



FACULTAD DE DERECHO

**LIBERTAD RELIGIOSA EN  
ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS:**  
La posible reforma de la Constitución.

Autor: Belén Cornago Pérez-Herrero

4º, E-1 BL

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

Abril 2018, Madrid

**Resumen:**

El derecho de libertad religiosa nació de la mano de la democracia norteamericana en el momento de su independencia. En una sociedad caracterizada por el pluralismo religioso, la necesidad de regular las relaciones Iglesia-Estado hacen que Estados Unidos se coloque como pionero en este derecho. Por el contrario, en Europa, debido al pensamiento Ilustrado surgido en Francia y a las guerras de religión vividas en Europa, la libertad religiosa surge con una connotación negativa. Se pretende secularizar una sociedad eminentemente religiosa y por ello se combate directamente con la religión. La Primera Enmienda norteamericana recoge las dos cláusulas religiosas “establishment clause” y “free exercise” en contraposición al artículo 16 de la Constitución española. Dos formas de regular el derecho de libertad religiosa que sin duda va a traer distintas consecuencias en la convivencia de la sociedad civil con las distintas confesiones religiosas.

**Palabras clave:**

Libertad religiosa, Religión, Primera Enmienda, No establecimiento, Libre ejercicio, Laicidad Positiva, Aconfesionalidad, Separación Iglesia – Estado, Constitución, Pluralismo religioso.

**Abstract:**

The right to religious freedom began with the American democracy at the time of its independence. In a society characterized by religious pluralism, the need to regulate Church-State relations makes the United States position itself as a pioneer in this right. On the contrary, in Europe, due to the enlightened thought that arose in France and the religious wars experienced in Europe, religious freedom arises with a negative connotation. The intent of secularizing an eminently religious society, is causing an open fight against religion. As opposed to article 16 of the Spanish Constitution, the First American Amendment includes the two religious clauses "establishment clause" and "free exercise". Two ways to regulate the right of religious freedom that will undoubtedly bring different consequences in the coexistence of civil society with different religious confessions.

**Key words:**

Religious, First Amendment, Non establishment, Free exercise, Secular, Religious pluralism, Religious freedom, Constitution,

## ÍNDICE:

|  |    |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN:   | 4  |
| 2. LIBERTAD RELIGIOSA:   | 5  |
| 2.1 El derecho de Libertad:  | 5  |
| 2.2 La religión: constante en la historia del hombre:  | 7  |
| 2.3 El derecho de Libertad Religiosa:  | 9  |
| 3. LIBERTAD RELIGIOSA EN ESTADOS UNIDOS:   | 11 |
| 3.1 Contexto histórico:  | 11 |
| 3.2 Primera Enmienda: Clausulas religiosas:  | 13 |
| 3.2.1 <i>De Jefferson a Madison:</i>   | 13 |
| 3.3 No establecimiento; “Establishment Clause”   | 16 |
| 3.4 Libre ejercicio; “free exercise of religion”   | 20 |
| 3.5 Conclusión: dos cláusulas religiosas, una misma libertad:  | 22 |
| 4. LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA:   | 24 |
| 4.1 Evolución histórica:   | 24 |
| 4.2 Constitución, artículo 16:   | 27 |
| 4.3 Ley Orgánica de Libertad Religiosa:  | 34 |
| 5. ¿MISMA LIBERTAD, DOS ORDENAMIENTOS?   | 37 |
| 5.1 Diferencias entre ambos modelos, Posible reforma constitucional ¿encajaría el modelo norteamericano en España? | 37 |
| 5.2 Derecho comparado, modelo francés:   | 39 |
| 6. CONCLUSIÓN:   | 43 |
| 7. BIBLIOGRAFÍA:   | 45 |

## 1. INTRODUCCIÓN:

“La religión no es ya el espíritu del Estado... no es ya la esencia de la comunidad sino la esencia de la diferencia”<sup>1</sup> Karl Marx en su obra “La cuestión judía” introduce el clima actual con respecto al aspecto religioso. El reconocimiento del derecho de libertad ideológica y religiosa, es un logro reciente en la historia de la Humanidad. Muchas personas profesan distintas religiones en todo el mundo y le conceden un aspecto fundamental en sus vidas. ¿cómo debe el Estado asumir esta situación? ¿el Estado protege a la religión o se protege asimismo del fenómeno religioso?

A lo largo de la historia las relaciones Iglesia-Estado han sido determinantes para la forma de organización del Estado. Sin libertad religiosa no hay libertad política.<sup>2</sup> Esta afirmación es de total actualidad en el contexto de los Estados constitucionales puesto que el concepto de Libertad religiosa se configuró muchos antes en las antiguas naciones de Europa que el de Constitución<sup>3</sup>. El punto de inflexión para el derecho de Libertad religiosa fue la Ilustración y con ella el cambio de actitud del hombre frente al fenómeno religioso. En un momento en el que se pretendía des establecer la religión de la vida pública, Estados Unidos se independiza y emprende su camino hacia la democracia americana, donde libertad y religión surgieron de la mano. Tanto el modelo europeo como el norteamericano consagraron el principio de laicidad como forma de solucionar la cuestión religiosa ¿en que se diferencian ambos modelos? Lo que se pretende en este trabajo es analizar las dos posturas, y encontrar la raíz de la diferencia en la laicidad europea y norteamericana.

Este trabajo pretende dar una visión distinta al derecho de Libertad religiosa, recordando la importancia que tuvo, dentro del derecho Constitucional, el reconocimiento del mismo. Para ello se ha considerado que el mejor modelo de referencia es el norteamericano frente al europeo. Por ello se va a recordar la importancia del factor religioso en el libre desarrollo de la personalidad de todos los hombres y la necesidad por parte del Estado de garantizarlo.

---

<sup>1</sup> Marx. K *La cuestión judía* 1844 publicada originalmente en el *Deutsch-Französische Jahrbücher*

<sup>2</sup> Coello de Portugal, J. La libertad religiosa de los Antiguos y la Libertad religiosa de los modernos. *Revista de derecho Uned*, núm 7,2010,pag 173

<sup>3</sup> Coello de Portugal, J. La libertad religiosa de los Antiguos y la Libertad religiosa de los modernos. *Revista de derecho Uned*, núm 7,2010,pag 173

## 2. LIBERTAD RELIGIOSA:

### 2.1 El derecho de Libertad:

La Libertad, es un derecho fundamental que tiene el hombre por el mero hecho de serlo. Sabemos que el hombre tiene libertad porque, tal y como explica Santo Tomás en la Suma Teológica, “obra con juicio, puesto que, por su facultad cognoscitiva, juzga sobre lo que debe evitar o buscar.” Dicho juicio se distingue del instinto en que se origina en un análisis racional, y todo juicio racional particular es contingente. Cuando se trata de algo contingente, la razón puede tomar direcciones contrarias, y sobre esta capacidad de elección, sobre esta indeterminación, es sobre la que actúa la voluntad humana, sobre la que se construye el concepto de libertad.<sup>4</sup>

A lo largo de la historia son muchos los autores que han intentado definir la libertad, y el concepto se ha ido acomodando a las necesidades antropológicas de la modernidad.

Este derecho ha sido reconocido en la Constitución Española en su artículo 17 “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad” pero además constituye uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, conforme a lo establecido en el artículo 1.1 CE, y uno de los bienes más preciados del individuo. Se trata del punto de partida y de llegada de toda construcción jurídica y política<sup>5</sup>. Esta concepción del valor “Libertad” implica que la autonomía del ciudadano queda fragmentada en tantas libertades como derechos existen y, a estos, la Norma Suprema les concede la categoría de derechos fundamentales<sup>6</sup>.

El Derecho debe respetar el arbitrio de las personas y los derechos humanos, por ello se entiende que existe una relación entre libertad y derecho de carácter negativa, esto implica que el Estado debe garantizar los cauces para proteger la libertad individual frente al posible poder que el mismo ejerce.<sup>7</sup> La libertad encuentra dos dimensiones; la propia de cada sujeto de su libre desarrollo de la personalidad por medio de los cauces que él decida y por su parte la que entra en colisión con el Estado social en el que se desarrolla, y por tanto la que le permite contribuir en la organización social y los asuntos públicos<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Aquino T *Suma Teológica* Parte I a q 83

<sup>5</sup> Montalvo Jaäskeläinen F. (2014) *Los derechos y las libertades individuales*, En Álvarez Vélez. M(coord.) Lecciones de Derecho constitucional (351-352) Valencia: TIRANT LO BLANCH

<sup>6</sup> Carpinteros, F *Libertad y derecho* , 2016 (1-71)

<sup>7</sup> Carpinteros, F *Libertad y derecho* , 2016 (1-71)

<sup>8</sup> Carpinteros, F *Libertad y derecho* , 2016 (1-71)

¿Como se compaginan estas dos dimensiones? ¿Existen límites a la Libertad? El Tribunal Constitucional aclara esta cuestión afirmando; en primer lugar, que la primacía del derecho de libertad no debe conducirnos a una absolutización de este derecho ya que este sí que es susceptible de restricciones (STC 178/ 1985) no obstante, se establece una reserva de Ley para la regulación de los límites a la libertad “Nadie puede ser privado de su libertad, sino... en los casos y en la forma previstos en la Ley”<sup>9</sup>.

Asimismo, El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado afirmando que el derecho de libertad no es un derecho de pura configuración legal ya que en la determinación de su contenido y desarrollo ha de tenerse en cuenta una serie de principios constitucionales no explicitados en la ley (STC 82/2003 y 158/1996) como consecuencia el legislador podrá fijar y regular sus límites, siempre que exista una “proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta, sin que se puedan establecer privaciones de libertad que rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación” (STC 178/1985 y 341/ 1993)<sup>10</sup>.

Desde una perspectiva histórica, el derecho de Libertad en sus orígenes tenía una finalidad de protección del ciudadano frente a la arbitrariedad de las detenciones y privaciones de libertad sin tener en cuenta la legitimidad del órgano de procedencia o la competencia. La Ilustración cambio este paradigma de forma que la base de las proclamaciones de Estado liberal ha sido el derecho a la libertad personal. Como precedente cabe destacar la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano el 26 de agosto de 1789 en su artículo 7º que comienza “Nul homme ne peut etre accusé, arreté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu’elle a prescrites”.

En España, como consecuencia del régimen no democrático en el que la libertad no gozaba de plena garantía, el constituyente ha sido especialmente riguroso a la hora de regularlo, de forma que a lo largo de los cuatro apartados del art 17 y utilizando mecanismos de naturaleza dispar, se protege jurídicamente la libertad personal.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Montalvo Jaäskeläinen F.(2014) *Los derechos y las libertades individuales*, En Álvarez Vélez. M(coord.) Lecciones de Derecho constitucional (351-352) Valencia: TIRANT LO BLANCH

<sup>10</sup> Perales Ascensión E. Sinopsis artículo 17 de la Constitución española (diciembre 2003) Obtenido en 15/02/2018 <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=17&tipo=2>

<sup>11</sup> Montalvo Jaäskeläinen F.(2014) *Los derechos y las libertades individuales*, En Álvarez Vélez. M(coord.) Lecciones de Derecho constitucional (351-352) Valencia: TIRANT LO BLANCH

Por último, respecto de la titularidad del derecho, es reconocida únicamente a las personas físicas, que por el mero hecho de serlo tienen capacidad para el goce y ejercicio del derecho (STC 64/1988) Además, dada su conexidad con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad, se reconoce tanto a los nacionales como a los extranjeros, quedando excluidas las personas jurídicas.

