

En torno a este concepto, que es tan relevante para nosotros, se ha escrito mucho y la dificultad que plantea es numerosa. Por un lado, es difícil determinar qué conductas pueden considerarse que lesionan el mismo. Por otro lado, también hay cierto sector de la doctrina que afirma que no es del todo cierto que en la práctica sea el único límite a este derecho incluyendo dentro del mismo los casos de objeción de conciencia en los que se daría un conflicto, pues se trataría del ejercicio de un derecho propio y, a la vez, la vulneración del orden público⁷⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de sus sentencias, ha elaborado unas líneas maestras del concepto de orden público. De esta práctica jurisprudencial se constata que esta noción presenta características comunes en todas las sociedades democráticas europeas, pero no un contenido idéntico. Esto se debe a las peculiaridades sociales de cada uno de los Estados y de los ordenamientos jurídicos en sí.

El Tribunal ha venido entendiendo que la actuación de los Estados es del todo necesaria precisamente para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, pero esta actuación no debe ser más que para reprimir conductas ilegales que se hayan cometido o, excepcionalmente que se vayan a cometer de forma inminente. El Tribunal ha querido evitar que los Estados tomaran posturas con carácter preventivo.

No obstante, y de manera constante, ha reconocido a los Estados un cierto margen de apreciación atendiendo a esta responsabilidad de velar por las libertades de los ciudadanos siendo consciente de la pluralidad y diversidad de los Estados europeos. Sin embargo, esta actuación de los Estados en pro del orden público siempre se ha de atener a la legislación vigente en el Estado en cuestión, controlada por la autoridad judicial, y ser proporcional al fin que se persigue.

78. PRIETO SANCHÍS, L., «El derecho fundamental de libertad religiosa...», o.c., p. 72.

Este margen de apreciación del Estado en la aplicación del concepto de orden público se refiere a que las medidas adoptadas no deben menoscabar el pluralismo que se entiende inherente a las sociedades democráticas.

De la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁹, en su vertiente negativa de limitar ciertos derechos fundamentales, se pueden enumerar las siguientes garantías⁸⁰:

- Respeto del principio de legalidad. Previsión legal de la limitación del derecho.
- Respeto del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales. No se puede concluir que basándose en el concepto de orden público se puedan limitar ciertos derechos fundamentales. Tiene que darse de forma restrictiva.
- Respeto al principio de proporcionalidad. Las limitaciones tienen que ser proporcionales respecto al fin legítimo perseguido. El Tribunal considera que hay que considerar la naturaleza y la gravedad de las consecuencias de las medidas para valorar la proporcionalidad.
- Fin legítimo claramente establecido y que responda a objetivos de interés general.
- Respeto al pluralismo propio de una sociedad democrática.
- Supervisión y garantía judicial.

3.2.2. Orden público en el marco constitucional

Al ser el Estado español un Estado democrático de derecho estamos ante un sistema personalista⁸¹ donde «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social»⁸². Esto hace que

79. Principalmente: Caso Manoussakis, de 26 de septiembre de 1996; Caso Kokkinakis, de 25 de mayo de 1993; Caso Otto Preminger Institut, de 20 de septiembre de 1994; Caso Pentidis, de 9 de junio de 1997.

80. PUERTO GONZÁLEZ, J. J., «Orden público y libertad religiosa en el conflicto de civilizaciones», en *Cultura, Política y Religión en el choque de civilizaciones*, Centro de Cultura Popular Canaria, 2004, p. 280.

81. El personalismo es, por tanto, uno de los Principios Constitucionales informadores de Derecho Eclesiástico del Estado vigente. Ver D., «Derecho eclesiástico del Estado...», o.c., pp. 259-262.

82. Artículo 10.1 Constitución Europea.

como dice el texto constitucional la persona sea el principal sujeto de derechos y que la opción religiosa sea de la persona y no del Estado que, en consecuencia, es un Estado laico. El interés estatal ante lo religioso se centra así en la tutela del derecho de libertad religiosa, de sus ciudadanos y, por tanto, no existe un régimen de unidad, sino de legítimo pluralismo. Por parte del Estado no estamos ya, como ha sido hasta que llegó esta etapa de la democracia, en una opción estatal con una determinada confesión religiosa sino que el Estado se declara incompetente de tomar una determinada opción a favor de la libertad del ciudadano que es lo que merece la garantía de los poderes públicos.

La utilización del término «orden público» en el texto constitucional planteó reticencias en el momento de debate en las Cámaras debido a las connotaciones que este término conllevaba, pues en el anterior régimen político, el franquista, había sido utilizado con profusión. Durante este régimen y en una primera etapa anterior a la promulgación de la Ley de Libertad Religiosa de 1967, se consideraba como un valor integrante del orden público estatal la unidad espiritual católica de España. Había una actitud por parte del régimen de marcada confesionalidad católica estableciéndose que la «profesión y práctica de la religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial»⁸³. Cualquier conducta dirigida a propagar otros credos religiosos se consideraba ilícita por atentar contra el orden público. La jurisprudencia de esta época invocaba dicho concepto para perseguir actividades como hacer reuniones en domicilios públicos para comentar la Biblia, la posesión de literatura, hacer visitas domiciliarias propagandísticas que no fueran católicas. Las otras religiones eran toleradas pero no se permitían manifestaciones externas que no fueran las de la Religión católica.

Será la reforma del artículo 6 del Fuero de los Españoles un intento de adaptación a lo que desde la misma Iglesia católica en el Concilio Vaticano II, había promulgado en el n.º 7 de la Declaración *Dignitatis Humanae*, el principio de libertad religiosa. La modificación del Fuero va en la línea de concebir el «orden público» como límite a la libertad religiosa. Pero será con la nueva ley de libertad religiosa de 1967, en su artículo 2.1, donde se recogerán como exigencias del «orden público» «las derivadas del acatamiento a las

83. Artículo 6 del Fuero de los Españoles. Citado por COMBALÍA, Z., «Los límites del Derecho de Libertad Religiosa...», o.c., p. 473.

leyes; del respeto a la religión católica, que es la de la Nación española, y a las otras Confesiones religiosas; a la moral, a la paz, y a la convivencia pública y a los legítimos derechos ajenos». Esta apertura al respeto de las otras confesiones acatólicas afectará a la Jurisprudencia de la época aunque siga siendo el Estado un Estado confesional.

Dentro del marco constitucional no cabe una interpretación arbitraria del mismo, pues en un Estado de Derecho, en el que constituye principio fundamental el sometimiento de la Administración a la Ley, el orden público no es una cláusula discrecional que pueda usarse arbitrariamente, sino que se configura como un concepto jurídico indeterminado, y por supuesto, no debe suponer ningún obstáculo al control jurisdiccional.

Ya entrada en vigor la Constitución de 1978, concretamente en 1980, el legislador desarrolla el significado del orden público en relación a ser límite único de la libertad religiosa, lo hace en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980, de 5 de julio. Su artículo 3.1 fija como elementos del orden público cuatro elementos: 1. La protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales. 2. La salvaguardia de la seguridad pública 3. La salud pública. 4. La moralidad pública.

En opinión de algunos autores, esta ley evita interpretaciones políticas arbitrarias al haber concretado en algo el concepto jurídico indeterminado⁸⁴.

A) Elementos

a) Seguridad pública y libertad religiosa.

En nuestro ordenamiento jurídico se trata de ver qué abarca este término en concreto y cómo podemos aplicarlo en el derecho a la libertad religiosa. De antemano, podemos afirmar que es un término ambiguo y que se mezcla y confunde con otros.

84. Esta sería la opinión de SORIANO, R., *Las libertades públicas*, 1990, p. 87, citado por COMBALÍA, Z., «Los límites del Derecho de Libertad religiosa...», o.c., p. 478.

La Constitución utiliza el término en el artículo 149.1.29, al reconocer como competencia exclusiva del Estado la «seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas, en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica». Uno de esos términos afines es el de «seguridad ciudadana» y podría pensarse que uno y otro son términos equivalentes.

La seguridad pública no parece agotarse en la seguridad ciudadana, sino que abarca un ámbito más amplio, cuya determinación corresponde al legislador mediante la promulgación de las leyes necesarias para preservar esa seguridad. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, por un lado hace relación a esta conexión, pero por otro lado, termina ampliando el campo de acción de la seguridad pública cuando cita casos como son los estados de alarma, excepción y sitio; los derechos y libertades de los extranjeros; la protección civil; el tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial; las medidas de prevención de violencia en espectáculos, etc.⁸⁵

Una descripción del concepto nos viene dada por el Tribunal Constitucional cuando la define como «aquella actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionantes»⁸⁶.

Se ha distinguido entre dos acepciones del término. Una acepción amplia donde la libertad religiosa puede entenderse en el sentido de garantía contra atentados a bienes o intereses que merezcan la protección de los poderes públicos y el ordenamiento. Sería el caso de la objeción de conciencia donde el interés del ciudadano entra en colisión con el interés del Estado.

Es el juez quien habrá de entrar a dilucidar qué interés es el que tiene que primar. Un concepto elaborado por la jurisprudencia estadounidense es el de «compelling state interest» con el que entienden los tribunales que, puesto que el libre ejercicio de la religión es un valor constitucional, únicamente es legítima su restricción cuando se pruebe que hay vulneración de un interés prevalente del

85. SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política...*, o.c., p. 272.

86. STC 33/1982, de 8 de junio, FJ. 3.º.

Estado»⁸⁷. En opinión de la profesora Combalía, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, «en nuestro país da la impresión de que la libertad de conciencia es el bien jurídico que siempre debe ceder y únicamente cuando no vulnere ningún otro, merece la protección del derecho»⁸⁸.

Otra acepción tradicional de seguridad, está ligada al concepto de seguridad en sentido policial donde confluyen conceptos del tipo orden público, seguridad ciudadana, etc. El Tribunal Constitucional ha precisado el término al decir que no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, puede englobarse en el concepto de «seguridad pública», pues si así fuera la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los Cuerpos de Seguridad del artículo 104 de la Constitución»⁸⁹.

De tal acepción se desprende⁹⁰, por un lado, que «el sentido más común en el que deba interpretarse el artículo 3.1 de la LOLR es el de la seguridad que tiende a la protección de las personas y bienes en el ámbito de actuación de las Fuerzas de Seguridad; es decir frente a acciones violentas, calamidades, peligros, grave perturbación de la tranquilidad y el orden ciudadano» y que «no puede utilizarse el concepto que analizamos de modo arbitrario para impedir, con cualquier motivo, el ejercicio de la libertad religiosa. Deberá realizarse una interpretación en la que el peligro para la seguridad aparezca probado y sea grave»⁹¹.

87. Estudios sobre este concepto: NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN, J., y JUSDADO, M. A., «La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y derecho español», en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Prof. Pedro Lombardía*, pp. 899-925; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano», en *Anuario de Derecho eclesialógico del Estado*, I (1985); NAVARRO VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado», McGraw Hill, Madrid 1997.

88. COMBALÍA, Z., «Los límites del derecho de libertad religiosa...», o.c., p. 493.

89. STC 59/1985, de 6 de mayo.

90. En este mismo sentido se pronuncia el profesor Souto: «La consideración de la seguridad pública como límite del ejercicio de la libertad religiosa deberá interpretarse en el contexto de una posible agresión en el ejercicio de esa libertad, del orden político y de la paz social», en SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias...*, o.c., p. 275.

91. COMBALÍA, Z., «Los límites del derecho de libertad religiosa...», o.c., p. 494.

b) Moralidad pública y libertad religiosa

La moralidad pública es uno de los términos más imprecisos, indeterminados y complejos. Por eso las precauciones que se han de tomar para no caer en un uso indebido por sectarismo o partidismo. En el sentido de que el «concepto de moral se infiere de numerosas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; consiguientemente, las limitaciones a la libertad de manifestar la propia religión o creencia decretadas con la finalidad de proteger la moral deben basarse en principios que no deriven de una sola tradición»⁹².

Nuestro Tribunal Constitucional también ha advertido de la complejidad del concepto de moralidad pública. «La moralidad pública, como elemento ético común a la vida social, es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que un precepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimo ético para la vida social, produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central en el sistema jurídico»⁹³.