## **2.2 La religión: constante en la historia del hombre:**

Nuestra Constitución en el artículo 10 establece la inviolabilidad de la dignidad de la persona y la necesidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad. La religión interviene poderosamente en la construcción de la identidad personal y comunitaria del hombre.<sup>12</sup> La identidad remite siempre a una cuestión fundamental que es el origen y el destino del ser humano. La religión se encarga de conectar al hombre con sus intuiciones más profundas y hace que el sujeto se oriente en estos terrenos.

La religión es transmitida y enseñada a través de la cultura, y precisamente no hay momento histórico en el que la sociedad no haya tenido creencias o instituciones religiosas. Es propio de la religión que la humanidad modifique constantemente su actitud hacia ella. En la era antigua, las civilizaciones eran politeístas y les atribuían a los dioses todo lo que no eran capaces de explicar con la razón, una de las primeras funciones que tuvo la religión fue explicar el funcionamiento del cosmos y el origen de la creación. Con la llegada de las religiones monoteístas entre las que destacan el judaísmo, el islam y el cristianismo, el hombre empieza a tomar conciencia de sí mismo, mirando al más allá y encuentra su fundamento en Dios.

¿Podría afirmarse por tanto que el hombre es un ser religioso por naturaleza? ¿cómo influye la religión en el libre desarrollo de su personalidad? La religión, como virtud humana, se define como la virtud moral que inclina al hombre a dar a Dios el respeto, el honor y el culto debidos como primer principio de la creación y gobierno de todas las cosas. Hace referencia a ese fenómeno que, en diversos modos, encontramos en todas las distintas culturas y civilizaciones, y que responde a la naturaleza trascendente del hombre. Sin embargo, debemos ser conscientes

---

<sup>12</sup> Rubio López, J (2011) *Hacia la primera libertad*. Navarra: EUNSA

de que no definimos la religión como una capacidad humana o potencia para la búsqueda de lo trascendental, sino como una dirección natural del hombre hacia lo divino.

Son muchos los que han abordado el tema de la religión entre otros, Santo Tomás, en la Suma Teológica II-II q85 a 1 define al hombre como un ser real y a la misma vez limitado y dependiente. Al ser inteligente, es consciente de su ser y sus posibilidades, así como su limitación, lo cual le conduce al reconocimiento de la verdad de Dios, ya que busca y siente “la necesidad de ser guiado y dirigido por un ser Superior, y este ser, sea el que sea, es el Ser que todos llamamos Dios”

Por su parte también autores como B. Russel entienden la religión como una explicación que se da al hombre por el miedo que tiene a lo desconocido o como un proceso de alienación (Karl Marx, “la religión es el opio del pueblo”)

Asimismo, Charles Taylor asegura que sabremos quienes somos si estamos orientados en el espacio moral, un espacio en el que el sujeto debe discernir el bien y el mal, lo que es digno hacer y lo que no lo es, lo que tiene importancia y lo que es trivial o accesorio. <sup>13</sup>

Sin duda, el hombre no puede silenciar estas intuiciones puesto que sin ellas no alcanzaría a comprenderse. <sup>14</sup> El hombre necesita encontrar un horizonte, una historia para poder dar razón de su origen, presente y fin. <sup>15</sup> Ante esta necesidad la religión ha tratado de establecer ese horizonte y un espacio donde dar respuesta a sus preguntas. Ninguna institución como esta permite al sujeto descubrir su origen y su destino, redimir el pasado y abrir el futuro a la esperanza. En este contexto surge la libertad religiosa que hace posible que el sujeto perciba y responda a sus interrogantes.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Op Rubio López, J 2011 p8

<sup>14</sup> Op Rubio López, J 2011 p8

<sup>15</sup> Taylor. Ch, *Sources of the Self*,

<sup>16</sup> Guardini, R *La aceptación de si mismo*, Madrid: Ediciones cristiandad, 1979, 35 y s



### 2.3 El derecho de Libertad Religiosa:

La libertad religiosa es un derecho fundamental muy vinculado al proceso de consolidación de un Estado Constitucional de derecho. Tanto es así, que el constitucionalista español Javier Pérez Royo afirma que “la lucha por el reconocimiento de la libertad religiosa ha sido el motor que acabaría desembocando en el Estado Constitucional.”<sup>17</sup>

Historia y Constitución han ido siempre de la mano, por eso a pesar del tiempo transcurrido, el derecho de libertad religiosa sigue siendo uno de los temas de debate en la actualidad y cabe preguntarse, ¿Cuáles son las raíces históricas de la libertad religiosa en los Estados constitucionales de corte occidental? Se puede atribuir el punto de inflexión en la época moderna, tras las guerras y el anhelo de la paz del hombre, en un momento en que afloran los pensamientos filosóficos ilustrados y la Reforma protestante confluyendo con la fuerte tradición cristiana se buscan estructuras que respeten los derechos humanos y favorezcan al desarrollo de los intereses políticos del Estado. En este panorama se empiezan a reconocer derechos inherentes a toda persona, de carácter inviolable por el mero hecho de serlo. Así queda consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

“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”

En concordancia con el artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 en el que quedan establecidos los límites de la libertad religiosa:

“La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

Son muchos los modelos que han intentado abordar las relaciones entre iglesia y Estado; en un primer momento el Estado quedaba directamente vinculado a una religión en concreto, de tal manera que los poderes de ambas instituciones quedaban estrechamente vinculados, es el modelo de estado confesional que en la actualidad siguen los países islámicos, por otro lado, hay que distinguir el modelo confesional puramente formal que continua con la tradición

---

<sup>17</sup> Pérez Royo, J, *Sobre la Libertad religiosa en la historia constitucional española*, Revista española de Derecho Constitucional, Núm 61.

histórica pero en los aspectos formales, ya que no presenta los aspectos puros del modelo anteriormente explicado, como paradigma de este modelo, Gran Bretaña en la que la iglesia anglicana está presidida por la Reina, sin que esto trascienda y tan solo sea una mera formalidad. Asimismo, el modelo aconfesional entendido como un modelo de cooperación que es el que establece la Constitución española y que entrare a desarrollar con posterioridad y finalmente el modelo de estado Laico, en el que la religión comprende el ámbito personal del ciudadano y el Estado queda apartado. Francia y Norteamérica son los más representativos.

Por todo esto, para la doctrina, la constitucionalización de la libertad religiosa supone la desdramatización del hecho religioso<sup>18</sup>, teniendo en cuenta la importancia que el factor religioso ha tenido para el hombre y la necesidad de que se estableciesen unos parámetros de regulación para el libre ejercicio de la misma, que fuesen compatibles con la democracia.

En definitiva, aludiendo al discurso que el Papa emérito Benedicto XVI, con motivo de los 60 años de la Declaración de Derechos Humanos, pronunció ante la Asamblea General de Naciones Unidas, sería inconcebible que los creyentes tuviesen que suprimir una parte de sí mismos (la fe) para poder ser ciudadanos activos<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Montalvo Jaäskeläinen F.(2014) *Los derechos y las libertades individuales*, En Álvarez Vélez. M(coord.) Lecciones de Derecho constitucional (371-372) Valencia: TIRANT LO BLANCH

<sup>19</sup> Alonso A y Corral C. Benedicto XVI ante la Onu 2008 *UNISCI Discussion Papers, No 17 (Mayo / May 2008)* <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72512/UNISCI%20DP%2017%20-%20Alonso%20y%20Corral.pdf> obtenido el 13/02/2018

### **3. LIBERTAD RELIGIOSA EN ESTADOS UNIDOS:**

#### **3.1 Contexto histórico:**

El panorama actual que ofrece Estados Unidos de Norteamérica, es el de una sociedad caracterizada por el pluralismo religioso, que acoge a todo tipo de creencia que existe en el mundo. Son muchos los factores que han generado esta situación, en primer lugar, la constante inmigración que desde sus inicios ha experimentado; en el periodo colonial, el grupo religioso mayoritario estaba formado por los diversos grupos nacidos de la reforma protestante que, precisamente habían abandonado sus países de origen por motivos religiosos y seguían siendo partidarios de la unión entre Estado y religión. En épocas posteriores empezaron a incrementarse los católicos y judíos procedentes de Irlanda, Alemania, Italia y los países de centro-Europa que otorgan un carácter predominante a la tradición judeocristiana en la esfera norteamericana.

Por otro lado, con el tiempo y la consolidación del estado social de derecho, ha habido un incremento de intervención estatal, se inició en el ámbito de la educación, ya que el área educativa tuvo una estrecha vinculación con el factor religioso, y con las inmigraciones de los hispanos durante el siglo XIX y la proliferación de las escuelas parroquiales, el Estado quiso abrirse paso surgiendo así la escuela pública. A raíz de esto, la sombra del Estado se hizo presente en muchas de las actividades dejando poco espacio al libre arbitrio de sus ciudadanos, hasta tal punto que se corre el riesgo de entender que la autonomía del sujeto es una concesión del Estado.<sup>20</sup>

Este clima de pluralismo religioso y la dificultad de respetar las particularidades de cada uno de ellos, provocó un aumento de conflictos con normativas o prácticas estatales que inferían en la conducta de los creyentes. Lo que se pretendía era secularizar una sociedad claramente religiosa, autorizando su práctica entre los muros de las iglesias y mezquitas sin que trascendiese a lo público<sup>21</sup>. Ante este panorama se respondió con las cláusulas religiosas que serán objeto de estudio en los siguientes epígrafes.

---

<sup>20</sup> Rubio López, J *El derecho de libertad religiosa en USA*, Ius canonicum, Enero 2011 (1-13)

<sup>21</sup> Rubio López, J *El derecho de libertad religiosa en USA*, Ius canonicum, Enero 2011 (1-13)

Una vez introducida de forma breve el panorama de la sociedad norteamericana referido al factor religioso, es necesario recalcar los cauces a través de los cuales este derecho queda garantizado. Estados Unidos es una república federal constitucional de forma que la separación de poderes está repartida entre un poder central y unos estados asociados. Refiriéndonos al tema que nos ocupa, la libertad religiosa está protegida tanto a nivel federal como a nivel estatal a los tres niveles, legislativo, ejecutivo y judicial.

Por lo que se refiere al poder legislativo, será objeto de desarrollo en los apartados siguientes sin embargo es necesario explicar el sistema jurisdiccional norteamericano. Hay que distinguir dos esferas, estatal y federal, y tres instancias en cada una de ellas, ya que el derecho de libertad religiosa ha recibido el amparo de los Tribunales en las dos órdenes. En primer lugar, en el nivel federal se encuentra el Tribunal Supremo de los EE. UU (*United States Supreme Court*, USSC), los Tribunales de Apelación (*Courts of Appeal* o *Circuits*) y los de Distrito (*District Courts*) la jurisprudencia federal se encarga de cuestiones federales e interestatales.

En segundo lugar, en el ámbito estatal también se cuenta con tres instancias, los tribunales estatales se componen de Cortes Supremas en cada estado, de Tribunales de Apelación, y de Juzgados de primera instancia<sup>22</sup>.

A pesar de que en estos últimos años, se ha agudizado el federalismo norteamericano, insistiendo en la soberanía estatal, la doctrina de los Tribunales federales, en especial la del Supremo, sigue siendo determinante en la comprensión de los derechos civiles pues ya advertía el juez asociado Robert Jackson en un conocido aforismo del Supremo escrito en 1953 “ There is no doubt that, if there were a super-Supreme Court, a substantial proportion of our reversals of state courts would also be reversed. We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final”<sup>23</sup>

Asimismo, en las dos últimas administraciones republicanas (del 2000 al 2008) el poder ejecutivo en el panorama nacional ha incrementado de forma decisiva la defensa y promoción de esta libertad por medio de los Departamentos de Justicia y de Estado.

---

<sup>22</sup> Rubio López, J *El derecho de libertad religiosa en USA*, Ius canonicum, Enero 2011 (1-13)

<sup>23</sup> Corte Suprema Estados Unidos *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, at 540 (1953) Jackson, J Concurring in the result)

Sin duda, la religión, tal y como establece Tocqueville en su obra “la democracia en América”, ha jugado un papel fundamental en la construcción del modelo político americano.

### **3.2 Primera Enmienda: Clausulas religiosas:**

El punto de partida para analizar el derecho de libertad religiosa norteamericano es la Constitución de 1787, que fue aprobada sin comprender un cuerpo de derechos, pero dejando la puerta abierta a la introducción de Enmiendas en su artículo cinco. Pronto se vio la necesidad de incluir un conjunto de derechos fundamentales que van a constituir la declaración de derechos o el *Bill of the Rights* federal, de esta forma entre los años 1789 en el que se incluyeron las 10 primeras enmiendas, que fueron ratificadas dos años después, hasta 1992 se presentaron 27 enmiendas.

Entre ellas, el derecho de libertad religiosa, que quedó recogido en la Primera de todas. En un primer momento los padres fundadores no realizaron ninguna prohibición del posible establecimiento de una Iglesia estatal, solamente consagraron un límite respecto de la necesidad de tener condiciones religiosas para acceder a cargos públicos, queriendo corregir la tradición inglesa que obligaba a los aspirantes a cualquier cargo público a prestar su conformidad con la iglesia anglicana. Pero existieron dos posturas ante la proclamación de este derecho:

#### **3.2.1 De Jefferson a Madison:**

Para entender la Primera Enmienda norteamericana, y así el estatuto de la libertad religiosa de Estados Unidos, hay que acudir a las dos lecturas que la libertad religiosa ha tenido sobretodo en el momento de su proclamación y que posteriormente ha seguido alimentando decisiones doctrinales y jurisprudenciales de mano del tolerante “Wall of separation” de Thomas Jefferson al positivo “Free exercise of religion” de James Madison<sup>24</sup>. Ambos habían recibido el influjo de John Locke en base a su idea inicial de tolerancia religiosa, que entendía que los conflictos y las guerras de religión no se deben “a la diversidad de opiniones (que no puede evitarse), sino a la negativa de tolerar a aquellos que son de opinión diferente”<sup>25</sup> y para ello la tolerancia es el

---

<sup>24</sup> Rubio López, J (2011) *Hacia la primera libertad*. Navarra: EUNSA

<sup>25</sup> Locke, J *Carta sobre la tolerancia*, Madrid: Tecnos, 1988 (65)

primer paso para comprender la religión. En definitiva, Locke entendía la libertad religiosa de forma negativa, puesto que le otorgaba una primacía al poder legislativo y consideraba el factor religioso como un asunto privado, que el Estado concedía para garantizar el bienestar social.

Sin embargo, el panorama de Estados Unidos tras la Revolución ofrece una visión muy distinta en base a dos factores de influencia. En primer lugar, la naciente América estaba tomando conciencia de su soberanía, no existía la supremacía estatal del poder legislativo que proponía Locke, y decidieron limitar el poder político primando el principio de *Judicial review*, otorgándole una instancia independiente al juez. Asimismo, los grupos cristianos establecidos en suelo americano, fueron perseguidos en Europa precisamente por no entender el destierro de la conciencia religiosa al ámbito privado y la concepción de Locke de diferenciar entre el ámbito religioso y el secular les habría parecido absurda, pues para ellos el que era soberano de todo y gobernaba toda la vida era precisamente Dios <sup>26</sup>.

Sin duda, tras la Revolución una de las primeras consecuencias fue la necesidad de proceder a la separación entre Iglesia y Estado debido a las experiencias negativas por la vinculación tan estrecha que había existido entre la Iglesia anglicana y la metrópoli que hizo que Estados como Georgia, North Carolina o New York, eliminasen el apoyo económico estatal a la iglesia anglicana. Pero esta necesidad de separación no se basaba en las ideales ilustradas procedentes del pensamiento de Locke, sino desde una perspectiva creyente tomando como punto de partida la conciencia del individuo ante Dios y no en el interés político del legislador, esgrimiendo argumentos de carácter religioso más que de naturaleza secular.

En este contexto encontramos las dos figuras de Thomas Jefferson y James Madison. Sus planteamientos van a delimitar la evolución de la concepción de libertad religiosa americana. En primer lugar, Jefferson, uno de los cuatro presidentes norteamericanos, aborda el problema de la relación entre Iglesia y Estado desde un punto de vista estadista. Todo empieza por la redacción de una carta privada a la Asociación baptista de Danbury, en Washington el 1 de enero de 1802, en la que, refiriéndose al texto de la Primera enmienda, considera que es necesario la creación de un muro de separación entre Iglesia y Estado y adicionalmente, establece una estricta distinción entre creencia y conducta de manera que, la protección absoluta de la cláusula de la

---

<sup>26</sup> Rubio López J, El camino hacia la Primera Enmienda, Hacia la primera libertad, (137) Navarra: EUNSA

primera enmienda solo alcanza a las creencias, y por el contrario las conductas pueden verse limitadas por el control del gobierno. A diferencia de Jefferson, la actitud de James Madison hacia la religión fue muy distinta<sup>27</sup>. Él prescinde de la diferencia entre creencia y conducta y hace hincapié no solo en los intereses de la sociedad sino también en las necesidades de la religión<sup>28</sup>. Madison entendía la religión como *un derecho y deber de todo hombre para su Creador*, de forma que es una obligación anterior como ciudadano a la que tiene con la sociedad civil.<sup>29</sup> En definitiva, esta visión es la que amplía la libertad religiosa y la que quedó reflejada en el *Bill of the Rights* y en las diferentes Constituciones estatales.

Jefferson y Madison personalizaron la evolución del sistema mismo de libertad religiosa y en el momento en el que los constituyentes plantearon la redacción de esta enmienda, existían dos posiciones muy diferenciadas ante la proclamación del derecho de libertad religiosa en el conjunto de derechos de la Constitución estatal.

Por un lado, los partidarios, entendían que, como derecho individual, debía encontrar protección estatal más allá de los límites nacionales, pero los detractores y federalistas lo consideraban innecesario y contrario a los principios del gobierno consagrados ya en el texto constitucional. Asimismo, también se planteaba el debate sobre la protección de la religión al margen o no del Estado. Finalmente, se establecen dos cláusulas, la de libre ejercicio (*free exercise*) y la de no establecimiento de la religión (*non-establishment*) que aseguran que “el Congreso no promulgará ley alguna para el establecimiento de una religión o para la prohibición del libre ejercicio de la misma”<sup>30</sup>. De esta forma se empieza a consolidar el principio de separación Iglesia- Estado como una forma de proteger a la religión de las corrupciones de la política, así entendía Robert Williams que debía existir un muro entre “el jardín de la Iglesia y la selva del mundo”. Ambas engloban por una parte el pensamiento de Jefferson que conseguía separar las esferas aludidas anteriormente y también hacía posible el libre ejercicio de la religión que era el objetivo perseguido por Madison.

Asimismo, el pluralismo religioso previamente mencionado, es el factor que hizo que se consagrara este nuevo modelo de integración política de la separación institucional entre la

---

<sup>27</sup> Ketchman. R, *James madison and religión: a new Hypothesis* (175)

<sup>28</sup> Ketchman. R, *James Madison A biography*

<sup>29</sup> Madison. J, *Memorial and Remonstrance against Religious assessments*. Junio 1785 (299)

<sup>30</sup> Constitución EEUU 1787, Primera Enmienda.

Iglesia y el Estado y se le concediese a la libertad religiosa el valor iusfundamental. Tanto es así, que la experiencia norteamericana ha sido vista como el pionero de positivación del derecho de libertad religiosa y la consagración del principio Iglesia- Estado, pudiendo afirmar que es el gran exponente constitucional de la secularización del Estado.

En definitiva, la introducción de las enmiendas religiosas se centró en tres cuestiones fundamentales, el miedo a que se impusiese una religión de carácter nacional que no respetase la diversidad religiosa de la nación; la garantía del derecho individual del libre ejercicio de la religión o libertad de conciencia frente a un posible ataque del mismo por parte de la forma de organización por el gobierno federal y constituir un respaldo para la religión ante el silencio de la Constitución federal<sup>31</sup>.

### **3.3 No establecimiento; “Establishment Clause”**

La Cláusula religiosa de no establecimiento, encabeza la Primera enmienda: “El Congreso no promulgará ley alguna para el establecimiento de una religión”. Según esta cláusula, el Congreso federal renuncia a establecer una religión en el ámbito nacional y deja margen a los Estados para el establecimiento religioso propio. Esta enmienda fue ratificada en 1789 pero no se aplicó hasta 1947 en la emblemática sentencia *Everson v. Board of Education* en la que, por primera vez, la Corte Suprema analiza la constitucionalidad de una normativa estatal bajo el parámetro de *Establishment Clause*.

No todos los Estados acogieron la cláusula de la misma manera, es posible distinguir en este sentido, dos modelos: el del Sur (Virginia), y el del Norte (Massachusetts).<sup>32</sup> El carácter religioso de la población influyó, en un primer momento, en el tipo de establecimiento. En el anglicano del sur, los colonos que habían ocupado esas tierras no lo hicieron por motivos religiosos y en consecuencia fueron los primeros en superar la situación de establecimiento religioso. Por el contrario, los puritanos del Norte se establecieron en Norteamérica por las persecuciones que habían sufrido en Inglaterra y tenían profundas convicciones religiosas que trasladaban a su vida pública. Desde un primer momento se dejó un margen de interpretación de la cláusula a los diferentes Estados y poco a poco será consolidada por el Tribunal Supremo.

---

<sup>31</sup> Vázquez Alonso, V (2012) *Laicidad y constitución* (60- 83)

<sup>32</sup> Rubio López J, *El camino hacia la Primera Enmienda, Hacia la primera libertad*, (171) Navarra: EUNSA



Hay que destacar la situación de la colonia de Virginia, tal y como se ha explicado anteriormente, se mantuvo la oficialidad de la iglesia anglicana como medio de control social del nuevo territorio tras la independencia de la Corona inglesa, esto produjo una serie de persecuciones a las minorías protestantes y católicas que incrementó la necesidad de establecer un muro de separación entre la Iglesia y el Estado siguiendo la metáfora de Thomas Jefferson, y de proclamación de la libertad Religiosa como derecho fundamental más allá de la mera tolerancia que se había proclamado en la Declaración de Derechos del pueblo de Virginia en 1776. Por esto fueron los primeros en superar el no establecimiento religioso.