Este concepto fue invocado por el régimen anterior. La moralidad que limitaba derechos y libertades del ciudadano era la moral católica. Esto era debido a la confesionalidad del Estado en el régimen franquista, tal y como lo recogía el principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional. Pero lo que se entendía como «moralidad pública» no comienza con el régimen de Franco, es anterior a este período de la historia de España. Ya en la Constitución de 1931 se afirmaba que «la libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español salvo el respeto debido a las exigencias de la moralidad pública» (art. 27). Anteriormente, también en el artículo 21 de la Constitución de 1869: «La Nación española se obliga a mantener el culto y lo ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho.»

92. Comentario de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. n.º 8.

93. STC 62/1982, de 15 de octubre.

Con la llegada del período constitucional se da el paso a la aconfesionalidad del Estado. Partiendo de este presupuesto, la moral pública que tutela nuestro ordenamiento no puede identificarse sin más con la de cualquier confesión religiosa ⁹⁴, grupo ideológico o partido político. La moralidad no puede ser interpretada a la luz de una moral o una ética confesional o no confesional, pues ello «comportaría la quiebra del pluralismo y de la propia aconfesionalidad del Estado» ⁹⁵.

No existe a priori una definición del término y por ello hay que buscar otra vía diferente a la conceptual. Atendiendo a las pautas que ha ido dando la doctrina y la práctica de la jurisprudencia se pueden sacar las siguientes características:

La moral pública sería un *minimum* exigible al conjunto de los ciudadanos ⁹⁶. Este *minimum* ético hace que Souto hable de la necesidad de una «ética de mínimos» y para ello hace notar que en la constitución existe una tensión entre la neutralidad y la defensa de unos «principios que constituyen en gran medida el acervo ético en que se inspira la cultura occidental y cuyo epicentro se encuentra en la protección y defensa de los derechos y libertades fundamentales, tomando como punto de partida el respeto a la libertad humana» ⁹⁷. Se trata de un mínimo ético que todo sistema jurídico debe realizar ⁹⁸. De aquí se deriva que se ha de interpretar restrictivamente. Sobre este mínimo ético hay disparidad de opiniones. Para algunos es algo irrealizable si se tiene en cuenta las premisas de la neutralidad ideológica del Estado y la remisión de la ética al plano de la conciencia individual.

Se suele identificar en palabras del Tribunal Constitucional como «elemento ético de la vida social» ⁹⁹. Es «el conjunto de reglas de

94. El Tribunal Constitucional a propósito del matrimonio canónico, “no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio, dado que 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 intraeclesial» STC 62/1982, FJ 5.º.

95. SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias...*, o.c., p. 276.

96. STC 62/1982, de 15 de octubre.

97. SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias...*, p. 276.

98. PECES BARBA, G., *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense, Madrid 1983, p.114.

99. STC 62/1982, de 15 de octubre.

comportamiento que una sociedad reconoce y admite comúnmente como justas y obligatorias y que son independientes del reconocimiento del individuo concreto»¹⁰⁰. Es un concepto que por estar ligado al sentir y pensar de los ciudadanos conlleva cierta indeterminación y dinamicidad y su concreción dependerá del tiempo y lugar en que haya de ser aplicado.

Es la moral tutelada por el ordenamiento que atenta a la evolución de la sociedad va fijando lo que son los principios de una moral jurídica. No hay que «exponer en términos excluyentes el binomio moral social/moral jurídica, los dos epítetos califican correctamente la moral del artículo 3,1 LORL.»¹⁰¹.

De esta cuarta característica se desprende que interesa saber cuáles son las notas principales que el ordenamiento otorga a la moralidad pública tanto en el ámbito penal como en el administrativo.

En el ámbito administrativo no se identifica ni coincide con el término de moralidad pública que tradicionalmente limita las libertades. No se trata de salvaguardar un *minimum* ético, sino que tiene un sentido más amplio en la línea de la tutela de la buena fe, la prohibición del uso abusivo del Derecho o con daños a terceros.

El término «moral» si bien ha desaparecido de nuestro ordenamiento penal, el concepto como tal sigue estando presente. Estamos ante un *minimum* que se circunscribe al ámbito de lo sexual y más concretamente aunque de manera no exclusiva, en la protección de los menores o discapacitados.

c) Salud y libertad religiosa

Aunque cuando hablamos de salud no hay mayores discrepancias sobre lo que se trata, no está de más puntualizar que no se trata únicamente de salud física sino que queremos entender este bien de una manera integral, es decir, que abarque la salud del individuo entendido éste de la manera más amplia. Por tanto, dentro del concepto de salud aun a pesar de los riesgos que se corren debe abarcarse la salud física, mental y psicológica¹⁰².

100. PECES BARBA, G., *Derechos fundamentales...*, o.c., p. 114.

101. COMBALÍA, Z., «Los límites del derecho de libertad religiosa...», o.c., p. 495.

102. Así se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo cuando desde el derecho penal se protege este derecho a la salud. «Bienes jurídicos protegidos son la

Tanto la salud como la libertad religiosa son dos bienes protegidos constitucionalmente pero no por ello se ha de entender que ante la importancia de uno el otro, que suele ser en la práctica el de la libertad religiosa, deba ceder de manera automática y generalizadamente¹⁰³. ¿Cómo proceder ante un determinado conflicto de estos dos derechos?

Se habrá de valorar la categoría de ambos derechos para que uno de ellos, el de rango superior, tenga prevalencia sobre el otro en el caso concreto. Teniendo en cuenta esta jerarquización en el texto constitucional hay un sector de la doctrina que opina que al ser la libertad ideológica y religiosa un derecho fundamental (art. 16) y la salud pública un mero principio programático (art. 43) debería prevalecer el primero¹⁰⁴. Esta opinión en la que prevalece la libertad religiosa, viene apoyada en que el Estado está impelido a la protección de la salud, pues tiene entre sus principios rectores de la política social y económica dicha obligación. La libertad religiosa es concebida como un derecho inalienable que puede alegarse directamente y a su vez goza de la especial protección de los derechos de la sección 1.ª, cap. 2.º de la Constitución.

Se ha hecho notar que además de ser un principio rector, la salud es un derecho fundamental contenido en el artículo 15 CE cuando se reconoce el derecho a la vida y también a la integridad física y moral. De este derecho fundamental que tiene la misma protección que el de la libertad religiosa, surge que el Estado tenga como responsabilidad proteger la salud y crear las condiciones que posibiliten la garantía eficaz de la salud¹⁰⁵. La conclusión es que estamos ante

integridad corporal y la salud física o mental. La salud a que se refiere el Código –penal– es tanto la física, como la psíquica». MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 97. Por otro lado, sobre el riesgo que esta forma de entender el término de manera amplia ver RODRÍGUEZ CHACÓN, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Universidad Complutense, Madrid 1992, p. 52. Por un lado está este riesgo de que al ampliar el concepto de salud en su vertiente psicológica el derecho a la libertad religiosa quede en la práctica reducido a la nada.

103. COMBALÍA, Z., «Los límites del derecho de libertad religiosa...», o.c., p. 495.

104. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., *Derecho eclesiástico español*, Oviedo 1991, p. 320.

105. El derecho a la salud que se constitucionaliza en el presente precepto, artículo 43, es lógica consecuencia del derecho a la vida y a la integridad física, protegidas con rango constitucional por imperativo del artículo 15. ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid 1978, p. 317.

un conflicto entre bienes jurídicos que tienen una misma protección jurídica pues ambos son concebidos como derechos fundamentales.

Por otro lado está que el derecho a la vida tiene primacía frente a otros derechos. La vida es un valor previo a todo derecho, podría decirse que es más que un derecho pues «es el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por lo tanto, de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujeto»¹⁰⁶. La dificultad de comparar este valor con otros derechos viene desde el mismo momento de su calificación¹⁰⁷.

Se trata de saber si existe una primacía del derecho a la vida sobre cualquier otro derecho. Nuestra jurisprudencia parece que así lo ha reconocido tradicionalmente y se han apoyado en que evidentemente en el derecho a la vida se apoyan los demás derechos que necesitan del respeto de éste para su existencia. El Tribunal Supremo lo ha afirmado expresamente al decir que «aunque tanto la libertad religiosa como la vida son bienes constitucionalmente protegidos» se da una «preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás derechos»¹⁰⁸.

Como consecuencia de entender este derecho o valor supremo de la vida por encima de cualquier otra consideración se ha venido dando una práctica jurisprudencial en la que el derecho a la libertad religiosa cedía ante la salud o la misma vida. El Tribunal Supremo ha desestimado todas las querellas interpuestas contra los jueces que han permitido la transfusión de sangre a pacientes que por motivos fundados en sus creencias religiosas, concretamente los Testigos de Jehová, se oponían a ellas. Argumenta el Tribunal que el juez autorizó las transfusiones concurriendo una situación de eximente por estado de necesidad. La vida es un bien superior a la libertad y aunque el juez lesiona un bien jurídico como es el derecho de libertad religiosa, evita un mal mayor como la muerte del paciente.

106. TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Univ. Complutense, Madrid 1998, p. 290.

107. El Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril) no encontró término preciso para definir la vida en la sentencia que dictó sobre la Ley Orgánica de despenalización del aborto. La denomina derecho, valor superior y central del ordenamiento, valor jurídico fundamental, *prius* lógico y ontológico para la existencia de los demás derechos.

108. STS de 27 de marzo de 1990.

El derecho a la vida no es un derecho absoluto. Aunque un sector de la doctrina defiende que se trataría de un derecho absoluto y que tendría que prevalecer en toda circunstancia, esto no puede avalarse desde nuestro texto constitucional ¹⁰⁹. No existen derechos absolutos. También desde diversos sectores de la doctrina se han dado argumentos en la dirección de que el derecho a la vida no se puede considerar como un derecho absoluto.

El derecho a la vida es de una importancia incuestionable, el más importante y radical en el plano existencial. Sin su pleno reconocimiento de nada sirve al hombre que se le otorguen otros muchos derechos, pues si se le priva de la vida todos los restantes derechos desaparecen por no poder ser ejercidos. Pero desde un plano diferente se habla de un orden esencial, este derecho es matizado. Los derechos fundamentales más importantes son los que reflejan lo más específico del ser humano como persona: su naturaleza de ser racional. Y dentro de este ámbito de racionalidad y conciencia es donde se sitúan los tres grandes derechos o libertades fundamentales: el derecho a la libertad de pensamiento, el derecho de libertad de conciencia y el derecho de libertad religiosa. Estos derechos serían para un sector doctrinal, los primeros en el orden esencial, mientras que el derecho a la vida se trataría de un derecho en el orden existencial ¹¹⁰.

Otros autores defienden la tesis de la interpretación de los derechos fundamentales como emanaciones del derecho de libre desarrollo de la personalidad y de ahí «la total irrelevancia constitucional de la vida no deseada libremente por su titular» ¹¹¹. Estos autores opinan que el Derecho no puede avalar conductas que en pro de la defensa de la vida de una manera absoluta no valoren el consentimiento del propio titular del derecho ¹¹². También hay que añadir que una fuerte

109. El mismo artículo 15 CE así lo contempla: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares par a tiempo de guerra.»

110. VILADRICH, P. J.; y FERRER ORTIZ, J., «Los principios informadores del derecho eclesiástico español», en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Eunsa, Pamplona 1993, p. 203.

111. COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 539-541.

112. Se estaría avalando de esta manera la supuesta actuación de «un médico o un juez que con la ayuda de la fuerza pública obligan a una mujer a someterse a un aborto para salvar su vida, o con el mismo fin obligan a un sujeto a la colocación de una válvula artificial en el corazón o a la amputación de un miembro u órgano canceroso ...», BAJO FERNÁNDEZ, M., «La intervención médica contra la voluntad del paciente. A propósito del Auto de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 14-III-1979, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979.

crítica ha venido por quienes han equiparado la primacía de la salud y la vida sobre la libertad religiosa, a supuestos de tortura, aunque el Tribunal Constitucional ha rechazado tal calificación.

A) Aplicación del concepto de Orden público en la práctica judicial

Es necesario, por tanto, acudir a la práctica judicial que viendo las circunstancias concretas que se dan en los casos, habrá de priorizar un derecho u otro. «La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y de las comunidades, así como la laicidad y la neutralidad del Estado. La respuesta constitucional... sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades del caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho –que no es ilimitado o absoluto– a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la ley»¹¹³. Algunas de las pautas que se han dado son:

- a) El juez debe asegurarse que está ante una actuación libre de la persona. Habrá de examinar la capacidad de la persona que toma la decisión, su grado de conocimiento de los riesgos que asume y la ausencia de coacción externa. Suponiendo que está ante una persona mayor de edad y no incapacitado, habrá de asegurarse que ha sido suficientemente informado y conoce las consecuencias. Habrá que diferenciar entre el ejercicio libre de un actuar en consonancia con la propia confesión y la posible situación de lo que se ha venido llamando en el tratamiento de los fenómenos sectarios *síndrome disociativo atípico* en el que el sujeto sufre una disminución notable de su capacidad de entender y de querer y por tanto se opera un quebranto en su salud o integridad psíquica y moral.
- b) Distinguir entre convicciones ideológicas o religiosas. Hay una diferencia entre la objeción de conciencia y la desobediencia al derecho. La objeción no es un acto político reivindicativo, no pretende ejercer una presión sobre el Derecho para que éste se modifique sino que su finalidad es salvaguardar la propia conciencia. Se considera que la ley es injusta y no pre-

113. STC de 18 de julio de 2002.

tende más que no hacer algo en contra de la propia conciencia. La desobediencia civil sí tiene carácter reivindicativo y con frecuencia no hay una relación directa entre la norma desobedecida y las propias convicciones ¹¹⁴. La objeción de conciencia sería propiamente la que abarcaría las actuaciones que son expresión de la libertad ideológica, religiosa o de conciencia.

- c) Salud pública y salud privada. Cuando está en peligro la salud pública entra en juego el orden público. En estos casos el juez habrá de comprobar que existe riesgo para la salud pública y que este riesgo no puede evitarse más que imponiendo la medida que atenta a las convicciones del individuo ¹¹⁵. Para evitar abusos hay que distinguir que no estemos ante un riesgo para la «salud privada». No se podría aducir los mismos términos que para los casos en los que está en juego la salud pública.
- d) Salud propia y salud de tercero. Para que la opción libre que lesiona la salud merezca tutela jurídica, debe tratarse de la salud propia y no ajena. Los casos en los que se trate de actuaciones que impliquen a terceros, son un ejercicio abusivo que perjudica derechos de estos incluso cuando sea con su consentimiento. Tampoco se extiende la tutela del derecho cuando se trate de casos en los que hay un menor o un incapaz. En estos supuestos los poderes públicos deben sustituir, en virtud del orden público, la autoridad paterna y adoptar las medidas necesarias para la tutela o la salud amenazada. Hay una tendencia en considerar en estos casos que concurre un interés prevalente del Estado por el bienestar del menor o del incapaz, que predomina sobre el derecho de los padres.

3.3. *Conductas pseudorreligiosas y libertad religiosa*

En este apartado catalogamos como conductas pseudorreligiosas todas aquellas en las que el fenómeno religioso está presente de una manera deformada y que provienen de mentalidades fundamentalistas. Siguiendo el hilo conductor de los elementos que configuran el concepto jurídico de «orden público», vamos a señalar algunos de

114. IBAN, I.; PRIETO SANCHÍS, L., y MOTILLA, A., *Manual de Derecho eclesiástico*, Trotta, Madrid 2004, pp. 78 y ss.

los actos que pueden entrar en colisión con nuestro ordenamiento jurídico.

3.3.1. Seguridad pública

Hace referencia a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, incluyendo un conjunto plural y diversificado de actuación, distintas en su naturaleza y contenido, orientadas a su protección, que no se agotan en las estrictamente policiales ¹¹⁶. Tras una referencia a la problemática de la simbología religiosa y por ser más relevante dentro de este campo, nos referiremos a los actos que tienen que ver con el estatuto personal y la promoción de actos violentos.

A) Simbología religiosa

Se ha planteado si los casos en los que la administración pública ha requerido ciertas condiciones para que las fotografías del Documento Nacional de Identidad o el Pasaporte sean válidos, pueden ser tenidos como actos que tienen cabida en nuestro ordenamiento. Entra en colisión con el derecho de expresar la propia confesión religiosa a través de prendas en el vestir o partes del atuendo, como puede ser un velo.

¿Se trataría de un caso de fundamentalismo el caso de una persona que quiere portar públicamente un símbolo religioso a través de sus atuendos o con objetos ostensibles? Estamos ante los casos de la simbología religiosa en los que el empleo de simbología religiosa puede entrar en conflicto con el elemento de la seguridad pública, en su faceta preventiva. «En estos casos, la solución debe también alcanzarse a través de la aplicación de la regla de proporcionalidad que asegura que los bienes jurídicos en juego sean limitados en lo mínimo indispensable para satisfacer el interés preponderante. Por lo demás, éste es el criterio asumido por la reciente normativa reguladora del pasaporte ordinario en materia de simbología religiosa, al permitir al titular aparecer en la fotografía ataviado con aquellos elementos religiosos que estime convenientes siempre y cuando no interfieran con

115. COMBALÍA, Z., «Los límites del derecho de libertad religiosa...», o.c., p. 500.

116. STC 66/95, de 8 de mayo, FJ 3. (BOE, de 13 de julio de 1995) y STC de 15 de febrero de 2001, FJ.11.

el interés preponderante de la seguridad del Estado que se concreta en la adecuada identificación de todos los ciudadanos»¹¹⁷.

B) Estatuto personal

Es en algunos ordenamientos donde se dan explícitamente algunas cuestiones difíciles de solventar, esto es lo que ocurre con el llamado Derecho islámico. El principal punto de divergencia en cuanto al estatuto personal por el que se rigen los ciudadanos de estados de confesión musulmana es el relativo a la igualdad entre hombre y mujer. En estos países no rige el principio de igualdad como en nuestras sociedades democráticas. El estatuto personal que abarca la capacidad de las personas y por tanto también las relaciones conyugales no se rigen por el principio de igualdad entre los cónyuges. Así, las obligaciones entre los cónyuges son diferentes en cuanto que el marido tiene la obligación de mantener económicamente a la familia y la esposa todos los deberes que tienen que ver con las tareas domésticas. Este es uno de los principales puntos de colisión: el principio de igualdad de sexos y de la protección del menor.

En cuanto a nuestro derecho, estas normas que tanto tienen que ver con el ámbito familiar de los inmigrantes que llegan a España, entran en colisión con nuestro ordenamiento jurídico y es la rama del derecho internacional privado el que rige en caso de conflictos.

En cuanto a la existencia de la poligamia, la poligamia está aceptada en el Derecho islámico ya que el varón tiene la posibilidad de tener más de una esposa. El número de mujeres que el varón musulmán puede tener simultáneamente viene limitado a cuatro¹¹⁸. En cuanto a los hijos tenidos de diversas mujeres, la diferencia estriba principalmente en los hijos nacidos fuera del matrimonio. Los hijos que no sean ni de esposas ni de concubinas son todos hijos ilegítimos¹¹⁹.

En España, la poligamia¹²⁰ es un delito e incurre en responsabilidad criminal el ministro de culto que autorizara el matrimonio que

117. CAÑAMARES ARRIBAS, S., «Libertad religiosa. Simbología y laicidad del Estado...», o.c., p. 35.

118. MOTILLA A., LORENZO, P., *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid 2002, p. 35.

119. *Ibid.*, p. 35.

120. Artículo 217 del Código penal: «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.»

supusiera la poligamia¹²¹. Buscar formas de mantener estos matrimonios religiosos sin consecuencias civiles no es posible en el ordenamiento jurídico español. No es posible que un varón de confesión musulmana se case con varias mujeres según las normas del Derecho islámico y que no inscriba en el Registro Civil más que a una con la que estaría civilmente casado, permaneciendo con las demás esposas en una especie de uniones de hecho múltiples ya que el artículo 61 del Código Civil afirma que el matrimonio contraído en España y aunque sea de forma religiosa, produce efectos civiles desde su celebración¹²².

Cuando se da el reagrupamiento familiar de las personas que inmigran y pertenecen a estas confesiones religiosas que aceptan de alguna manera la poligamia, hay que tener en cuenta que en España la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, cuando regula el reagrupamiento familiar, «prohíbe el reagrupamiento de más de un cónyuge a pesar de que la ley personal del extranjero admita esa modalidad matrimonial»¹²³, artículo 17.1.a). Así, el legislador ha optado por una situación

121. Artículo 219 del Código Penal: «El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.»

122. «Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.» artículo VII.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España (CIE). Aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre. Igualmente ocurre en el artículo siete de los Acuerdos celebrados con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) y la Federación de Comunidades Israelitas (FCI) en las leyes 24 y 25 de 10 de noviembre de 1992.

123. Art 17 1.a) Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre: 1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.

intermedia en la que permite la entrada la residencia en el país de la persona polígama pero no le permite ejercer la poligamia ¹²⁴.

En este contexto, el legislador español ha seguido las pautas que se han emanado por parte de las instituciones europeas en el que existe un «acuerdo generalizado en las políticas integradoras basadas en el respeto a la diferencia, cultural y religiosa, y en la exigencia de adhesión a determinados valores considerados esenciales en el contexto cultural y jurídico de los países de acogida» ¹²⁵.

En cuanto al consentimiento matrimonial, ofrece en el derecho islámico peculiares aspectos. El consentimiento es necesario tanto para la mujer como para el varón. Pero para la mujer siempre es necesario el de un tutor matrimonial (*wali*). La mujer no está obligada a aprobar el matrimonio concertado por el *wali*. En algunos casos también se requiere para el hombre. Hay dos modos para requerir el consentimiento de la mujer, según está sujeta al derecho de *yaber* o es *sui iuris*. En ambos casos es necesario el consentimiento de la mujer. En el primero, sobre la persona del contrayente y en el segundo, también sobre la cantidad de la dote.

También en lo que toca al consentimiento, uno de los casos que entra en mayor conflicto con los ordenamientos jurídicos occidentales y, en concreto, el español es que la mujer musulmana, no tiene según el derecho islámico, la potestad de casarse con un hombre que no sea musulmán ¹²⁶.

En cuanto al repudio y el divorcio también existen notables diferencias. Por repudio se entiende aquellas formas de disolución impuesta por uno de los contrayentes sin tener en cuenta la voluntad del otro. Por divorcio, se entienden aquellas otras formas en que la ruptura del vínculo se produce por acuerdo mutuo de los esposos.

De entre las notas particulares que regulan el repudio islámico hay que destacar que al no existir el principio de igualdad entre esposo y esposa, el marido tiene toda clase de facilidades para ejercerlo. Igual, si el marido pone fin a la situación de repudio, si éste es del

124. Hay un interés por parte del legislador, de evitar fomentar que se dé el repudio por parte de la persona que inmigra. Ver EZQUERRA UBERO, J. J., «El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España», en *Migraciones*, 1 (1997) p. 202.

125. MOLINER NAVARRO, R. M., «Reagrupación familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica 8/2000 de Derechos y libertades de los extranjeros en España», en *Actualidad Civil*, 14 (2001) 487.

126. MOTILLA, A.; y LORENZO, P., *Derecho de familia islámico...*, o.c., p. 37.

tipo revocable. Las circunstancias que caracterizan el repudio cuando viene de parte de la mujer son muy diferentes y en trato de desigualdad. Ésta habrá de acudir a la autoridad competente y probar la causa¹²⁷.

En materia de *Filiación* el Derecho Islámico está presidido por el principio básico de que el parentesco se transmite por línea masculina. Se consideran legítimos los hijos tenidos dentro del matrimonio y los hijos tenidos con concubinas. Fuera de la filiación legítima establecida por el matrimonio o reconocimiento paterno, no cabe más tipo de acreditación de la paternidad legal. Ni siquiera el juez puede declarar la filiación. Por tanto, la diferencia más patente con los ordenamientos occidentales es que «la Sharia prohíbe que el juez, a instancias del hijo, de representante, o de otra persona con interés legítimo, inste la declaración judicial de la filiación e inicie el procedimiento de investigación de la paternidad. Aparte de la presunción de filiación matrimonial, el cauce del reconocimiento de la filiación descansa exclusivamente en la voluntad del padre y ninguna otra persona o autoridad, ni siquiera el juez, puede sustituirla. Este hecho es una prueba más de la estructura patriarcal con que se concibe la familia en el Derecho islámico»¹²⁸.

La relación de estas normas del estatuto personal y en concreto del derecho de familia, con el derecho español, se encuentra regulada de forma general en las normas del Derecho Internacional Privado recogido en nuestro Código Civil, donde se dispone que en caso de colisión de alguna norma con la de derecho español «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público» (art. 12.3 del Código Civil)¹²⁹.