James Madison fue uno de los precursores de esta causa sobretodo en el ámbito de la financiación por parte del Estado de la educación religiosa. Lo fundamentaba en cuatro premisas: que la verdadera religión no necesita el soporte de la ley, que ninguna persona, tanto creyente como no creyente, debe ser requerida para financiar cualquier tipo de institución religiosa; que la buena salud de la sociedad requiere que las mentes de los hombres sean totalmente libres y que el establecimiento de una religión oficial conlleva inevitablemente persecuciones contra los disidentes.<sup>33</sup>

Con estos precedentes, hay que volver la vista al primer momento que se puso en práctica la cláusula de no establecimiento cuando un ciudadano de Nueva Jersey, Everson, denunció una normativa estatal en materia educativa por la que los padres católicos podrían beneficiarse de un programa de reembolso de los gastos causados por el transporte escolar de sus hijos matriculados en escuelas parroquiales. Everson alegaba que vulneraba la Primera Enmienda de la Constitución, en concreto de la prohibición del establecimiento de una religión nacional. Con una mayoría de 5 votos frente a 4, el Tribunal Supremo abordó el caso, previamente citado, desde un parámetro de neutralidad del Estado y por primera vez se cita el principio proclamado por Jefferson y se aplica la Primera Enmienda de la siguiente manera: “La cláusula sobre establecimiento de religión de la Primera Enmienda significa al menos esto:

“Ni un Estado ni el Gobierno Federal pueden instituir una iglesia. Ni pueden aprobar leyes que ayuden a una religión, ayuden a todas las religiones o prefieran una religión a otra. (...) No puede exigirse impuesto alguno, sea grande o pequeña su cuantía, para apoyar

---

<sup>33</sup> Corte Suprema, *Everson v board of Education*, apéndice suplementario

instituciones o actividades religiosas, se llamen como se llamen y sea cual sea la forma que adopten para enseñar o practicar la religión.”<sup>34</sup>

En las palabras de Jefferson, como ya se ha anticipado previamente, la cláusula contra el establecimiento de religión por la ley pretendía erigir “un muro de separación entre iglesia y Estado”. En este sentido, se proclama la neutralidad estatal para conseguir una justa igualdad entre los ciudadanos, el Estado tiene que ser un contribuyente con los ciudadanos creyentes o no, no su adversario y por tanto afirma que la subvención al transporte escolar es un servicio general independiente de la fe y denegarla supondría una violación a la neutralidad del Estado en materia religiosa. Con esta sentencia se define el alcance de la cláusula de no establecimiento.

Cabe plantearse ¿se respetó el sentido original de la cláusula de no establecimiento? Habían pasado 70 años desde la introducción de la Primera enmienda, en un momento en el que la sociedad era profundamente religiosa y la religión alcanzaba la vida pública. Por esta razón, lo que nunca pudo pretender la enmienda fue separar la religión de la vida pública<sup>35</sup>.

Sin duda, a partir de la decisión *Everson* lo que se pretende es establecer unos parámetros para el análisis de la constitucionalidad de las distintas disposiciones religiosas, que se completa con el conocido “*Lemon Test*” que surge de la decisión “*Lemon v. Kurtzman*” en 1971. Este nuevo método para evaluar el cumplimiento del *Establishment Clause*, mediante tres requisitos que debe cumplir la ley, de forma que, si se incumple cualquiera de ellos, se declarará la inconstitucionalidad de la misma<sup>36</sup>.

Los requisitos son los siguientes; en primer lugar, la ley tiene que tener un propósito legislativo secular, en segundo lugar, su efecto principal no tiene que ser ni inhibir ni proporcionar la religión y por último su aplicación no debe propiciar un enmarañamiento (*excessive entanglement*) entre el Estado y la religión.<sup>37</sup>

En concreto, los dos primeros peldaños del test ya habían sido avanzados por el Tribunal en 1963 en la Sentencia *School District of Abington Township, Pennsylvania v. Schempp*, al haber

---

<sup>34</sup> Corte Suprema, *Everson v board of Education*,

<sup>35</sup> Rubio López J, El camino hacia la Primera Enmienda, Hacia la primera libertad, (176) Navarra: EUNSA

<sup>36</sup> *Lemon v Kurtzman* 1971. 403 U.S 602 Burger Court of Justice

<sup>37</sup> Vázquez Alonso. V (2012) *Las tentativas de la Supreme Court de Racionalizar la aplicación de la Establishment Clause a través de un test de constitucionalidad*, En Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Laicidad y constitución* (60- 83)

declarado la inconstitucionalidad de una normativa que establecía que debía llevarse a cabo una oración al inicio de cada jornada escolar en los colegios públicos. En consecuencia, el Tribunal tuvo que examinar la constitucionalidad de una norma del estado de Pennsylvania, que exigía que se leyese diez líneas de la Biblia antes de cada jornada escolar. Esta ley determinaba que la lectura no debería ir acompañada de ningún comentario y que los alumnos que quisieran con permiso de sus padres podrían ausentarse.

¿Estaría el Estado sobrepasando los límites impuestos por la *Establishment clause*? El Tribunal Supremo se responde con los que serán años más tarde los parámetros de constitucionalidad del *Lemon test*. En este último, también se examinaban dos normas del estado de Pennsylvania y de Rhode island en materia educativa relativas a la financiación de los profesores de colegios privados que incrementaba por ser profesores de colegios religiosos. Asimismo, se declara la inconstitucionalidad de la norma en base a la creación del test como fruto del fallo de la Corte Suprema.

Por otro lado, para la determinación del último de los requisitos (cuando una norma crea un *excessive entanglement* entre el Estado y la religión) la sentencia establece que los jueces deberán tomar en consideración lo siguiente: primeramente, el carácter y los propósitos de las instituciones beneficiadas por la norma, por otro lado, la naturaleza de la ayuda que el Estado provee y por último la relación resultante entre el Estado y la autoridad religiosa.<sup>38</sup>

¿Qué aplicabilidad ha tenido este parámetro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo?

El estatus del *Lemon test* ha sido especialmente débil dentro del Tribunal, tanto es así que desde la década de los ochenta, diversos jueces han querido eliminar este criterio de interpretación de la *Establishment clause*.<sup>39</sup> El problema principal que han puesto a la aplicación del *Lemon test*, es la ausencia de justificación, desde el punto de vista histórico-político, de la existencia de un límite constitucional estricto al reconocimiento de la religión en la vida pública americana.<sup>40</sup> Lo que hizo que se abandonase la aplicación de este tripartito test, fueron las incongruencias que se dieron en cada uno de los apartados; el primero se basa en la presencia de un fin secular en la

---

<sup>38</sup> Vázquez Alonso. V (2012) *Las tentativas de la Supreme Court de Racionalizar la aplicación de la Establishment Clause a través de un test de constitucionalidad*, En Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Laicidad y constitución* (60- 83)

<sup>39</sup> Vázquez Alonso V. *Laicidad y Constitución*, 2012 (65) op p20

<sup>40</sup> Vázquez Alonso V. *Laicidad y Constitución*, 2012 (66) op p20

medida adoptada, es decir si el fin de la medida fuera secular no habría establecimiento religioso. Lo que choca directamente con la historia de la cláusula, ya que esta se instituyó buscando la utilidad social de la religión como se ha explicado anteriormente.

Pasando por la segunda medida, el análisis de si la medida proporciona o inhibe la religión. En el momento de redacción de la Enmienda los defensores del no establecimiento, lo eran sobre la base que el establecimiento era prejudicial para la religión<sup>41</sup> por lo que resulta contradictorio con el propósito inicial de la misma.

En definitiva, parece que el test no se ajusta al verdadero significado que la cláusula de no establecimiento de la Primera enmienda que ha hecho ciertos sectores doctrinales y el propio Tribunal Supremo hayan hecho importantes modificaciones en su contenido y hayan acudido a nuevos criterios de aplicación como el *Endorsement test* o el *Coercion test*.

### 3.4 Libre ejercicio; “free exercise of religion”

La segunda cláusula religiosa de la Primera enmienda ha sido objeto de confusión debido a las expresiones utilizadas por los constituyentes, dice así: “El Congreso no promulgará ley alguna para la prohibición del libre ejercicio de la religión”

¿Es prohibir en este sentido sinónimo de hacer imposible una conducta? ¿Supone el libre ejercicio de la religión algo más que el reconocimiento de un derecho de conciencia? Empezando por el término *to prohibit*, el Tribunal Supremo entendió que esta “prohibición” era el centro de la cláusula de libre ejercicio. Entendió el Alto Tribunal que una mera limitación al libre ejercicio de las conductas religiosas no constituye una violación a esta cláusula. Solo aquellas conductas que hagan *de facto* imposible el ejercicio de este derecho constituirán una violación de esta cláusula.<sup>42</sup>

James Madison cuando planteó esta enmienda en el Congreso lo que pretendía era proteger los derechos de conciencia en su plenitud, proteger el libre ejercicio de la religión en sus más amplios términos. Por su parte cuando se introdujo el término *free exercise*, se determinó en cierta manera el alcance y contenido de la cláusula. En primer lugar, se asentaron los límites del

---

<sup>41</sup> Vázquez Alonso V. Laicidad y Constitución, 2012 (176) op p20

<sup>42</sup> McConnell M.W, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion* (1986) p.1486

objeto de protección, es decir si solo protege a la creencia o si se incluye también la conducta. Segundo, si la cláusula se refiere a un nivel individual de práctica del hecho religioso, o contempla también unos niveles institucionales y sociales y, por último, si el alcance de protección afecta solo a lo religioso o por el contrario también se protege la libre creencia con respecto a la ciencia o la historia.<sup>43</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado a su vez, de delimitar el alcance de esta cláusula. Hay que destacar el papel que jugó la decisión en 1940 *Cantwell v Connecticut*. Por primera vez se plantea si las conductas religiosas están incluidas en la cláusula de libre ejercicio, ya que los Cantwell son testigos de jehová y parte de su religión implica la expansión de su fe, ¿estaría protegida por la cláusula de libre ejercicio las conductas de proselitismo? Aunque, en un primer momento de manera limitada se admitieron estas conductas, pronto se esclareció la discusión afirmando que tanto la acción como la opinión, conducta y creencia, quedan incluidas dentro de la esfera de *free exercise* de la Enmienda.

En relación con lo anterior, si la cláusula protege las conductas, exige que se proteja el ámbito social-público de las creencias religiosas, ya que, si las creencias aluden a una dimensión individual del hombre, la conducta tiene una proyección externa o pública que incorpora aspectos sociales o institucionales.<sup>44</sup>

Finalmente, en el proceso de delimitación de la cláusula de libre ejercicio, se introduce un nuevo planteamiento. ¿Están todas las creencias amparadas por la Enmienda o solo las religiosas? si se protegiesen todo tipo de creencias y no solo las religiosas, la religión quedaría reducida a ideología y no tendría la necesidad de separarse de la libertad de pensamiento, de conciencia o de expresión y no necesitaría una mención especial. Pero ¿se protege únicamente la conciencia creyente bajo la *free exercise clause*? La única explicación lógica que se ha dado a esta cuestión es que en el momento histórico en el que se redactó la cláusula, se puso de manifiesto la distinta naturaleza que exigía la fe religiosa frente a otras formas de juicio. El hombre creyente no está ante el Estado del mismo modo que el hombre que no lo es, puesto que para el creyente existen dos autoridades la espiritual y la estatal.<sup>45</sup> Sin duda así se entendió en la Norteamérica

---

<sup>43</sup> Rubio López J, Hacia la primera libertad, (186) Navarra: EUNSA op 18

<sup>44</sup> Rubio López J, Hacia la primera libertad, (183) Navarra: EUNSA op 18

<sup>45</sup> pag 188 hpl Rubio López J, Hacia la primera libertad, (188) Navarra: EUNSA op 18

preconstitucional, donde además se consideraba en un escalafón superior a la autoridad espiritual. Madison encarnó esta idea en su obra “Memorial and Remonstrance” cuando advertía que:

“Antes de que algún hombre pueda ser considerado miembro de la sociedad civil, se le debe considerar sujeto al Gobernador del Universo: y si cualquier miembro de una sociedad civil, cuando entra en una asociación subordinada, debe hacerlo con una reserva de su deber hacia la autoridad general, con mayor razón todo hombre que llega a ser miembro de la sociedad civil debe hacerlo dejando a salvo su fidelidad al Soberano Universal <sup>46</sup>”.