Aquí habría que explicar en qué términos estos casos se pueden catalogar como fundamentalistas. Principalmente considero que sería el caso de poder afirmar que se absolutizan los derechos pro-

127. *Ibid.*, p. 41.

128. *Ibid.*, p. 96

129. En España, en algunos casos, el Tribunal Supremo (27 de enero de 1998; 2 de marzo de 1999) ha aceptado la ejecución en nuestro país de sentencias de tribunales marroquíes en las que se aplicaba la institución del repudio musulmán, pero en su variedad de repudio del tipo de compensación ya que se consideró compatible con el divorcio en sus notas de igualdad a la hora de promoverlo por ambos contrayentes, su carácter irrevocable y estar refrendado por un tribunal. En otros casos, sobre todo cuando existen hijos es difícil que se den las notas de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española.

prios de la confesión, y esto con notas de rigorismo y falta de flexibilidad en la convivencia con el país que acoge, en este caso el nuestro. En muchas ocasiones es fácilmente conocido que se producen situaciones que no tienen cabida en nuestro marco constitucional, se consienten por parte de los sujetos¹³⁰.

Sobre la situación de la mujer, son reveladoras las conclusiones de los Congresos de mujeres musulmanas en España. El último de ellos celebrado hasta la fecha, durante los días 2 y 3 de marzo de 2003 en Córdoba y bajo el lema «A la búsqueda de nuestras fuentes», ratifica las conclusiones del Segundo Congreso celebrado en el 2000. Una síntesis elaborada por las propias mujeres de confesión musulmana participantes en dicho Congreso es: «Las mujeres musulmanas piensan que es necesaria la formación y el apoyo a las mujeres musulmanes desde las mezquitas, asociaciones y centros islámicos, para facilitarles la superación de las dificultades a las que se enfrentan diariamente: educación de los hijos, escasez de enseñanza.» «Las mujeres musulmanas reivindican su condición de seres humanos y el derecho de elegir libremente su religión, indumentaria y forma de vida»¹³¹.

¿Qué ocurre en los casos dentro del ámbito familiar en los que el marcado esquema patriarcal hace que en la práctica no se dé el principio de igualdad? Estaríamos ante una vulneración de los artículos 66 y 67 del Código Civil recientemente modificado cuando se indica la igualdad de los cónyuges que conlleva la ayuda mutua dentro del matrimonio¹³².

En el ámbito de otras confesiones religiosas, ¿surgen estos conflictos con otras confesiones religiosas? La respuesta es afirmativa pero lo que sucede en la práctica es que el colectivo de creyentes de

130. Es muy difícil detectar la falta de libertad de la esposa en el seno familiar. Lo mismo ocurre en los casos de poligamia o de los maltratos a la mujer. Algo que se intuye y que raras veces sale al conocimiento público como cuando el juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona condenó a un año y tres meses de prisión a Mohamed Kamal Mustafá, Imán en Fuengirola y que publicó en 2000 su libro *La mujer en el Islam*, que fue impreso en la casa del libro árabe de Barcelona.

131. SÁNCHEZ NOGALES, J. L., *El Islam entre nosotros. Cristianismo e Islam entre nosotros*, BAC, Madrid 2004, p. 139.

132. Artículo 66 del Código Civil: «Los cónyuges son iguales en derechos y deberes». Artículo 67 del Código Civil: «Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.» Reformado por Ley 13/2005, de 1 de julio.

estas confesiones no es tan significativo en nuestro país. Pero de hecho, el talmud judío recoge derechos y obligaciones especiales para cada contrayente en el matrimonio, y medidas de carácter discriminatorio hacia la mujer. Esta situación se ha visto paliada por la aprobación en 1951 de la Ley sobre la igualdad de derechos de la mujer en el Estado de Israel¹³³.

C) Promoción y ejecución de actos violentos

Al concepto de Seguridad Pública se ha referido nuestro Tribunal Constitucional en diversas sentencias¹³⁴. La ha definido como todo lo referido a «la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano»¹³⁵, habiendo afirmado unos años antes que incluye un «conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido»¹³⁶.

La seguridad pública es condición indispensable de una sociedad democrática donde se valora y protege el pluralismo. El Estado a través de los poderes públicos será el encargado de hacer valer los derechos de todas y cada una de las personas que profesan cualquiera de las confesiones religiosas así como de los grupos no religiosos en el caso en el que no hubiera un respeto en el ejercicio del derecho de la libertad religiosa y de creencias. Pudiendo llegar el caso de plantear restricciones del ejercicio de dicha libertad para salvaguardar los derechos de otros ciudadanos. Esto se podrá llevar acaso sólo cuando exista una *necesidad social imperiosa*, como un grave riesgo o

133. En 1959 se modificó el Código Penal israelí para penalizar la poligamia. No obstante los judíos yemenitas y etíopes hasta hace poco al entrar en el Estado de Israel, se les respetaba su situación si estaban casados con varias mujeres. Aún hoy persisten aunque de manera muy esporádica, algunos casos de poligamia entre los judíos, «ya que sí puede contraerse válidamente matrimonio un segundo matrimonio, con el previo permiso de un Tribunal rabínico, en situaciones como las de un marido que no pueda divorciarse de su primera esposa por haber quedado ésta incapacitada y si se compromete a cuidarla adecuadamente», citado por PUERTO GONZÁLEZ, J. J., en *Cultura, Política y Religión en el choque de las civilizaciones*, Centro de la Cultura Popular Canaria, 2004, p. 297, n. 39.

134. STC 104/1989, del 8 de junio F.3; STC33/1982, de 8 de junio; STC 117/1984, de 5 de diciembre; STC 123/1984, de 18 de diciembre; STC59/1985, de 6 de mayo.

135. STC 235/2001, de 13 de septiembre. FJ. 6.º

136. STC 104/1989, de 8 de junio.

efectiva ruptura del orden público en su vertiente de paz ciudadana, y aún así las medidas adoptadas deben ser proporcionadas al fin legítimo perseguido. Estas son notas necesarias según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁷

La presencia de diferentes grupos étnicos y religiosos o simplemente culturales, no tiene que ser de por sí un elemento de riesgo para el orden público. La sociedad europea y occidental en general está basada principalmente en esta característica precisamente por el respeto al pluralismo y la diversidad. Ello conlleva que sea absolutamente necesaria una actitud de respeto a esas diferencias culturales o religiosas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manejado otro concepto relacionado con el de la Seguridad Pública, es el concepto de «paz religiosa». En el caso *Otto Preminger Institut*, de 20 de septiembre de 1994, consideró proporcionado y justificado el secuestro y confiscación de una película calificada de ataque injurioso para la religión cristiana, especialmente para la católica romana, basándose en que las autoridades actuaron para preservar la «paz religiosa», dado que la inmensa mayoría de la población de la zona es católica –en un 87 %–, y así evitarles que «se sintieran atacados en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva». Para tomar esta medida se tuvo en consideración «la necesidad de medidas proporcionadas, teniendo en cuenta la situación existente en el plano local y en una época determinada»¹³⁸.

Especialmente relevante es la Tutela penal. La protección penal de los derechos fundamentales se desarrolla a través del Código Penal vigente ya que dentro del Libro II, en el Título XXI, se encuentran recogidos los delitos contra la Constitución y en ellos se incluye el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, entre los que destaca el artículo 501 que castiga a quienes provocaren la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, etc, entre otras circunstancias; y el artículo 510.2, que persigue la conducta de difundir con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología,

137. STEDH Sentencia *Serif*, de 14 de diciembre de 1999.

138. Caso *Otto Preminger Institut*, de 20 de septiembre de 1994. FJ 56.

religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional.

La protección penal de la Sección segunda «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», consiste en castigar conductas como:

- Impedir ilegítimamente la práctica o asistencia a actos de culto. Artículo 522.1.
- Forzar a la asistencia a actos de culto o ritos, o realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen. Artículo 522.2.
- Impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia. Artículo 523.
- Ejecutar actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, en un templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas. Artículo 524.
- Hacer escarnio público de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, para ofender los sentimientos de los miembros de un a confesión religiosa, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. Artículo 525.1.
- Hacer escarnio público, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna. Artículo 525.2.

En los casos en los que se utilizan confesiones o dogmas religiosos para alentar o amparar formas de terrorismo, se ha de tener claro que no existe justificación alguna. Los sistemas democráticos, ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sólo no conciben el ejercicio de la violencia y su utilización como medio de acción política o social sino que no protege la defensa de tesis políticas, religiosas o de cualquier otro tipo, que aún defendidas de forma pacífica, implican un «germen de violencia, antítesis de la libertad y de la justicia»¹³⁹.

139. Caso *Larisis*, de 24 de febrero de 1998.

Merece una especial mención el concepto de la Yihad. El término Yihad¹⁴⁰, dentro de la confesión islámica, no se concibe de igual manera, ni en su contenido ni en su alcance, por parte de los diferentes colectivos musulmanes. Su significado y sus consecuencias para los musulmanes de corte integrista y entre los musulmanes de corte democrático y occidental distan mucho de ser los mismos. Mientras que para los primeros significa «guerra legal o sagrada contra los infieles prescrita por la «sharia», para los más moderados es concebida como el «esfuerzo para propagar el Islam en uno mismo, en la sociedad o en el mundo con cualquier medio»¹⁴¹.

A este término se le ha prestado una especial atención por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues grupos políticos han tomado este término en la acepción que justifica el ejercicio de la violencia, para transformar la sociedad conforme a sus ideales fundamentalistas. Este fue el caso del partido político *Refah Partisi* contra Turquía, de 22 de mayo de 1998. Este partido de corte integrista había sido disuelto amparándose el Gobierno en razones del orden público. El partido alegó que dicha disolución, vulneró sus derechos fundamentales a la libertad religiosa y de conciencia. El Gobierno alegó que la causa de disolver este partido fue estrictamente la de preservar el orden público ya que lo que se pretendía era salvaguardar la seguridad nacional y la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen así como la protección de derechos y libertades ajenos, ya que el partido en cuestión en su mítines llamaba a la guerra santa contra el gobierno turco legítimamente elegido en democracia.

El Tribunal Europeo da la razón al gobierno de Turquía en su derecho de disolver el partido y afirma haber tenido en cuenta que miembros destacados del partido plantearon públicamente la posibilidad de recurrir a métodos violentos de *yihad* o guerra santa, hasta llegar al dominio total de la religión musulmana en la sociedad, utilizando así la violencia como método político para acceder al poder y permanecer en él, y dado que tales amenazas tenían un carácter

140. Junto a los preceptos básicos dentro del Islam, se destacan otras prescripciones tradicionales que resultan identificatorias del musulmán. La primera es el «esfuerzo en el camino de Dios» (Yihad), que puede ser de índole militar (lo que suele entenderse por guerra santa), pero también interior... el esfuerzo interior del perfeccionamiento del creyente. DÍEZ DE VELASCO, F., «Introducción de las Religiones», Ed. Totta, Madrid 2002, p. 494.

141. Estas dos acepciones es la que se encuentra en la definición que da KEPPEL, G., *La Yihad. Expansión y declive del islamismo*, Península, Barcelona 2000, p. 605.

tangible e inmediato, estos proyectos representaban un peligro para el orden público.

Se daba el caso, que por un lado, ni los estatutos ni el programa electoral del partido llamaban explícitamente al uso de la fuerza y de la violencia y, a su vez, los dirigentes nunca rechazaron de forma clara y pública la posibilidad de recurrir a métodos violentos para alcanzar el poder. Estos dirigentes actuaron con ambigüedad a este respecto, y el Derecho no puede admitir la contradicción ni la ambigüedad en el repudio del terrorismo ¹⁴². El Tribunal comparó el contenido del programa electoral y de los estatutos del partido con los actos y los posicionamientos de sus dirigentes ¹⁴³.

Concluía el Tribunal que de las declaraciones públicas de estos dirigentes se traducía un odio profundo hacia los que consideraban oponentes el régimen islamista, y cuando un comportamiento público alcanza un nivel tan elevado de insulto que se aproxima a una negación de la libertad de religión ajena, pierde el derecho de ser tolerado por la sociedad ¹⁴⁴. Incluso ha considerado que se puede negar el permiso a actividades de propaganda consideradas integristas por razones de seguridad nacional y pública ¹⁴⁵.

En el caso de España habría que estar atentos a dos cuestiones de gran importancia: la enseñanza como medio de propagación de estos movimientos fundamentalistas y las manifestaciones públicas como propagación efectiva.