En definitiva, se puede afirmar, al analizar el contexto histórico de la Enmienda, que la conciencia protegida en la cláusula de libre ejercicio de la religión era la religiosa. Esto no implica que la de los ateos o los agnósticos no quede suficientemente protegida por medio de la cláusula de libertad de expresión y de prensa, puesto que lo que pretendía evitar la cláusula de no establecimiento era precisamente toda forma de discriminación hacia quienes carecieran de religión. Lo que sí supondría un trato discriminatorio sería considerar de igual manera aquello que, en sí mismo, es distinto. <sup>47</sup>

### **3.5 Conclusión: dos cláusulas religiosas, una misma libertad:**

Sin duda, tras el análisis de cada uno de los apartados de la Primera Enmienda, se puede afirmar que ambas se incluyeron al servicio de un único derecho, el de libertad religiosa y su objetivo era garantizarla. Como hemos podido comprobar, esto no siempre ha sido así; desde un primer momento hubo distinción entre ambas y una de los problemas recaía en la forma de interpretación de las cláusulas, si esta debe ser autónoma o de manera unitaria. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, ha sido habitual considerar cada una de las cláusulas de forma autónoma.

En consecuencia, surge una doctrina separada sobre libre ejercicio y otra sobre no establecimiento. <sup>48</sup> Esta separación también se ha dado en la doctrina pudiendo destacar la opinión del constitucionalista Laurence Tribe, que defiende la libertad religiosa como una manifestación más de la autonomía del sujeto y define la relación entre las cláusulas como las que existe entre el suelo (el libre ejercicio como libertad individual) y el techo (las exigencias

---

<sup>46</sup> Rubio López J, Hacia la primera libertad, (190) Navarra: EUNSA op 18

<sup>47</sup> Rubio López J, Hacia la primera libertad, (190) Navarra: EUNSA op 18

<sup>48</sup> Rubio López J, Hacia la primera libertad, (193) Navarra: EUNSA op 18

del no establecimiento)<sup>49</sup>. Asimismo, Leo Pfeffer habla de separación y la conjuga con la libertad como si se exigieran recíprocamente: “ el principio de separación y libertad fue concebido como un principio unitario (...) separación garantiza libertad y libertad exige separación<sup>50</sup>”.

Esta consideración autónoma es compatible con el objetivo final de ambas de garantizar un único derecho. Sin duda, lo que pretende esta separación en su valoración, es ofrecer una visión coordinada de las cláusulas, recordemos que la cláusula de no establecimiento (*establishment clause*) quiso impedir el respaldo federal de una religión, al tiempo que se dejó esta cuestión en los límites del ámbito estatal y por su parte, la cláusula de libre ejercicio (*free exercise clause*) amparó el derecho de los creyentes a ejercer libremente su religión, sin obstáculos o limitaciones en su ejercicio.

Ambas están al servicio de la garantía de la libertad religiosa, los constituyentes centraron su objetivo en que ambas cláusulas protegieran la libertad religiosa desde todas las perspectivas, que desde luego han conseguido mantener hasta el día de hoy. <sup>51</sup>

---

<sup>49</sup>*Ibidem*, (p.194)

<sup>50</sup> *Ibidem* (p.190)

<sup>51</sup>*Ibidem*, (p. 192)

## 4. LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA:

### 4.1 Evolución histórica:

Francisco Tomás y Valiente en su “Manual de Historia de Derecho español” resume muy bien la vinculación histórica que España ha tenido con la cuestión religiosa, en concreto siempre se ha hecho referencia a la Iglesia católica, y que sin duda se reflejará en el fenómeno constitucional. El autor subraya “La confesionalidad católica del Estado asumida por las Cortes de 1812 y la prohibición constitucional contra cualquier otra práctica religiosa marcó el futuro del estado liberal en este terreno”<sup>52</sup>

La historia de España en materia religiosa, puede ser calificada como confesional, hasta el siglo XVIII, el Estado optó por hacer una declaración de confesionalidad católica y no se admitían nuevas creencias o confesiones. A lo largo de este siglo, la existencia de otras confesiones o grupos religiosos es prácticamente inexistente.

La cuestión religiosa, se ha abordado siempre desde un plano ideológico y por ello, durante el siglo XIX se van a distinguir dos corrientes muy diferenciadas. Por un lado, una vertiente liberal de carácter democrático que tuvo su exponente en los textos constitucionales de 1812, 1869 y 1931 y, por otro lado, una corriente conservadora o modernista que está representada por las constituciones de 1837, 1845 y 1876, que, sin duda por la constancia en el tiempo, es lo que ha predominado en nuestro constitucionalismo histórico.

La cuestión religiosa en España siempre, tal y como se ha explicado anteriormente, ha sido abordada desde un plano ideológico y por eso en 1812 los constituyentes sorprenden con la introducción del art 12 con referencia a la libertad religiosa: “La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”. En un momento en que se pretendía establecer cierta tolerancia en el plano religioso, se redacta este artículo que es intolerante y que choca con el resto de artículos con contenido liberal y progresista como la

---

<sup>52</sup> Tomás y Valiente F. *La constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*. Códigos y constituciones 1808- 1978 Madrid 1989 pp 133



separación de poderes o la proclamación de la soberanía en la Nación (artículo 3) contenidos en el mismo texto constitucional.

¿Hasta qué punto influyó este rechazo a la separación entre Iglesia- Estado en el resto de nuestra historia política? Sánchez Agesta ha señalado en alguna ocasión que, el más grande legado que las Cortes de Cádiz dejaron a las posteriores generaciones del siglo fue la cuestión religiosa. En el período que transcurre entre los años 1808 y 1878 con las distintas constituciones se intenta desdramatizar el hecho religioso ir hacia una proclamación de la tolerancia religiosa, poco a poco se va produciendo un distanciamiento de la religión católica con sucesos como la desamortización que culminó con el cierre de la Nunciatura Apostólica de Madrid mientras que se vuelve la mirada atrás y se consolidan las relaciones con la Santa Sede (Concordato 1851). Lo que se pretende es establecer una tolerancia religiosa hacia otras confesiones y una separación entre los poderes de la Iglesia y del Estado.

Con la Constitución de 1869, se admite por primera vez el culto privado y público de todos los grupos religiosos, y se eliminó la confesionalidad del Estado, con la introducción del artículo 21 de la misma que cito textualmente:

“La Nación se obliga a mantener el culto y los 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 limitación que las reglas universales de la moral y del Derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior”.

No solo se admite por primera vez la existencia de españoles no católicos, sino que también se sanciona la posible discriminación que se haga a los derechos civiles y políticos por motivos religiosos, y así lo recoge el artículo 27 de la misma. El periodo de vigencia de este texto constitucional fue breve, pero sin duda tuvo influencia al futuro tratamiento de las minorías religiosas en España. Así quedó reflejado en la Constitución de 1876 en su artículo 11 que por un lado vuelve a declarar la confesionalidad del Estado, pero admite el respeto por otras creencias:

“La religión católica, apostólica, romana es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por el ejercicio de sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la

moral cristiana. No se permitirá, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado”.

El cambio radical en relación con el hecho religioso se produce con la Constitución de 1931, en la II República. Por primera vez se elimina la religión oficial del Estado y se reconoce la libertad de conciencia. En concreto en su artículo 27 se dispone lo siguiente:

“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 moral pública.

La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento del Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros”.

Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos.

Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno. Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas.”

Además, se vio reflejado este cambio en la legislación ordinaria con la aprobación de leyes como la Ley sobre la Disolución de los Cuerpos Eclesiásticos Castrenses en la Armada, de 24 de noviembre de 1931; Ley sobre el Divorcio, de 2 de marzo de 1932; Ley de Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932; Ley sobre Disolución de los Cuerpos Eclesiástico del Ejército, de 30 de junio de 1932; Ley reguladora de las Relaciones del Estado con las Confesiones, Órdenes y Congregaciones Religiosas, de 2 de junio de 1933.<sup>53</sup> En definitiva se intentó eliminar el plano religioso de la vida pública apelando a la igualdad de todos los ciudadanos.

Con las tensiones que existían en ese momento en España y por las relaciones que siempre habían tenido Iglesia y Estado, al desatarse la Guerra Civil en 1936 y al finalizar esta en 1939, con el régimen franquista, se retornó a la confesionalidad que España había vivido a lo largo de todo su recorrido histórico en materia religiosa. Es más, no se intentó establecer sólo la religión católica como la oficial del Estado, sino de crear y mantener un sistema basado en la unidad religiosa como factor consustancial de la nación.

A lo largo de este periodo, la iglesia católica fue especialmente favorecida con respecto del resto, que no eran admitidas, pero si toleradas. Cabe destacar el Concordato de 1953 celebrado

---

<sup>53</sup> Contreras Mazarío J. *Marco jurídico del factor religioso en España* ed: Observatorio del pluralismo religioso en España. Obtenida de [http://www.observatorioreligion.es/upload/48/89/Marco\\_juridico.pdf](http://www.observatorioreligion.es/upload/48/89/Marco_juridico.pdf) 25/03/2018

entre la Santa- Sede y el Estado español que supuso un apoyo para la apertura del régimen al exterior y superar el aislamiento internacional.

Poco a poco, en el panorama internacional, se fue advirtiendo una evolución en materia religiosa con el Concilio Vaticano II en 1965 y con la proclamación de la Declaración “*Dignitatis Humanae*.” En ella la iglesia católica reconoció el derecho de libertad religiosa para todos los hombres. El fundamento de su reconocimiento no descansa en los mismos argumentos que en la Declaración de derechos humanos, que lo que busca es la neutralidad de los Estados ante las proclamaciones religiosas, por el contrario, se da un enfoque desde la necesidad del hombre de buscar la verdad.

En el numeral primero de la Declaración “*Dignitatis Humanae*” se afirma la “única y verdadera religión subsiste en la Iglesia Católica y Apostólica, a la cual el Señor Jesús confió la misión de difundirla a todos los hombres” pero también argumenta que la verdad no se impone de otra manera que con la fuerza de la propia verdad que penetra fuertemente en todas las almas.

Este cambio también afectó al panorama español que intentó acomodarse a lo dispuesto por la propia Iglesia católica, una prueba de ello fue la aprobación de la Ley reguladora del ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, de 28 de junio de 1967. Con esta disposición se reconoce el derecho de práctica y profesión, privada y pública de cualquier religión que fuese compatible con las leyes fundamentales del Estado.

Finalmente, con la Constitución de 1978 se produjo una renovación del ordenamiento jurídico español que se pretende acomodar a una nueva configuración de España como un estado social y democrático de derecho y que abordará la cuestión religiosa superando las quiebras históricas que lo caracterizaban.

#### **4.2 Constitución, artículo 16:**

La Libertad religiosa y de culto, en España, viene consagrada en el artículo 16 CE de la siguiente manera, junto al derecho de libertad ideológica:

- “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.”

Como breve referencia al derecho fundamental de libertad ideológica, cabe resaltar que alcanza una vertiente íntima, que garantiza que cada uno tenga su propia cosmovisión, ideas u opiniones sobre cualquier materia, y a su vez se manifiesta en un ámbito externo que permite a cada uno manifestar y expresar sus opiniones, por eso este derecho está íntimamente relacionado con el de libertad de expresión.

El propio Tribunal Constitucional en sentencias recientes (STC 13/2001, SSTC 48/2003) ha confirmado el “indiferentismo ideológico” que se plasma en nuestra Constitución ya que admite todo tipo de pensamientos con el único límite del orden público<sup>54</sup>.

Por el contrario, y debido a la carga histórica previamente analizada, el apartado tercero de este artículo, al consagrar la libertad religiosa establece dos preceptos que, en opinión de parte de la doctrina, constitucionalmente, tienen contenido diverso. En el primero se establece la laicidad positiva o aconfesionalidad del Estado español, pero en su segundo apartado se consagra un principio informador de cómo mantendrán las relaciones de cooperación entre el Estado y la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas.

Se ha planteado el debate doctrinal acerca de una mayor protección constitucional al derecho de libertad religiosa frente a la libertad ideológica, sin embargo se ha concluido afirmando que no es posible establecer una escala de jerarquización entre ambos derechos ya que la única diferencia que se establece, es el deber positivo de cooperación del Estado con las distintas confesiones religiosas, pero ambos gozan de la misma protección jurídica, de manera que al operador jurídico le es intrascendente el motivo por el que se justifique la conducta ya sea religioso o empírico<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Perales Ascensión E. Sinopsis artículo 16 de la Constitución española (diciembre 2003) Obtenido en 25/03/2018 <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=16&tipo=2>

<sup>55</sup> Montalvo Jaäskeläinen F. (2014) *Los derechos y las libertades individuales*, En Álvarez Vélez. M(coord.) Lecciones de Derecho constitucional (371-373) Valencia: TIRANT LO BLANCH

#### **4.2.1 Laicidad, laicismo y aconfesionalidad:**

Por otro lado, ¿es lo mismo laicidad que aconfesionalidad de un Estado? En su origen etimológico, laicidad proviene de la palabra griega “*laos*” que significa pueblo que deriva en el adjetivo “*laikós*” y era un término usado por los primeros cristianos para denominar a los fieles que se diferenciaba del clero.

Con el tiempo se empieza a consolidar como un concepto de oposición al clero hasta que a finales del siglo XIX adquiere un acento abiertamente antirreligioso y anticatólico. Ante esta situación la iglesia hace una revisión del término laico en su concepto y su figura dentro de la misma, y con la “Teología del laicado” y “El sacerdocio real de los fieles” se neutraliza, quitándole todo el contenido anticlerical y limitándolo a que laicidad englobe el aspecto externo de la iglesia sin entrar a la cooperación con ella.

Finalmente, el término laicidad acaba desembocando en dos dimensiones, como expone Latreille y Vialatoux: “el Estado laico tiene conciencia de estar enteramente al servicio de la libertad del espíritu humano (...) No le corresponde hacer de los ciudadanos fieles de tal o cual religión; pero sí le corresponde procurar a todo hombre condiciones de desarrollo, de ciencia y de libertad proponerse, con toda claridad, el problema religioso”<sup>56</sup>.

Asimismo, el término aconfesional es descriptivo y eminentemente histórico<sup>57</sup> esto implica que carece de contenido jurídico propio porque no abarca en puridad la separación constitucional de Iglesia-Estado y se limita a definir una situación en la que, en un Estado concreto ha dejado de existir o nunca existió una confesión religiosa propia. Además, fija una actitud con respecto a las iglesias a las que había estado vinculado que suele ser de cooperación, llevando a cabo acuerdos con los representantes de las religiones, en este aspecto destaca Alemania.

Adicionalmente, se tiende a confundir laicismo y laicidad y es preciso destacar que mientras que el laicismo rechaza particularmente una y otra religión, otorgándole mayor valor a los valores civiles, como ya se ha explicado antes, la laicidad aboga por la neutralidad del Estado frente al hecho religioso. La laicidad puede entenderse en sentido positivo, que implica un nivel de

---

<sup>56</sup> Corral Salvador C. *Laicidad, Aconfesionalidad, separación ¿son lo mismo?* Unisci Discussion papers Octubre 2004 Universidad Complutense Madrid

<sup>57</sup> Vázquez Alonso V. *Laicidad y Constitución*, 2012 (341) op p20

cooperación con las diferentes confesiones religiosas o, por el contrario, en sentido negativo apostando por el indiferentismo del Estado frente a todo tipo de creencias.

Una vez aclarada esta cuestión, cabe plantearse si nuestra constitución establece un carácter laico o aconfesional del Estado en virtud del artículo 16.3. En opinión de Víctor Vázquez Alonso este artículo necesita ser interpretado de forma integradora analizando la naturaleza jurídica de ambos apartados del precepto constitucional, para así poder definir cuál es el modelo jurídico de las relaciones entre el Estado y las distintas confesiones religiosas.

En primer lugar, es objetivo que, en la Constitución, en ningún momento se consagra de forma explícita el principio de laicidad del Estado español, “ninguna confesión tendrá carácter estatal” esta fórmula fue utilizada por el constituyente español tomando como referencia el artículo 137.1 de la Constitución de Weimar que posteriormente fue consagrada en la Ley fundamental de Bonn ¿Por qué utilizaron estas referencias? Esto se debe al contexto histórico de un país católico como España, en el que siempre habían existido vínculos muy estrechos con la Iglesia católica, y se pretendía evitar un símil al artículo 3 de la Constitución de la II República, “El Estado español no tiene religión oficial” que establecía un laicismo cargado de hostilidad.<sup>58</sup>

La mejor manera de entender el alcance del artículo 16 es mediante la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional que ha ido construyendo y delimitando el alcance del derecho de Libertad religiosa. No ha sido hasta la STC 154/2002 del 18 de julio, cuando se ha pronunciado distinguiendo dos vertientes, objetiva y subjetiva, de esta libertad como derecho fundamental.

Dentro de la que el propio Tribunal considera como vertiente objetiva esta la aconfesionalidad y la neutralidad de los poderes públicos. ¿cómo se entiende la aconfesionalidad española? Hay que advertir que la Constitución española no afirma de forma literal la aconfesionalidad del Estado ni tampoco consagra su laicidad, sino que les prohíbe a las confesiones religiosas tener carácter estatal y si establece una separación entre Iglesia y Estado. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC 349/1993 de 16 de noviembre:

---

<sup>58</sup> Corral Salvador C. *Laicidad, Aconfesionalidad, separación ¿son lo mismo?* Unisci Discussion papers Octubre 2004 Universidad Complutense Madrid

“Los términos empleados por el inciso inicial del artículo 16.3 no solo expresan el carácter no confesional del Estado en atención al pluralismo de creencias existente en la sociedad española y la garantía de la libertad religiosa de todos”

Interpretamos con esto que, cuando el constituyente dispuso que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, ha querido expresar, además, que “las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparables al Estado, ocupando una igual posición jurídica”<sup>59</sup>.

De hecho, en numerosas ocasiones la doctrina ha utilizado de manera indistinta el término aconfesionalidad y laicidad para identificar la postura del Estado frente a la religión como sinónimos. Sin duda esta aconfesionalidad, también entendida como laicidad, es de carácter positiva. Así lo ha reconocido en la STC 26/2001 del 15 de febrero;

“Como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (...)considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos “mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones”

Precisamente esta concepción de laicidad positiva frente a la religión, hace que sea complementario con la neutralidad de los poderes públicos, segundo elemento que nuestro Tribunal considera como la vertiente objetiva del derecho.

Con respecto a la neutralidad a la que hace referencia el Tribunal Constitucional, está íntimamente relacionada con la necesidad de una convivencia pacífica entre las distintas confesiones religiosas al ser España un Estado social plural y democrático de derecho.<sup>60</sup> La neutralidad implica que el Estado no va a poder proteger ninguna creencia o convicción religiosa concreta, sea cual sea, ni asumir como propia alguna de esas por mucho que sea profesada por la mayoría de sus ciudadanos. ¿Cómo se compagina esa neutralidad necesaria con el deber de cooperación recogido asimismo en el artículo 16,3? El Tribunal Constitucional ha elaborado algunos criterios para establecer ese equilibrio entre el mandato de mantener relaciones de cooperación con las distintas confesiones religiosas y la neutralidad.

---

<sup>59</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 16 de noviembre 349/1993

<sup>60</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 11 de noviembre 177/ 1996 FJ9

En primer lugar, destaca que la obligación de cooperación del Estado no constituye un derecho fundamental del ciudadano.<sup>61</sup> Por otro lado, establece que este deber de cooperación alcanza al ejercicio colectivo de las creencias religiosas porque al formar parte de la vertiente objetiva del derecho no tiene eficacia inmediata, requiere el papel del legislador para que determine la obligación exigible.<sup>62</sup>

En nuestra opinión, unos de los asuntos más controvertidos se da entre las Fuerzas Armadas y el derecho de libertad religiosa de los integrantes de esta institución.

A pesar de quedar delimitados el papel del Estado en la vertiente objetiva del derecho de libertad religiosa, algunas decisiones del mismo órgano plantean dudas respecto de su aplicación práctica. Un claro ejemplo es la STC 177/1996 del 11 de noviembre. Un agente de las Fuerzas Armadas ve vulnerado su derecho de Libertad religiosa en sentido negativo al ser sancionado por no acudir a un acto de homenaje a la Virgen. En un primer momento el Tribunal Constitucional entiende la negativa del demandante, pero termina con el siguiente argumento: “No se trataba, pues, de actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa.”

¿Tendrían los poderes públicos que impedir la implicación de las Fuerzas Armadas en actos de naturaleza religiosa? Entendiendo la neutralidad como se ha expuesto, sí que deberían haberlo impedido puesto que, al no hacerlo, se obliga a los que no las comparten a expresar públicamente sus creencias. Sin embargo, entra en juego el deber de cooperación y la especial vinculación que siempre ha existido entre la Iglesia católica y las Fuerzas Armadas. En más de una ocasión el Tribunal Constitucional se ha pronunciado resolviendo la cuestión de la siguiente manera:

“La prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, asistencia no determina lesión constitucional, sino que ofrece por lo contrario la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades”<sup>63</sup>.

Por otro lado, hay que hacer referencia a la vertiente subjetiva de este derecho, el Tribunal Constitucional lo identifica como la autonomía partiendo de una dimensión interna y externa del propio ciudadano. Se define de la siguiente forma: “El derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales”<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 8 de noviembre 93/1983 FJ 5

<sup>62</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 15 de febrero 46/2001 FJ 4

<sup>63</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 3 de abril 616/1984

<sup>64</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 28 de octubre 166/1996, FJ 2, y Sentencia Tribunal Constitucional 15 de



La dimensión interna el Tribunal la describe de la siguiente manera: “un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual.”<sup>65</sup>

Asimismo, la dimensión externa la perfila así: “la que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”<sup>66</sup>, en el conocido caso GRAPO.