En cuanto a la enseñanza, se ha venido a constatar acertadamente que este término de *Yihad* es ambiguo en muchos de los discursos de creyentes de confesión musulmana. Ante la ausencia de una autoridad única que defina y marque sus límites, se está al arbitrio de quienes lo utilizan con una u otra acepción permitiendo o no la violencia.

142. STEDH caso *Zana*, de 25 de abril de 1997.

143. Esta Doctrina ya había sido seguida por el Tribunal en casos anteriores como el caso del Partido Comunista Unificado de Turquía, de 30 de enero de 1998 y en el caso de Partido Socialista contra Turquía de 25 de mayo de 1998. En todos ellos de lo que se trató fue de desenmascarar lo que el gobierno turco denominaba como el método *Takiyye*, consistente en disimular las verdaderas convicciones hasta llegar al poder. PUERTO GONZÁLEZ, J. J., «Orden público y libertad religiosa en el conflicto de civilizaciones...», o.c., p. 306.

144. STEDH caso *Otto Preminger Institut*, de 20 de septiembre de 1994.

145. STEDH caso *Zaoui* contra Suiza, de 18 de enero de 2001.

Uno de los sectores que más influyen en la formación de la conciencia de las personas y por tanto en la creación de un ambiente social que fomente las propias creencias es el de la educación. La introducción de este término de *Yihad* como cualquier otro que pueda tener una connotación de permisibilidad de actitudes violentas puede ser de gran importancia en la educación de un menor.

En el campo de la educación en España hay que tener en cuenta los siguientes límites jurídicos:

1. Las confesiones religiosas son libres para establecer el currículo, programa, contenido y el material didáctico de la signatura de religión¹⁴⁶.
2. Los textos utilizados para la enseñanza de esta asignatura han de ser completamente respetuosos con los principios y preceptos constitucionales¹⁴⁷.
3. Como límite al ejercicio del derecho a la educación religiosa debe tenerse siempre en cuenta el interés superior del niño, su salud física o mental y su desarrollo integral¹⁴⁸.
4. Igualmente han de tenerse en cuenta todos los demás elementos del orden público.

Al respecto, y aunque lo relacionemos con el aspecto de la educación y de la promoción de la violencia, hay que recordar que una de las claves para que no se dé dicha promoción de la violencia recae en

146. Artículo 10.3 de las leyes 24, 25 y 26 /1992 de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la FEREDE, FCIE y CIE (*BOE*, n. 272, de 12 de noviembre); Artículo VI del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales (*BOE*, n. 300, de 15 de diciembre); Disposición Adicional 2ª de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (*BOE*, n. 238, de 4 de octubre de 1990); Artículo 4.1 del Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, regulador de la enseñanza de religión (*BOE*, n. 22, de 26 de enero de 1995).

147. Artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (*BOE*, n. 238, de 4 de octubre de 1990); Artículo 4.2 del Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, regulador de la enseñanza de la religión (*BOE*, n. 22, de 26 de enero de 1995). Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de abril de 1998 recuerda que los libros y materiales curriculares de la enseñanza religiosa deberán respetar en sus textos e imágenes los preceptos constitucionales y los principios a que se refiere el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo.

148. Artículo 5.2 y 5.5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (Resolución de las Naciones Unidas n. 36/1995).

la responsabilidad de las propias confesiones religiosas y su «labor de vigilancia del comportamiento del profesor» a tenor de los acuerdos celebrados con el Estado ¹⁴⁹. En este sentido se ha puesto de manifiesto y se podría hacer extensible a esta cuestión que el profesor de religión no es libre en cuanto a la materia que ha de enseñar y tampoco en cuanto su comportamiento y conducta incluso en ámbitos puramente privados ¹⁵⁰.

Por otro lado está el otro punto de las manifestaciones públicas donde se propague y fomente cualquier tipo de violencia. Surge así la pregunta sobre si se pueden amparar en el derecho de propagar sus creencias.

En España, es posible reaccionar ante cualquier tipo de grupo o asociación que promueva la violencia, a través de dos mecanismos, el Código penal y la Ley de Partidos Políticos.

El primero es el mismo Código Penal que en su artículo 515 define las asociaciones ilícitas como todas aquellas que:

1. Tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
2. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
3. Las que aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
4. Las organizaciones de carácter paramilitar y las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión, o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

149. FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación. Los Pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992*, Civitas, Madrid 1995.

150. Se trata de buscar un paralelismo con las cuestiones suscitadas con los profesores de religión católica y la responsabilidad de los órganos institucionales de las confesiones religiosas. Vid. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., «Profesores de Religión Católica según el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de la confesión, dos derechos en conflicto», en *Los Concordatos; pasado y futuro. Actas del Simposio Internacional de Derecho Concordatario*, Comares, Granada 2004; «Profesores de religión católica según el acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto», en *Aranzadi social*, 6 (2004).

Aunque los grupos fundamentalistas en España, no hayan dado el paso de formar partidos políticos,¹⁵¹ no se puede descartar que esto ocurra en un futuro próximo como ya ha ocurrido en otras épocas y en ciertas regiones.¹⁵²

El segundo mecanismo al que hay que hacer referencia es la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos que prevé la ilegalización de partidos políticos cuando su actividad vulnera los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante, entre otras conductas realizadas de forma reiterada y grave la de «vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual»¹⁵³.

La ley en su artículo 9.1 ampara a los partidos para que puedan ejercer libremente sus actividades teniendo que respetar en las mismas «los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos». Igualmente desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.

151. Al afirmar esto partimos de un presupuesto que es el no considerar dentro del fundamentalismo, los fenómenos nacionalistas. Algunos autores se inclinan a considerar que el nacionalismo es una nueva forma de fundamentalismo. En este trabajo nos hemos circunscrito al fenómeno del fundamentalismo religioso. De entender el término de una manera amplia, los actuales partidos políticos ligados a la banda terrorista ETA se podrían considerar dentro del fenómeno fundamentalista. Rasgos comunes tiene sin lugar a dudas.

152. Es el caso de Argelia o Turquía donde estos casos ya se han dado. En Europa hay que recordar que no hace tanto tiempo, partidos políticos legitimaron ideologías de un fanatismo atroz, y promovieron genocidios como los atribuidos a Slobodan Milosevic, ex-presidente de Serbia y Montenegro. «El 7 de junio de 1990 constituyó el Partido Socialista de Serbia (SPS) a partir de la SKS y la absorción de la pequeña Alianza Socialista del Pueblo Trabajador de Serbia, y el 16 de julio siguiente se hizo elegir su presidente en el primer día del I Congreso... No se trató de una transformación doctrinal como las realizadas por los partidos comunistas del bloque soviético, sino un simple *cambio de formas, manteniendo intacto el dogmatismo ideológico y la concepción exclusivista del poder.*»

<http://www.cidob.org/bios/castellano/lideres/m-038.htm#13>

153. Artículo 9.2.a) de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

Se podrá proceder a la declaración de la ilegalidad de un partido político cuando de manera reiterada y grave se incurra en:

- Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual. Artículo 9.2.a).
- Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas. Art. 9.2.b).
- Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma. Artículo 9.2.c).

Estas conductas se entenderán que se producen cuando se lleve a cabo la repetición o acumulación de alguna de las siguientes conductas:

- Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta. Artículo 9.3.a).
- Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos. Artículo 9.3.b).
- Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble

militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión. Artículo 9.3.c).

- Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo. Artículo 9.3.d).
- Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos. Artículo 9.3.e).
- Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas. Artículo 9.3.f).
- Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior. Artículo 9.3.g).
- Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas. Artículo 9.3.h).
- Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia. Artículo 9.3.i).

Para apreciar y valorar las actividades, así como la continuidad o repetición de las mismas a lo largo de la trayectoria de un partido político, aunque el mismo haya cambiado de denominación, la ley contempla que se tendrán en cuenta «las resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus grupos parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados o candidatos» (Art. 4. párrafo primero).

La ley es exhaustiva en acotar los comportamientos que legitiman cualquier tipo de violencia. De la lectura de esta ley se puede deducir que aunque la ley está tratando los casos en los que el agente causante de todas estas actividades es un partido político legítimamente constituido, con más razón se podría pensar que organizaciones, asociaciones o grupos religiosos legítimamente constituidos que incurrieran en este tipo de actividades, estarían siendo igualmente reprobados legalmente.

Sería ilógico y falto de sentido que el ordenamiento jurídico no permitiera determinadas conductas a unas personas que abiertamente las llevan a cabo, como es el caso de los partidos políticos, y que lo permitiera a otro tipo de grupos y asociaciones constituidas legalmente o no.

3.3.2. Salud pública

El artículo 43.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud y el artículo 43.2 otorga a los poderes públicos la competencia sobre la organización y tutela de la salud pública «a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios».

Cuando el Tribunal Constitucional se ha venido a pronunciar sobre los conceptos de seguridad y salud pública, ha dicho que el concepto de seguridad es más concreto que el de orden público, ya que dentro del concepto de orden público «pueden incluirse cuestiones como las referentes a las salubridad que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas»¹⁵⁴.

El Tribunal pone ciertos límites a la actuación por parte de las autoridades del Estado cuando estas se ven impelidas a actuar en casos de amenaza de la seguridad pública por cuestiones de salud pública. Así, «para respetar el orden normal de las competencias es preciso no sólo que esas medidas se justifiquen por su urgencia y necesidad, sino que se adopten en forma que no sustituyan más que

154. STC 33/82, de 8 de junio. FJ. 3.º.

lo indispensable la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen al actividad de éstas»¹⁵⁵.

Así, pues, es necesario que ante crisis sanitarias, se den las notas de urgencia y de necesidad para la intervención de las autoridades y que sean intervenciones que busquen interferir en lo mínimo en las acciones sanitarias normalizadas y de manera subsidiaria, es decir, cuando estas son insuficientes.

Otro aspecto importante es el relativo al derecho que se intenta salvaguardar, si se trata del derecho individual o del colectivo. El Tribunal Constitucional, en una reciente Sentencia de 18 de julio de 2002, ha venido a recordar que la salud pública, en consonancia con los textos internacionales que sirven de pauta para su interpretación, se orienta a la protección de la salud como bien público y no como derecho individual, entendida, por tanto, como referencia a los riesgos para la salud general¹⁵⁶. En consecuencia este límite no entraría en juego cuando de la conducta del titular del derecho de libertad religiosa se deriven riesgos hacia su propia integridad física o, en su caso, hacia su propia vida, ya que en principio, podrían quedar subsumidas en el límite de la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas¹⁵⁷.

Veamos algunos puntos en los que este tema de la salud pública entra en colisión con la práctica de las tradiciones religiosas mayoritarias como en el caso de colectivos mayoritariamente musulmanes y judíos.

3.3.2.1. Mutilación genital femenina

Entre las prácticas relacionadas con connotaciones culturales o religiosas, que más riesgos ocasionan para la salud de las mujeres,

155. *Ibid.*, FJ. 3.º.

156. STC de 18 de julio de 2002, FJ. 13.º.

157. No obstante esta línea jurisprudencial no ha sido uniforme en la opinión del Tribunal cuando ha entrado a ver los casos de los Testigos de Jehová que se negaban a recibir transfusiones de sangre. En estos casos se declaró que a tenor de lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa existe un límite al ejercicio de este derecho y por ello se permitió actuar en contra de la voluntad del paciente.

está el de la ablación. A veces se ha intentado equiparar esta práctica a la circuncisión masculina pero tanto las razones de fondo culturales como religiosas son muy diferentes, sobre todo en el supuesto de la confesión judía¹⁵⁸.

La ablación o mutilación genital femenina comprende todos los procedimientos quirúrgicos que consisten en la extirpación total o parcial de los genitales externos, u otras intervenciones practicadas en los órganos genitales femeninos por motivos culturales o no terapéuticos. Esta práctica se lleva realizando a las niñas y mujeres como costumbre ancestral en determinados pueblos africanos, sobre todo en el ámbito rural, y debido a los movimientos migratorios¹⁵⁹ se ha extendido por países de América Latina, Asia y Europa¹⁶⁰.

Dentro del amplio concepto de mutilación genital femenina se pueden distinguir diferentes clases de intervenciones que van desde la menos extrema que es la ablación del prepucio del clítoris, hasta la más grave, denominada infibulación o «circuncisión faraónica», y que consiste en una suerte de cliterodictomía¹⁶¹.