El derecho de libertad religiosa tiene también una vertiente negativa, que como se ha especificado anteriormente, implica que nadie puede ser obligado a declarar sus creencias y es lo que completa la versión subjetiva del derecho.

En definitiva, tal y como afirma nuestro Tribunal Constitucional: “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 comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado.”<sup>67</sup> Sin duda en los últimos años ha habido un notorio incremento de la pluralidad religiosa en la sociedad española. Este fenómeno ha hecho que el artículo 16.3 CE adquiera cada vez más significación y que se intente hallar el equilibrio entre el respeto a la libertad personal de elegir las propias creencias que sin duda engloban una participación activa en la sociedad civil y no romper las bases de una convivencia pacífica, para no caer en errores del pasado.

---

febrero 46/2001, FJ 4

<sup>65</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 11 de noviembre 177/1996, FJ 9

<sup>66</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 19 de junio 137/1990, FJ 8

<sup>67</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 18 de julio 154/2002, FJ 7

### 4.3 Ley Orgánica de Libertad Religiosa:

Al considerar la Libertad religiosa como un derecho fundamental, necesita una tutela positiva que goce de máxima protección. Para que pase de ser un derecho frente al Estado a un derecho en el Estado<sup>68</sup>. La forma que nuestra propia Constitución prevé para dar protección a los derechos fundamentales es, el desarrollo del mismo por Ley orgánica <sup>69</sup> y que sea objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. <sup>70</sup>

Esta disposición legislativa tuvo mucho reconocimiento jurídico tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En primer lugar, porque en el momento de su aprobación nadie se opuso con votos negativos<sup>71</sup> y, en segundo lugar, por el planteamiento abierto de la Ley, de forma que se fuese acomodando a las necesidades religiosas del momento. En el panorama internacional no cabe duda que fue utilizada como referencia para regular las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas en países como Latinoamérica o Portugal<sup>72</sup>.

Aludiendo a su contenido, esta ley orgánica se encarga de desarrollar el derecho fundamental de libertad religiosa con un doble contenido, individual y colectivo. En el plano individual se reconoce de manera positiva, el derecho a tener las creencias o convicciones que libremente se elijan, dentro de las cuales están integradas no solo las posiciones teísticas, sino también las ateas, agnósticas e indiferentes. Los derechos que incluyen son los siguientes; a cambiar o abandonar la propia religión, a manifestar libremente las creencias o convicciones que se poseen, así como la ausencia de las mismas y a no ser obligado a declarar sobre ellas, a practicar los actos de culto a recibir asistencia religiosa de la propia confesión a conmemorar las festividades religiosas a celebrar los ritos religiosos matrimoniales a recibir sepultura digna y de conformidad con las creencias o convicciones profesadas a recibir e impartir información religiosa de toda índole, ya sea oral, por escrito o por cualquier otro procedimiento a recibir e impartir enseñanza

---

<sup>68</sup> Contreras Mazarío J. *Marco jurídico del factor religioso en España* ed: Observatorio del pluralismo religioso en España. Obtenida de [http://www.observatorioreligion.es/upload/48/89/Marco\\_juridico.pdf](http://www.observatorioreligion.es/upload/48/89/Marco_juridico.pdf) 25/03/2018

<sup>69</sup> Constitución española 1978 artículo 81

<sup>70</sup> Constitución española 1978 artículo 53.2

<sup>71</sup> Cañamares S. Ley orgánica de Libertad religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma IUS CANONICUM VOL. 50 2010 477-515

<sup>72</sup> Cañamares S. Ley orgánica de Libertad religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma IUS CANONICUM VOL. 50 2010 477-515

religiosa, así como elegir para sí y para los menores no emancipados e incapaces, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones a reunirse y manifestarse públicamente con fines religiosos y a asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas.<sup>73</sup> Todos estos derechos son facultades que toda persona puede ejercer libremente pero también puede renunciar a ellas.

En un plano colectivo, el primer paso fue el reconocimiento de la personalidad jurídica de las confesiones religiosas siempre que se inscriban en el Registro de Entidades Religiosas cuando tengan un notorio arraigo en España. Lo que se consigue es reconocer un conjunto de derechos que empiezan a formar parte del estatuto jurídico de las confesiones religiosas. Esto les permite una forma de organización interna, a establecer lugares de culto o de reunión, a designar a sus ministros y a propagar su propio credo.<sup>74</sup> Asimismo, también se incluye la posibilidad de hacer Acuerdos entre el Estado y las distintas confesiones religiosas.

En definitiva, nos encontramos ante una ley orgánica de naturaleza flexible y en muchas ocasiones débil. Tanto es así que ha sido reformada y en 2015 se ha planteado una nueva reforma de la misma. Los motivos principales que se han utilizado, especialmente por el poder Ejecutivo, se basan en la idea de avanzar hacia una laicidad mayor del Estado. Esto implicaría un fortalecimiento de las garantías para la libertad de conciencia y la incorporación de los Acuerdos con las confesiones religiosas.<sup>75</sup>

En definitiva en España tal y como se ha establecido anteriormente, el Tribunal Constitucional ha afirmado la laicidad en sentido positivo del Estado y, lo que precisamente no implica, tal y como afirma William McLoughin, es “librarse de la religión, sino hacer a los ciudadanos oficialmente libres para su práctica.” Por lo tanto, España tiene un nuevo reto, enfrentarse a una situación de pluralismo religioso frente a la sociedad confesional católica que ha protagonizado

---

<sup>73</sup> Ley Orgánica 7/ 1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa. (BOE núm 177, 24/07/1980)

<sup>74</sup> Ley Orgánica 7/ 1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa. (BOE núm 177, 24/07/1980) artículo 2

<sup>75</sup> Declaraciones de la Vicepresidenta del Gobierno, Fernández de la Vega en su comparecencia en el Congreso de los Diputados el 7 de mayo de 2008, y en su comparecencia en el Senado el 17 de junio de 2008.

a lo largo de la historia. ¿será necesario reformar el artículo para que se acomode a las nuevas necesidades de la sociedad?

## 5. ¿MISMA LIBERTAD, DOS ORDENAMIENTOS?

### 5.1 Diferencias entre ambos modelos, Posible reforma constitucional ¿encajaría el modelo norteamericano en España?

Una vez expuestos ambos modelos, queda claro que el tratamiento que se ha hecho de la Libertad religiosa es distinto en Europa y en Estados Unidos. El ejemplo más gráfico lo encontramos en materia de simbología religiosa en la decisión *Lautsi c. Italie* en contraposición con la decisión *Salazar v. Buono* ambas planteaban la presencia de una cruz en lugares públicos, sin embargo, la respuesta de los tribunales es totalmente distinta.

En el panorama Europeo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opta por rechazar el margen de apreciación nacional que permitía identificar la cruz como un símbolo que forma parte de la cultura italiana, alegando la neutralidad de los poderes públicos. No obstante, en Washington el tribunal entendió que la cruz era un símbolo secular que recordaba a los que habían perdido su vida en la Primera Guerra Mundial.

¿Dónde radica la diferencia? Estados Unidos nació en un contexto de pluralismo religioso y desde el primer momento le otorgó al hecho religioso la importancia que tenía.

En España como se ha expuesto anteriormente, se han vivido muchas tensiones con la Iglesia católica, se ha pretendido secularizar una sociedad con raíces profundamente cristianas y des establecer una forma concreta de gobierno. Por eso la lectura que se hace de la Libertad religiosa en Europa y en concreto en el Estado español podría definirse como secular-negativa.<sup>76</sup> ¿Es necesaria una reforma de este derecho fundamental? ¿cabe el modelo de la Primera enmienda estadounidense en España?

No es tabú hablar de una posible reforma de la Constitución, que ha sido planteada en el Congreso de los Diputados por distintos partidos políticos. Aunque por ahora no se ha concretado nada, la reforma del derecho de Libertad religiosa ha sido planteada con el objeto de que España avance hacia una mayor laicidad. Esta promoción se vincula a la necesidad de conseguir que existan espacios públicos sin ninguna significación religiosa. Ya ha quedado claro

---

<sup>76</sup> Rubio López J, El camino hacia la Primera Enmienda, Hacia la primera libertad, (1003) Navarra: EUNSA

que el fenómeno religioso implica una conducta que se ve reflejada en la sociedad civil de los que profesan.

¿Cabría aplicar alguno de los modelos en España? Mi respuesta es que sí. En el momento en que se redactó la Constitución de 1978 España no se había enfrentado nunca a un pluralismo religioso. Por el contrario, los norteamericanos lo habían experimentado desde su independencia y se organizaron de tal manera que todos quedasen protegidos.

Cuarenta años después, España se enfrenta a una nueva situación de pluralismo religioso. La actitud del Estado frente a esta nueva situación no puede reducirse únicamente a las exigencias del principio de separación Iglesia-Estado o de la mera aconfesionalidad. En este marco de separación entre el Estado y las confesiones, los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes frente al fenómeno religioso, sino que necesariamente van a existir ámbitos de relación e interacción en los que precisamente no se puede manifestar de mano de alguna preferencia y donde debe primar la neutralidad propia de la laicidad. Este aspecto lo aborda la cláusula de libre ejercicio norteamericana, recogiendo bajo su protección no solo las creencias sino también los comportamientos, dejándole un espacio, que sin duda han considerado importante, para que sus ciudadanos practiquen su religión y sean coherentes con los mandatos divinos.

España en el artículo 16.3 en su apartado segundo establece un mandato a los poderes públicos de cooperación con las distintas confesiones. No basta solo con establecer una separación entre las relaciones Iglesia-Estado, es necesario que además la neutralidad pase a la práctica como en el caso de la Primera Enmienda de Estados Unidos en la cláusula de no establecimiento. Lo que esta disposición ha logrado, ha sido que el principio de neutralidad del Estado, no solo imponga un tratamiento neutral de las diversas religiones, sino que también se establezca esta neutralidad en el tratamiento de lo no religioso. La misma Corte Suprema ha establecido el argumento sobre el que descansa esta neutralidad de la siguiente manera: “la neutralidad religiosa se traduce en una prohibición de hostilidad estatal hacia la religión.”

Asimismo, también se ha logrado que ningún ciudadano americano pueda verse como un outsider o insider de la comunidad política por sus creencias religiosas, en palabras de la Corte

Suprema puesto que la neutralidad que alcanza la primera enmienda también descansa en el tratamiento no diferenciado de las distintas confesiones religiosas.

## 5.2 Derecho comparado, modelo francés:

Al hablar del derecho fundamental de Libertad religiosa, acudimos rápidamente al modelo de Francia y el de Estados Unidos. Ambos se consideran pioneros en la proclamación del principio de laicidad. Pero ¿son realmente dos modelos iguales de laicidad? La principal diferencia que ostentan ambos modelos se encuentra en la forma de entender el factor religioso.