Los problemas de salud que se producen a las niñas son graves e irreversibles. «Puede acarrear la muerte de la niña por colapso hemorrágico o por colapso neurogénico debido al intenso dolor y el trau-

158. Los judíos consideran la circuncisión como un signo de la Alianza con Yavé (Gn 17, 9-14 y Lv 12, 3) la practican a los niños a los ocho días del nacimiento. Los musulmanes también la practican, aunque no se recoge de manera expresa como obligación en el Corán, pero se realiza cuando el niño tiene más de siete años, aunque hay quienes recomiendan llevarla a cabo a los primeros días del nacimiento.

159. Un estudio sociológico pormenorizado de la población inmigrante musulmana, sus costumbres y su religión, España, ver LACOMBA VÁZQUEZ, J., *El islam inmigrado. Transformaciones y adaptaciones de las prácticas culturales y religiosas*, Ministerio de Educación, cultura y deporte, Madrid 2001.

160. Según informes de la OMS y UNICEF, afecta a un número de entre 100 y 135 millones de mujeres, fundamentalmente en África y en algunos países de Oriente Próximo. Datos de http://www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html

161. Por las circunstancias sociales en las que se lleva a cabo, se suele realizar sin anestesia y se inmoviliza a las niñas con las piernas abiertas utilizando como instrumentos «quirúrgicos» cristales, trozos de metales, navajas, tijeras o cualquier otro tipo de instrumento cortante, muchas veces no esterilizados ni desinfectados. En el caso de la infibulación, además, se cosen los labios superiores utilizando un simple objeto punzante o espinas vegetales. Tras la mutilación se cubre la herida con ungüentos o plantas consideradas medicinales debiendo permanecer la persona, inmóvil durante varios días. ROSELL, J., «La Mutilación genital femenina», en *Los musulmanes en España*, Trotta, Madrid 2004, p. 231.

matismo, así como infecciones agudas y septicemia. Muchas niñas entran en un estado de colapso inducido por el intenso dolor, el trauma psicológico y el agotamiento a causa de los gritos. Otros efectos pueden ser una mala cicatrización; la formación de abscesos y quistes; un crecimiento excesivo del tejido cicatrizante; infecciones del tracto urinario; coitos dolorosos; el aumento de la susceptibilidad al contagio del VIH/SIDA, la hepatitis y otras enfermedades de la sangre; infecciones del aparato reproductor; enfermedades inflamatorias de la región pélvica; infertilidad; menstruaciones dolorosas; obstrucción crónica del tracto urinario o piedras en la vejiga; incontinencia urinaria; partos difíciles; y un incremento del riesgo de sufrir hemorragias e infecciones durante el parto»¹⁶².

Se trata de una serie de prácticas que suponen una importante lesión contra la integridad física de la mujer y su normal desarrollo psico-social. Los problemas de tipo psicológico se traducen en cuadros clínicos de ansiedad, depresión, terror, sentimientos de humillación, trastornos de carácter sexual, etc.

Este tipo de prácticas se intentan justificar por quienes la practican, por pertenecer a la costumbre y tradiciones de sus respectivas comunidades. Diferentes trabajos y estudios realizados por la ONU¹⁶³ y otras ONG¹⁶⁴ ahondan en las razones que parecen ser sus causas. En algunas sociedades tribales el sufrimiento de esta lesión identifica a quien pertenece al grupo y, por tanto, es necesario someterse a su práctica para ser aceptada por el mismo. En otras ocasiones hay creencias arraigadas en concepciones de índole higiénica mezcladas con concepciones de pureza. No obstante, se piensa que son las razones relativas a la identidad sexual las que normalmente explican la realización de estas prácticas. Se mantiene la creencia del paso de la niñez a la adultez considerando a la niña como mujer y todo ello unido a creencias de aumento de feminidad. La mutilación femenina, en sociedades patriarcales, connota aspectos de docilidad y obediencia, pues mitiga el deseo sexual y reduce las posibilidades de infidelidad.

162. http://www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html

163. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en la «Fact Sheet n.º 23, Harmful traditional practices affecting the Health of Women and Children/», en www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs23.htm

164. De especial interés el estudio realizado por Amnistía Internacional que se puede consultar en www.es.amnesty.org/nomasviolencia/sabermas10mgf.php

El origen de estas prácticas es de tipo cultural más que religioso, pero una vez más están interrelacionados a la hora de configurar la identidad de estos colectivos. Aunque mayoritariamente se da en comunidades de confesión musulmana, se ha señalado que «no es una práctica exclusiva de ciertas comunidades musulmanas sino que se encuentra extendida entre otros grupos sociales, especialmente en África, como los coptos de Egipto, los cristianos en distintos países, las comunidades judías en Etiopía y estas con otras más recientes de origen cristiano o musulmán»¹⁶⁵.

Un sector del mundo islámico ha querido asumir esta práctica como un precepto religioso aunque «no encuentra fundamento en ningún precepto coránico, sino que se trata del resultado de una interpretación sesgada, puntual, no generalizada»¹⁶⁶. En efecto, acudiendo a la Sharia, la mutilación no aparece en el Corán, sino que es deducida de la tradición oral. Son los denominados *hadith* o comentarios atribuidos a Mahoma los que se invocan en este caso, y su veracidad no es unánimemente aceptada por los líderes religiosos islámicos.

Sin ser totalmente aceptada, esta interpretación sigue siendo auspiciada por algunos líderes representativos del integrista islámico que han querido hacer de la defensa de esta práctica una especie de lucha frente a una supuesta intromisión del mundo occidental en el mantenimiento de las costumbres islámicas. En Egipto¹⁶⁷, los líderes radicales islámicos han tomado este tipo de prácticas como seña de identidad propia y por tanto se ha convertido en símbolo de reafirmación de una determinada interpretación del Islam. En 1994, un Decreto del Ministerio de sanidad prohibió la práctica de las mutilaciones en hospitales públicos provocando la reacción de algunos de

165. ROPERO CARRASCO, J., «El derecho penal ante la mutilación genital femenina», en *La ley 6* (2001) 1394. Citado por ROSELL, J., «La mutilación genital femenina», en *Los musulmanes en España*. Ed. Trotta, Madrid 2004, p. 232, n. 10.

166. ORTEGA TEROL, J., «Islam y Derecho internacional: influencia y desencuentros», en *El Islam en España. Historia. Pensamiento, Religión y Derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2001, p. 108. Es de la misma opinión COMBALÍA, Z., «Inmigración y tutela de los derechos de libertad religiosa en España», en *Migraciones, Iglesia y Derecho. Actas del V Simposio del Instituto Martín de Azpilicueta sobre Movimientos migratorios y acción de la Iglesia. Aspectos sociales, religiosos y canónicos*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 2003, p. 154.

167. Parece ser que en la época de los faraones ya se realizaba este tipo de prácticas y que desde esta zona se extendió entre las sociedades tribales de África.

estos líderes como el jeque Yusef el Badri, que acudió ante el Tribunal Administrativo del Cairo acusando al gobierno de haber dictado una ley «antimusulmana». En 1997, el Tribunal dio la razón a los líderes integristas, pero en diciembre de ese mismo año, el ministro de Sanidad estableció nuevamente la prohibición castigando la práctica de la misma con penas de hasta tres años de cárcel. Aunque los líderes integristas recurrieron la medida, en 1998, la Corte Suprema Administrativa de Egipto, decidió prohibir la mutilación femenina en hospitales públicos y privados al considerar que «la ablación no es una práctica islámica, ya que en el Corán... no existe ningún versículo sobre la necesidad de efectuarla... no es tampoco una sunna... sólo se puede efectuar en los casos en que los médicos la consideren necesaria para la salud»¹⁶⁸.

Marco internacional y situación jurídica en España. Los fuertes movimientos migratorios hacia las sociedades occidentales, han traído consigo el que además de realizarse en el continente africano de donde provienen, estas prácticas se están llevando a cabo en Europa, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, etc. España, al igual que otros países de su entorno, se ha visto envuelta en la polémica de si los delitos ya tipificados como lesiones eran figuras suficientes para abarcar este tipo de acciones.

La actual actuación del ordenamiento jurídico español se enmarca en diferentes normas de carácter internacional que se dirigen a proteger los derechos de la mujer y de la infancia. Las principales son:

- Artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles o degradantes.»
- Artículo 12. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.»
- Artículo 5.5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones, de 25 de noviembre de 1981: «La práctica de

168. Noticia recogida en www.webislam.com/numeros/1998/articulos/14_01_07.HTM. En el mismo lugar se afirma que el 90% de las mujeres egipcias han sido objeto de la mutilación genital.

- la religión o convicciones en que se educa un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral.»
- Art 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de la resolución 34/180 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979.
 - Artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño: «Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel de salud... adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas que sean perjudiciales para la salud de los niños.»
 - Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de septiembre de 2001, sobre las mutilaciones genitales femeninas. Se insta a los Estados a adoptar una gran cantidad de medidas que abarquen el ámbito penal, administrativo y social a través de políticas preventivas.

En un primer momento, el legislador entendió que bastaba aplicar el Código penal de 1995 para perseguir este tipo de prácticas, toda vez que la mutilación genital femenina se subsumía dentro del Título III del Libro II del Código penal de 1995, titulado «De las lesiones». Dentro de este título se tipifican una serie de conductas¹⁶⁹ cuya característica principal es que afecten directamente a la integridad corporal o a la salud física o mental de las personas. El legislador no creía necesario proceder a una reforma legislativa. Como tipos cualificados, estaban los arts. 149 y 150 que aumentaban las penas del tipo básico. La ablación de clítoris quedaba comprendida en el tipo del artículo 149 al considerarse el órgano mutilado como un «miembro principal». Motivado tal vez por la normativa internacional se ha reformado el Código Penal introduciendo una tipificación expresa.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros «tipifica el delito de mutilación genital de mujeres y niñas» ya que es «una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales»¹⁷⁰.

Actualmente esta tipificación ha supuesto que el artículo 149 de dicha ley haya quedado redactado de la siguiente forma: «1. El

169. Artículo 147.1 del Código Penal de 1995.

170. Motivo IV de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003.

que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. 2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz»¹⁷¹.

La nueva redacción no ha supuesto un incremento de las penas pues ya estaban así previstas con la antigua redacción. Sí hay una novedad en lo que toca a la retirada de la patria potestad cuando son inculpatos los padres o tutores legales puesto que pone un tope de diez años máximo. Anteriormente a través del artículo 170 del Código Civil el juez tenía la posibilidad de retirar permanentemente la patria potestad y esto conllevaba como consecuencia el alejamiento del menor de su familia y su puesta a disposición de las autoridades correspondientes para su ingreso en un centro público, su adopción, con las graves repercusiones en la vida del menor.

Otro importante aspecto que incorpora esta redacción es que al utilizar la expresión «por cualquier medio o procedimiento», al referirse a la forma de comisión del delito, se está señalando que esta acción puede llevarse a cabo, tanto en sentido estricto como en los casos en los que haya una posición de garante por parte del padre o tutor, como comisión por omisión. Eso sí, siempre que entre la acción y el resultado exista una relación de causalidad, y debiendo comprobarse además, todos aquellos criterios que fundamentan una imputación objetiva.

De esta manera, se evita que la actuación de los padres en estos casos no quede sin castigo. Suele ocurrir que no son ellos quienes realizan estas mutilaciones sino que contactan con alguien que suele llevar a cabo estas lesiones, llegando a pagarles el desplazamiento y el alojamiento.

171. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Redacción según Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre.

La persecución del delito de mutilación genital fuera de España, es otro de los problemas que se está intentando afrontar. Para evitar el castigo, las diferentes comunidades de inmigrantes que practican este tipo de mutilación, han buscado la manera de eludir responsabilidades simulando que estas lesiones se han producido fuera de España. Esto suponía hasta hace muy poco que «además de la dificultad que sigue existiendo para poder localizar y denunciar cada uno de los casos, hay un elevado número de denuncias que terminan siendo archivadas al no poder probar los jueces que dichas lesiones se han producido en territorio español»¹⁷².

Recientemente se ha modificado el artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que no permitía perseguir este tipo de lesiones cuando se realizaban fuera de España, pues no se reconocía la jurisdicción española para estos casos. En esta situación, la doctrina buscaba la manera más eficaz de poder perseguir este delito¹⁷³. Actualmente, la redacción del artículo 23.4.g) recoge el caso de competencia para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional como es el de «los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España»¹⁷⁴.

3.3.2.2. Cementerios y enterramientos

Las costumbres de las diferentes confesiones mayoritarias son bien distintas en cuanto al trato de los cadáveres de los difuntos. Aunque en España no se han dado conflictos de importancia como

172. ROSELL, J., «La mutilación genital femenina...», o.c., p. 242.

173. *Ibid.*, p. 246

174. Artículo 23. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Redacción según Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio. Sigue diciendo en el número 5 que para este caso le será aplicable lo que dice la letra c del mismo artículo 23.2: Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: Artículo 23.2.c): Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

en otros países ¹⁷⁵, habrá que estar atentos a estos puntos que serán cada vez más necesarios de tener en cuenta.

Algunas costumbres de la confesión islámica y la judía, en relación a los entierros, y que pueden entrar en colisión con el derecho español, son las siguientes: reposo de los cuerpos en tierra, sin ataúd, envueltos en un lienzo blanco sin costuras. (Islam). Recostados sobre el costado derecho y con la cabeza orientada hacia Oriente: la Meca. (Islam). Los musulmanes y en algunas ramas del judaísmo, los cadáveres han de ser enterrados en recinto sacralizado, cerrado y dedicado exclusivamente a los propios musulmanes. Los musulmanes no permiten la exhumación de los cadáveres pasado un tiempo. Los judíos requieren que la tierra sea «virgen».

En España sin embargo las costumbres son bien diferentes: entierro con ataúd o incineración. Sin tener en cuenta la orientación del enterramiento. La exhumación resulta en la práctica obligatoria, debido a que generalmente la propiedad del terreno es de los ayuntamientos y pasado un tiempo, los restos pasan a un osario.

La regulación de estas materias viene dada en nuestro país a través de las siguientes normas: artículo 4 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de Entidades Locales ¹⁷⁶; artículo 42.3.e) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad ¹⁷⁷; artículo 2.1.b) de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa ¹⁷⁸; artículo 2.6 de la Ley 25/1992, de

175. En Francia se han dado incidentes violentos como los ocurridos en relación al cementerio musulmán de Bobigny.

176. Artículo 4: Son bienes de servicio público los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como Casas consistoriales, Palacios provinciales y, en general, edificios que sean de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos.

177. Artículo 42. 3. No obstante, los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria.

178. Artículo 2.1.b): La Libertad Religiosa y de culto garantizado por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a... (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.

10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España¹⁷⁹; artículo 2.5 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre de 1992, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España¹⁸⁰.

Este aspecto de los cementerios, es otra de las principales reivindicaciones de las comunidades musulmanas extendidas por el territorio nacional. Tres casos recientes son los que se han dado en Granada, Cádiz y Valencia. En Granada con el «Cementerio Islámico de Granada» según la denominación que recibe en el Convenio que se firmó entre el ayuntamiento de Granada y un denominado Consejo Islámico de Granada¹⁸¹ se ha dado el caso de un cementerio especial y exclusivo para los musulmanes de esta provincia.

En Valencia, el Ayuntamiento y la comunidad islámica de Valencia acordaron en Convenio de siete de julio de dos mil, habilitar una zona del cementerio municipal para enterramientos islámicos con

179. Artículo 2.6: Los cementerios judíos gozarán de los beneficios legales que este artículo establece para los lugares de culto. Se reconoce a las Comunidades Israelitas, pertenecientes a la FCI, el derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos judíos en los cementerios municipales, así como el derecho de poseer cementerios judíos privados, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad. Se adoptarán las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales judías, relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios, que se realizarán con intervención de la Comunidad judía local. Se reconoce el derecho a trasladar a los cementerios pertenecientes a las Comunidades Israelitas, de los cuerpos de los difuntos judíos, tanto de los actualmente inhumados en cementerios municipales como de aquellos cuyo fallecimiento se produzca en localidad en la que no exista cementerio judío.

180. Artículo 2.5: Los cementerios islámicos gozarán de los beneficios legales que establece el número 2 de este mismo artículo para los lugares de culto. Se reconoce a las Comunidades Islámicas, pertenecientes a la Comisión Islámica de España, el derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos islámicos en los cementerios municipales, así como el derecho a poseer cementerios islámicos propios. Se adoptarán las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales islámicas, relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios que se realizarán con intervención de la Comunidad Islámica local. Se reconoce el derecho a trasladar a los cementerios pertenecientes a las Comunidades Islámicas los cuerpos de los difuntos musulmanes, tanto los actualmente inhumados en cementerios municipales como los de aquéllos cuyo fallecimiento se produzca en localidad en la que no exista cementerio islámico, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad.

181. El Convenio tiene fecha de 25 de octubre de 2002 con validez para 75 años. SANCHEZ NOGALES, J. L., *El Islam entre nosotros. Cristianismo e Islam entre nosotros*, BAC, Madrid 2004, p.100.

acceso directo desde el exterior y de un local para lavatorio de los cadáveres y «práctica de los ritos propios del islamismo»¹⁸².

3.3.3. Moralidad pública.

3.3.3.1. Símbolos religiosos

Al tratarse de uno de los elementos más imprecisos, indeterminados y complejos que configuran el concepto de orden público, se hace más difícil delimitar qué tipo de acciones atentaría contra él.

Hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha concretado este término definiéndolo como el *elemento ético común de la vida social*¹⁸³. Se trata por tanto de un elemento variable en el espacio y en el tiempo, común a todos los ciudadanos y no identificable con la moral de una determinada confesión religiosa aunque se trate de la mayoritaria. Este mínimo exigible está recogido en los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución. Hay un cierto paralelismo entre el concepto de moralidad pública que emplea el Tribunal Constitucional con el concepto de orden público que de manera reiterada viene aplicando el Tribunal Supremo que se identificaría con el concepto conformado por «los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada»¹⁸⁴.

En este sentido, una de las actitudes que más ha llamado la atención pública y que ha sido considerada derivada de posicionamientos fundamentalistas, han sido los casos en los que alumnas de origen musulmán han vestido el *foulard*, *hiyad* o velo islámico en el ámbito de la escuela pública. Se plantea la cuestión acerca de si determinadas manifestaciones externas de la religiosidad podrían suponer un ataque contra el aludido elemento ético común de la vida social. El primer lugar en el entorno europeo donde se dio este tipo de casos fue en Francia¹⁸⁵, pero más recientemente se han dado en España.

182. *Ibid.*, p. 101.

183. STC de 15 de octubre de 1982, FJ. 3.

184. STS de 31 de diciembre de 1979. FJ. 2 (RJ 1979, 4499).

185. MOTILLA, A., «La libertad de vestimenta: el velo islámico», en *Los Musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. Trotta, Madrid 2004, pp. 107-137; BRIONES MARTÍNEZ, I. M., «La libertad de expresión de la propia religión en la enseñanza laica», en *Ars Iuris*, 17 (1997) 55-71.

El derecho que el artículo 16.1 reconoce a todos los ciudadanos y grupos, derecho al libre ejercicio de su religión sin más limitaciones, en su proyección externa, que las necesarias para el mantenimiento de orden público protegido por la ley, también es para los menores sin que el ejercicio de los mismos se atribuya por completo a quienes tienen atribuida su patria potestad y ello por tratarse de un derecho fundamental¹⁸⁶.

La significación cultural y religiosa de esta prenda dentro de la confesión musulmana es una cuestión bien estudiada¹⁸⁷. El velo representa para la mujer musulmana la seña de su identidad, la expresión visual de la sociedad a la que pertenece. Esto explica que su utilización en Europa se haya convertido en un elemento habitual entre las mujeres musulmanas pues además del componente tradicional, el uso del velo responde a una reafirmación de su identidad como colectividad en una sociedad occidental industrial, urbana y consumista donde el elemento religioso ha quedado diluido.

Desde amplios sectores de la sociedad europea la aparición de este tipo de prendas se ha interpretado como un peligro debido a la problemática suscitada. Se ha identificado el fenómeno con el auge de los movimientos fundamentalistas en el seno del Islam y ello en gran parte por lo acontecido en países como Irán donde se impuso el *chador* o en Afganistán con el *burka*.

Aplicando la componente de moralidad pública como ese mínimo ético exigible a todo ciudadano tal y como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han apuntado, habría que diferenciar los casos en los que estas prendas sean empleadas como símbolos de sumisión de la esposa a su marido o a cualquier otra persona contra la propia voluntad y los casos en los que se ejerce el derecho de manifestar su identidad cultural o religiosa. En aquellos casos donde su utilización podría afectar a los principios de igualdad o libertad de las mujeres y niñas, se trataría de situaciones en las que la persona se vería obligada a llevar este u otro tipo de vestimenta. En estas circunstancias, se estaría violentando, no el derecho de libertad religiosa propiamente sino su libertad en un sen-

186. STC de 29 de mayo de 2000, FJ. 5.

187. MOTILLA, A., «La libertad de vestimenta: el velo islámico...», o.c., pp.108 y ss.

tido amplio. Serían situaciones que entran dentro del tipo penal del delito de coacciones¹⁸⁸, al margen por tanto de la legalidad.

En muchas ocasiones, parece que la mayoría, la utilización de estas prendas se hace con pleno conocimiento y asentimiento por parte de las personas que la utilizan. En estos casos estas mujeres están ejerciendo su derecho de libertad religiosa. El derecho fundamental de libertad religiosa, en los términos del artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, se extiende a tutelar una serie de manifestaciones inherentes al acto de fe y que son la libertad de profesión, de declaración de las propias creencias, de culto, moral, de información, de educación y de asociación¹⁸⁹.

Dentro de este derecho a la libre manifestación religiosa está la de dar testimonio de la pertenencia a un determinado grupo o confesión religiosa y no sólo de manera oral sino con otros tipos de lenguajes como puede ser el simbólico de una vestimenta, como es el caso de esta prenda¹⁹⁰.

Los problemas planteados con ocasión del empleo de simbología religiosa en España hay que afrontarlos como una problemática en la que por un lado se encuentra el Estado¹⁹¹ que desempeña un papel garante del ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte de los individuos y las confesiones religiosas. Esto supone que los poderes públicos han de remover los obstáculos que pudieran surgir en los diferentes ámbitos como el educativo, el laboral, etc, y por otro lado los ciudadanos que se atienen al respeto de los derechos de los demás y del ordenamiento jurídico como tal.

188. Artículo 172. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

189. SOUTO PAZ, J. A., *Derecho Eclesiástico del Estado...*, o.c., pp.108-109.

190. CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa. Simbología y Laicidad del Estado...*, o.c., p. 25.

191. STC de 15 de febrero de 2001, FJ. 4.º: «Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el artículo 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad y laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales» (STC 177/1996).

3.3.3.2. Ámbito educativo

Se plantea si las manifestaciones de libertad religiosa pueden ser objeto de restricciones en el ámbito de la escuela y si cabe una mayor restricción en un centro educativo según el tipo de centro educativo que la legislación contempla¹⁹². Los centros educativos se clasifican en públicos y privados, distinguiéndose dentro de estos últimos los concertados que son aquellos de titularidad privada pero sostenidos con fondos públicos.

Caso significativo fue el caso que se dio en febrero de 2002. Una familia musulmana residente en un municipio de la Comunidad de Madrid, San Lorenzo de El Escorial, se negó a escolarizar a una de sus hijas porque en el colegio concertado donde tenía reservada plaza se le prohibía el uso de la indumentaria islámica.

La alumna marroquí, de 13 años de edad, permaneció varios meses sin escolarizar porque las normas reglamentarias del colegio privado concertado donde estaba matriculada no le permitían asistir a las clases cubierta con el velo islámico. La menor, ante la prohibición de ir cubierta con el velo, ni siquiera empezó a asistir a las clases. La Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid abrió expediente informativo. Se dedujo que el padre se negaba a llevar a su hija al centro religioso concertado tanto por su ideario católico como porque sus normas de régimen interior disponían imperativamente que el alumnado debía ir uniformado, exigencia con la que no resulta conciliable el uso de la prenda islámica. Al padre de la menor se le había comunicado que su hija no estaba obligada a asistir a las clases de religión, bastando para ello, simplemente, que dejara constancia escrita de su negativa.