En Estados Unidos, cuando la Primera enmienda estaba siendo redactada, Roger Williams entiende la separación iglesia estado como una forma de proteger a la religión de las corrupciones de la política “el jardín de la iglesia y la selva del mundo” para que el Estado no corrompiese los principios religiosos de la iglesia. Un ejemplo claro lo tenemos en Alexis de Tocqueville, de nacionalidad francesa, que narra la diferencia que apreciaba en los ciudadanos norteamericanos en el ámbito religioso, de la siguiente manera:

“A mi llegada a Estados Unidos fue el carácter religioso del país lo primero que atrajo mi atención. A medida que mi estancia se prolongaba, percibía las grandes consecuencias políticas que se derivan de estos hechos nuevos. Yo había visto entre nosotros al carácter religioso y al de la libertad marchar casi siempre en sentido contrario. Aquí los encontraba íntimamente unidos el uno al otro, reinando juntos sobre el mismo suelo. Cada día sentía crecer en mí el deseo de conocer la causa de éste fenómeno. Para ello interrogaba a los fieles de todas las confesiones (...) encontré que todos atribuían principalmente a la total separación entre la Iglesia y el Estado el pacífico imperio que la religión ejercía en su país. Me atrevo a afirmar que durante mi estancia en América no encontré un solo hombre, sacerdote o laico, que no estuviera de acuerdo respecto a este punto.”<sup>77</sup>

El fundamento de la separación Iglesia- Estado en Norteamérica remite a una idea teísta. La sociedad había institucionalizado el culto a Dios en base a la tradición judeo-cristiana de sus orígenes previamente expuestos.

---

<sup>77</sup> Tocqueville A. *La democracia en américa* 1985 (424-425)

¿Por qué Francia opta por una laicidad combativa de la religión cuando había tenido asimismo tradición cristiana? El estado Laico llegó a Francia con la aprobación de la Ley de Separación en 1905. Las ideas ilustradas y la ideología de la Revolución van a impulsar este Estado laico.

La iglesia católica tenía reconocimiento público en Francia y mientras que en Estados Unidos la desvinculación de la iglesia anglicana fue una consecuencia lógica de la independencia, en Francia fue un des-establecimiento voluntario. Debido al arraigo que esta tenía fue un proceso violento directo en contra de esa unión que había entre ambas instituciones.

El origen de esta concepción contraria a la iglesia católica la explica Tocqueville de la siguiente manera: “Los incrédulos de Europa persiguen a los cristianos, más que como adversarios religiosos, odian la fe como a la opinión de un partido, mucho más que como a una creencia errónea, y rechazan en el sacerdote menos al representante de Dios que al amigo del poder.”<sup>78</sup>

Asimismo, hubo otro factor que influyó en ambos modelos de forma distinta. Por un lado, en Norteamérica existieron numerosos grupos religiosos de distinta índole que hicieron que la libertad religiosa fuera una necesidad para la convivencia pacífica de todas ellas. Por su parte, Francia era un estado confesional católico por lo que la libertad religiosa no era parte de la realidad de los franceses del momento.

En un contexto en el que se pretende deshacer la organización política que había habido en Francia, no cabe la aparición del derecho de libertad religiosa. Por ello lo que se pretendía era combatir la religión. Toda la idea de la revolución política se sustentaba sobre el pensamiento de Rousseau de sustentar el nuevo orden político sobre una “regeneración religiosa o una normalización de la religión.”<sup>79</sup>

La realidad, es que la pretensión de introducir el modelo Laico en Francia se basó en el recelo que tenía el poder político en contra de la religión. Quiso protegerlo del factor religioso. Así quedó reflejado en el artículo 2 de la Ley de 1905 al prohibir al Estado la financiación o el reconocimiento de cualquier iglesia. De esta manera, no se rompe solo con el establecimiento

---

<sup>78</sup>Tocqueville A. *La democracia en américa* 1985 (432)

<sup>79</sup> Vázquez Alonso V. *Laicidad y Constitución*, 2012 (171) op p20



de la religión en el seno de la vida pública de los franceses, sino también con la potestad que había ostentado el Estado en los asuntos eclesiásticos.<sup>80</sup>

¿Qué consecuencias prácticas ha tenido los distintos modelos de laicidad en ambos países? En Francia, cien años después de la promulgación del modelo de Laicidad francesa, se puede afirmar que sigue siendo un problema de actualidad y el principal factor que lo determinó, fue la implantación del islam como segunda religión del país en número de fieles.

Al tener que enfrentarse ante una nueva situación de pluralismo religioso y al no estar la religión musulmana arraigada históricamente son muchos los desencuentros que se han producido para alcanzar el equilibrio entre la laicidad francesa y la práctica del islam.

El fundamento de esta discordancia descansa en la falta de participación del islam, en la evolución histórico-política que ha atravesado Francia. Esta falta de precedentes que tiene Francia se fundamentan en que en cierta manera la laicidad que se estableció en 1905 sigue un poco anclada en la actualidad con la idea de protección a la sociedad civil del hecho religioso.

Sin embargo, hay que destacar un hecho que nos ha llamado la atención. El pasado lunes 9 de abril, con motivo de la situación que está viviendo la sociedad francesa con los radicalismos islámicos, el presidente actual de la república Macron, en su discurso hizo afirmaciones que en cierta manera entran en colisión con la laicidad consagrada por Francia, a la que se ha hecho referencia anteriormente. “La laicidad no tiene la función de desarraigar de nuestras sociedades la espiritualidad que nutre a tantos de nuestros conciudadanos”.<sup>81</sup> Y hace un llamamiento a los creyentes católicos a que se impliquen en la sociedad: “La savia católica debe contribuir, una y otra vez, al funcionamiento de nuestra nación” “la República espera tres dones” de los católicos: “el don de vuestra sabiduría, el de vuestro compromiso y el de vuestra libertad”<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Vázquez Alonso V. Laicidad y Constitución, 2012 (211) op p20

<sup>81</sup> “Francia ha sido fortificada por los compromisos de los católicos” discurso histórico de Macron (10 de abril 2018) Religión en Libertad <https://www.religionenlibertad.com/contactar.asp?idarticulo=63627> Obtenida por última vez 11/04/2018

<sup>82</sup> “Francia ha sido fortificada por los compromisos de los católicos” discurso histórico de Macron (10 de abril 2018) Religión en Libertad <https://www.religionenlibertad.com/contactar.asp?idarticulo=63627> Obtenida por última vez 11/04/2018

¿Estarán los ciudadanos franceses volviendo a mirar a Dios? A nuestro parecer, Francia necesita eliminar y olvidar el recelo hacia el hecho religioso ya que tal y como ha quedado expuesto en el modelo norteamericano, a pesar de que el estado sea Laico la sociedad no lo es, y el fin último del Estado es garantizar las necesidades de sus miembros, sobre todo cuando tienen que ver con el libre desarrollo de la personalidad y una conexión directa con la dignidad humana.

## 6. CONCLUSIÓN:

Alexis de Tocqueville se empeñó en buscar la grandeza de América de la siguiente manera:

“Busqué la grandeza de América en sus amplios puertos y en sus grandes ríos, pero no estaba allí (...) en sus campos fértiles y en sus buques inmensos, pero no estaba allí (...) en sus ricas minas y en su gran comercio mundial, pero no estaba allí (...) en su Congreso democrático y en su incomparable Constitución, pero no estaba allí. No hasta que fui a las iglesias de América y escuché el fervor virtuoso de sus púlpitos y comprendí el secreto de su genio y poder. América es grande porque América es buena y, si América dejara de ser buena, América no sería más grande”

En nuestra opinión esta reflexión resume muy bien el objetivo del trabajo. Estados Unidos fue el pionero en reconocer la libertad religiosa como la primera de las Libertades. Tanto es así que se encuentra recogida en la Primera Enmienda de su Constitución. Son muchos los autores en distintos momentos en la historia los que han corroborado esta afirmación. Leo Pfeffer definía la libertad religiosa como la progenitora de toda libertad y la más importante de ellas ya sin ella el Estado inevitablemente privaría a sus ciudadanos de las demás libertades.<sup>83</sup> Más recientemente Michael McConnell ha defendido la prioridad cronológica y lógica de la libertad religiosa puesto que se trata de una libertad que se sostiene sobre la comprensión de un gobierno necesariamente limitado.<sup>84</sup> Por lo tanto me sumo al pensamiento que considera la Libertad religiosa como la primera de las libertades.

No obstante, esto es así por la íntima conexión con el desarrollo de la personalidad, que la religión genera en el ser humano. Alexis de Tocqueville en el texto mencionado habla de que “América es buena”. La religión resuelve las preguntas trascendentales del hombre acerca del final de la vida y del origen y por lo tanto le da un sentido, una directriz para encaminar sus pasos y buscar autónomamente su propia visión del bien. La religión sería una manifestación de esta autonomía personal y si el hecho religioso se protege es en cuanto ejemplo de esa autonomía.

Sin embargo, los países europeos y en concreto España deberían acudir al origen del nacimiento de las cláusulas religiosas norteamericanas como ejemplo de relación entre las iglesias y

---

<sup>83</sup> Pfeffer. L. *Freedom and Separation: America's Contribution to Civilization* 1960

<sup>84</sup> McConnell M. *Why is religious Liberty the First Freedom?* (2000)

comunidades de creyentes con la autoridad civil. En un panorama en el que el pluralismo religioso es creciente, el hombre busca la verdad, el bien y la religión les da la respuesta.

La religión no se vivió en América con la carga negativa que tuvo la Ilustración francesa como consecuencia, entre otras cosas, de las guerras de religión vividas en Europa. Por ello es necesario un cambio de concepción frente al hecho religioso en Europa. Entendiéndola como una fuente de moralidad donde se asienta el derecho y la sociedad, como una forma de crear sociedades de resistencia frente al status quo que ofrece el Estado, como una fuente de sabiduría sobre la condición del hombre, sus necesidades y sus deseos, como un proyecto de cumplimiento de realización personal, no de un fin en sí mismo.

Por ello es la hora de apostar por una política de máximos, como la del pluralismo religioso que persiga mayor y más amplia libertad para todos. (creyentes o seculares). Con ello se podrá sumar España a la grandeza de la que habla Alexis de Tocqueville de América, consiguiendo que sus hombres sean buenos, superando el relativismo moral que deja inerte a las sociedades occidentales.

## **7. BIBLIOGRAFÍA:**

### **Obras doctrinales:**

Montalvo Jaäskeläinen F.(2014) *Los derechos y las libertades individuales*, En Álvarez Vélez. M(coord.) Lecciones de Derecho constitucional (351-352) Valencia: TIRANT LO BLANCH

Rubio López J. *Hacia la Primera Libertad* Navarra: EUNSA febrero 2011

Vázquez Alonso V. *Laicidad y Constitución* (2012), En Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

### **Legislación:**

Primera Enmienda Constitución Estados Unidos 1787

Constitución Española artículo 10, 16, 17, 53.2 y 81

Ley Orgánica 7/ 1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa. (BOE núm. 177, 24/07/1980)

### **Jurisprudencia:**

Sentencia Tribunal Constitucional 19 de junio 137/1990

Sentencia Tribunal Constitucional 18 de julio 154/2002

Sentencia Tribunal Constitucional 28 de octubre 166/1996

Sentencia Tribunal Constitucional 15 de febrero 46/2001

Sentencia Tribunal Constitucional 11 de noviembre 177/1996

Sentencia Tribunal Constitucional 11 de noviembre 177/ 1996

Sentencia Tribunal Constitucional 8 de noviembre 93/1983

Sentencia Tribunal Constitucional 15 de febrero 46/2001