La familia marroquí no aceptó la solución que los servicios sociales del Ayuntamiento propusieron: que la niña llevara el velo hasta la entrada del Colegio, donde se le habilitaría un espacio para que pudiera desprenderse de él y vestirse con el uniforme reglamentario. La Comunidad de Madrid dispuso que la niña fuera escolarizada «provisionalmente» en el Colegio Público Juan de Herrera hasta que se resolviera de una manera definitiva el problema de escolarización de la menor. Ante esto, la postura de la directora del centro público fue entender que el velo islámico constituía un símbolo de discrimi-

192. Artículo 64 de la Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza, de 23 de diciembre de 2002. Artículo 108 del Proyecto de Ley Orgánica de Educación.

nación sexual, que debía reputarse inconstitucional por atentar contra los derechos de las mujeres. Manifestando su intención de impedir el uso del velo en las instalaciones del Colegio.

El Consejo Escolar, en su sesión del 5 de febrero de 2004, aprobó la prohibición de que las alumnas pudieran acudir a las clases de educación física vestidas con el pañuelo islámico por entender que su uso entraña un verdadero peligro para su integridad física, sobre todo, teniendo en cuenta que estas prendas quedan sujetas a través de alfileres que suponen un peligro añadido en el desarrollo de ciertos ejercicios físicos.

La Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid dispuso la escolarización, sin condicionamientos de ningún tipo. La alumna podía acudir al centro educativo cubierta con el velo y asistir con él a las clases. Dos razones alegó: la ausencia de una normativa clara que prohibiera su utilización en los colegios, en la Comunidad de Madrid ya se daba el caso de niñas escolarizadas que acudían a las clases cubiertas con velo y no se habían planteado controversias. Por otro lado, se consideró que el derecho a ser escolarizado debía primar frente a cualquier otro género de consideraciones.

Son varios los aspectos a tener en cuenta en cada caso. Habrá que considerar las peculiaridades que se dan según el tipo de centro educativo: centros educativos públicos, privados o públicos concertados ¹⁹³.

a) Centros educativos privados

Existe el derecho de los titulares ¹⁹⁴ de establecer el carácter propio del centro, a través del ideario educativo ¹⁹⁵. La admisibilidad de simbología religiosa por parte de los profesores y de los alumnos estará en función de su posible acomodación con el ideario, de suerte que las restricciones a este derecho son mucho mayores que en otros centros de naturaleza pública o privados concertados.

193. Artículo 108 del Proyecto de Ley Orgánica de Educación.

194. Artículo 115 del Proyecto de Ley Orgánica de Educación; artículo 73 de la Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza.

195. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, fundamento jurídico octavo y de 27 de junio de 1985, FJ. 8.

Los padres tienen derecho de educar a sus hijos en sus propias convicciones religiosas, así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional ¹⁹⁶, pero al ostentar el ideario de estos centros un carácter público, los padres que matriculen a sus hijos en estos colegios conocen previamente su orientación ideológica, religiosa y moral, con lo que después tendrán que respetarlo.

Los alumnos por su parte ¹⁹⁷ deben respetar el proyecto educativo o el carácter propio del Centro, de acuerdo con la legislación vigente. Esto se hace a través de las normas de organización interna del Centro donde se contienen las normas de convivencia para la comunidad educativa, incluyendo el respeto del ideario propio.

El profesorado ¹⁹⁸ no está obligado a adherirse al ideario del Centro pero sí a desempeñar su actividad respetándolo, siendo esa exigencia mucho mayor en los aspectos propiamente formativos que en los relativos a la transmisión de conocimientos. Atendiendo a esto, resultarán admisibles en los profesores todas aquellas restricciones que vengan exigidas por la tutela del ideario educativo del Centro. El personal docente al ser contratado conocía el «carácter propio» del establecimiento educativo al que se incorporaba y sus obligaciones. El ejercicio de tales derechos podrá ser limitado como consecuencia del derecho del Centro educativo al desarrollo del carácter propio que lo define.

b) Centros educativos privados concertados

Privados en su esencia pero sostenidos con fondos públicos, lo cual se traduce en una serie de compromisos por parte del Centro educativo con la Administración, consecuencia de su participación en el servicio del interés público de la educación ¹⁹⁹. Dentro de esos compromisos se integran dos principalmente: unos criterios de admisión de alumnos idénticos a los de los establecimientos públicos ²⁰⁰ y

196. Sentencia de 27 de junio de 1985

197. Artículo 38 del Real Decreto 732/1995, sobre derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia, de 5 de mayo.

198. Tribunal Constitucional en su Sentencia de 13 de febrero de 1981, FJ. 10.

199. Artículo 116 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Educación; Artículo 75 de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación.

200. Art. 86 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Educación.

unas exigencias de neutralidad, menores a las de los centros públicos pero diferenciados respecto a los centros educativos privados.

El carácter propio de los centros concertados tiene que conciliarse con un mayor compromiso con las exigencias constitucionales, entre las que se cuenta el principio de laicidad en su acepción positiva.

Respecto al profesorado, podrán utilizar todos aquellos símbolos religiosos exigidos por sus creencias religiosas bajo dos condiciones. «En primer lugar, que no se prevalezcan de su superioridad jerárquica para adoctrinar con ellos a los estudiantes, y, en segundo lugar, que su uso no suponga un ataque contra el ideario del Centro educativo, atenuado por las exigencias de neutralidad educativa»²⁰¹.

En cuanto a los alumnos, se ha de tener en cuenta tanto el límite del respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás, como el respeto al ideario del Centro, libertad de enseñanza del titular del establecimiento educativo, plasmado, por lo demás, en el artículo 38 del Real Decreto 732/1995, sobre derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia.

No hay que pasar por alto que en estos centros, al tener que conciliarse las exigencias de la neutralidad estatal con la defensa de la libertad de enseñanza, se ha apuntado que mientras el uso de simbología religiosa no suponga un ataque directo al ideario del Centro sino una manifestación de discrepancia con el mismo, su uso debería ser autorizado.

c) Centros educativos públicos

La Ley Orgánica del Derecho a la Educación establecía que los centros públicos habían de respetar los principios constitucionales y por tanto se ha de preservar la garantía de neutralidad ideológica así como el respeto de las opciones religiosas y morales del artículo 27.3 de la Constitución. La Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza determina que «se reconoce al alumno los siguientes derechos básicos: *a)* A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad; *b)* A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales de acuerdo con la Constitución»²⁰².

201. CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa, simbología...*, o.c., p. 52.

202. Art. 2 Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza.

Por su parte, los fines que orientarán el sistema educativo y que se propone el Proyecto de Ley que se tramita a día de hoy en el Senado, son entre otros: *a)* El pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos; *b)* La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad; *c)* La educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia y en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos; *e)* La formación para la paz, el respeto a los derechos humanos, la vida en común, la cohesión social, la cooperación y solidaridad entre los pueblos así como la adquisición de valores que propicien el respeto al medio ambiente, en particular al valor de los espacios forestales y un desarrollo sostenible; *g)* La formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España y de la interculturalidad como un elemento enriquecedor de la sociedad²⁰³. La Administración pública competente a través de la Dirección del Centro es quien tiene la responsabilidad de la consecución de los mismos.

En todos estos textos, se parte de que el Estado es laico, es decir, neutral y respetuoso con todas las confesiones religiosas. Ello implica en primer término que los alumnos, así como los profesores, no podrán ver limitado su derecho de libertad religiosa, como consecuencia de la vigencia de este principio, más allá de sus estrictas exigencias que se orientan a garantizar que todas las creencias religiosas sean tenidas en cuenta y que sean respetadas, sin que pueda admitirse cualquier género de discriminación por motivos religiosos en todos los aspectos de la vida pública.

Las únicas limitaciones a llevar símbolos religiosos pueden venir del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los alumnos como del mismo ejercicio por parte de los padres que desean una enseñanza neutra en el aspecto religioso. Referente al profesorado, en su función de docente así como de transmisor de unos valores, es importante este aspecto de llevar símbolos religiosos pues dada su trascendencia hacia los alumnos, puede interferir en la libre formación de la conciencia del menor.

203 Art. 2 del Proyecto de Ley Orgánica de Educación.

Atendiendo a la jurisprudencia comparada²⁰⁴ se extrae la deducción de que sólo en los casos en que el docente haga prevalecer su condición de superior para inculcar sus creencias religiosas, se estará vulnerando el derecho a los alumnos a la libre formación de sus conciencias. Los demás casos entran dentro del necesario y conveniente pluralismo religioso en el ámbito democrático constitucional. Los alumnos por su parte tienen como límite el respeto del derecho de la libertad religiosa de los demás alumnos o compañeros.

Respecto al derecho de los padres a decidir la educación de sus hijos, atendiendo a la concepción de laicidad positiva que nuestra Constitución mantiene, habría de entenderse que los casos en los que los profesores portasen simbología religiosa, «no entraña una exclusión de las creencias religiosas sino una convivencia armónica de todas ellas en un ambiente de igualdad y de respeto a la diversidad, por lo que el empleo de esta simbología religiosa por parte de los docentes contribuiría a la realización del pluralismo religioso que se pretende proteger a través del principio de laicidad»²⁰⁵. Por tanto, hay que distinguir, y aquí radica la complejidad, entre los casos de adoctrinamiento por parte del docente y el uso de la simbología externa.

IV. CONCLUSIONES

En la actualidad el fenómeno religioso no sólo no ha desaparecido sino que surge de nuevas y diversas formas. Sigue siendo un elemento relevante en sociedades de todo tipo, también en las democracias de corte occidental. Las convicciones, tanto religiosas como no religiosas, son elemento importante y valioso de la personalidad de los ciudadanos, así como de la identidad de los colectivos, configurando su identidad.

El ordenamiento jurídico español, acorde con el internacional, reconoce el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto entendiendo este derecho de una manera amplia al proteger tanto las convicciones religiosas como las convicciones que no lo son. Abarca tanto el mundo de las ideas como el de las creencias.

204. CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa, simbología...*, o.c., pp. 67 y ss.

205. *Ibid.*, p. 50.

Las relaciones sociales donde el factor religioso y las convicciones no religiosas equivalentes en relevancia, juegan un papel importante para los ciudadanos, por tanto son de especial interés para cualquier ordenamiento jurídico y en especial para la disciplina jurídica que es el Derecho Eclesiástico del Estado. Cobra cada vez más importancia la certeza de que es pilar fundamental de las sociedades democráticas el respeto a la libertad religiosa entendida ésta de manera amplia.

Cuando desde lo jurídico se trata el fenómeno religioso se ve la centralidad de conceptos como «religión», «creencias» o «convicciones». Son conceptos esenciales para la distinción jurídica de fenómenos tan dispares como la actitud creyente y la fundamentalista. Puede caerse en un reduccionismo conceptual mal entendiendo la realidad de lo que supone «creer» o profesar una «religión».

La radicalización de posturas extremistas hace que tanto la persona fundamentalista como los grupos a los que pertenecen, incurran en conductas que atentan contra el derecho de libertad religiosa de sus conciudadanos. Los límites que el ordenamiento impone al derecho de libertad religiosa son el respeto de los derechos de los demás y el del mantenimiento del orden público. Si de por sí ambos límites son en la práctica difíciles de tener bien definidos, en relación a este derecho lo es aún más. Debido a que se está ante un derecho fundamental, los ordenamientos han de poner especial cuidado en contemplar estos límites.

El hecho de que el «orden público» es un concepto jurídico indeterminado dificulta más este asunto. La casuística habrá de determinar qué actos lo quebrantan pero es importante hacer notar que los poderes públicos han de aunar respeto, legalidad, proporcionalidad y legitimidad. Debido a la complejidad del fenómeno social del fundamentalismo, su gran expansión y las graves consecuencias que conlleva, el Estado va a requerir un gran esfuerzo a la hora de afrontar estas cuestiones.

Como se ha visto en los casos relativos al estatuto personal de la mujer en la confesión islámica, en el caso referente a la ablación femenina, o la promoción de la violencia, el ordenamiento está impelido por las nuevas características poblacionales a reaccionar de manera efectiva frente a cada uno de los problemas que van surgiendo. Algunos casos en esta problemática, no se derivan directamente

del fundamentalismo religioso pero en otras ocasiones sí tienen una clara relación.

Los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y el español parece que no va a ser excepción, van buscando mecanismos para afrontar las muchas y novedosas situaciones que estos fenómenos generan. El reto está en no confundir esta obligación constitucional de protección con una restricción o vulneración del derecho de libertad religiosa u otros derechos íntimamente unidos a él. Y todo ello en el horizonte de seguir avanzando en la construcción de un Estado que sea ámbito de libertad para todos.