

## OPCIÓN PACTICIA Y LIBERTAD RELIGIOSA INSTITUCIONAL

---

*José Tomás Martín de Agar<sup>a</sup>*

Fechas de recepción y aceptación: 19 de enero de 2016, 16 de marzo de 2016

*Resumen:* La libertad religiosa está estrechamente relacionada con la opción pacticia o de relaciones negociadas bilaterales entre el estado y las distintas confesiones. La Iglesia católica ha desarrollado, aunque no se indique expresamente en su magisterio, la opción concordataria como base de garantizar la libertad de culto, no solo a las personas individuales, sino a la entidad colectiva, precisamente para que la persona individual pueda ejercer libremente la religión que prefiera. Así, el concordato no busca la defensa de una fe concreta, sino de la libertad religiosa, garantizando la igualdad de derechos, en la diversidad de ideologías religiosas; es decir, sin merma de la libertad de nadie.

*Palabras clave:* libertad religiosa, concordato, libertad de la Iglesia, igualdad de confesiones, Concilio Vaticano II, *dignitatis humanae*, derecho personal, derecho colectivo, relaciones Iglesia-Estado.

<sup>a</sup> Professore ordinario nella Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce di Roma. Professore di Diritto ecclesiastico dello Stato e di Diritto canonico. Professore di Diritti umani.

Correspondencia: Pontificia Università della Santa Croce. Piazza di Sant'Apollinare, 49. 00186 Roma. Italia.

E-mail: martinagar@pusc.it



*Abstract:* Religious liberty is narrowly related with the covenant option or bilateral business relationship between the State and the different confessions. The Catholic Church has developed, even though is not expressly stated in its magisterium, the concordat option as a base to guarantee the freedom of worship, not only to the individuals but to the collectivity entity, just for the singular person can exercise freely the religion he or she like. So concordat doesn't look for defending a particular faith but the religious liberty, ensuring equal rights, in the diversity of religious ideologies. That's it, without reducing anyone's freedom.

*Keywords:* religious liberty, concordat, freedom of the Church, equality of confessions, Vatican II, dignitatis humanae, personal rights, collective rights, Church-State relation.

## 1. LIBERTAD DE CULTOS, CONCORDATOS Y CONFESIONALIDAD

La libertad religiosa es considerada en gran parte de los documentos sobre derechos fundamentales como derecho individual. Y se comprende bien si se piensa que la religión atañe ante todo a las actitudes, sentimientos y decisiones más íntimas de la persona. Algo semejante ocurre con los demás derechos relacionados con la naturaleza racional del hombre (pensamiento, conciencia, opinión, expresión en sus más variadas formas, vida privada, etc.)<sup>1</sup>.

Sin embargo, el primer constitucionalismo, más que de libertad religiosa, hablaba de “libertad de cultos”; en esta expresión se cifraban las aspiraciones separatistas, secularizadoras, del liberalismo ilustrado. Había un interés (incluso preferente o prioritario) por definir al más alto nivel normativo las relaciones del Estado con las confesiones, más allá de la protección de actitudes religiosas personales. Y es que, como dijo alguien, al Estado (sobre todo al liberal) no le interesa tanto la religión en sí misma como la religión organizada, las confesiones: estas –sobre todo si gozan de tradición y son mayoritarias– sí que pueden constituir una amenaza o, al menos, un desafío para el poder político. Libertad de cultos, en las constituciones liberales, podía significar desde un separatismo tendencial-

<sup>1</sup> En rigor, solo la persona física es capaz de derechos, la persona jurídica es funcional, su existencia, sus derechos, hacen posible o facilitan el goce de los derechos personales.



mente igualitario, más o menos hostil a la religión mayoritaria, a una confesionalidad tolerante mixta con cierto regalismo.

En este contexto los concordatos cumplían, con variantes, la misión de dar forma concreta a esa confesionalidad y jurisdiccionalismo de los países de tradición católica, mediante un reparto de cargas, competencias y concesiones recíprocas entre Iglesia y Estado<sup>2</sup>, con más atención a la libertad de la Iglesia, a sus prerrogativas, que a la libertad individual de los ciudadanos y de los fieles. Como se ha dicho, muchas veces los concordatos del XIX trataban de “*poner fin a persecuciones de la Iglesia y salvaguardar sus derechos espirituales*”<sup>3</sup>, volver a un cierto orden tras los desajustes provocados por los movimientos revolucionarios.

Para lo que nos interesa ahora, la confesionalidad aparecía como presupuesto obligado de estos acuerdos; sin ella la única alternativa era la separación que, más allá de su alcance meramente semántico, con frecuencia significaba la subordinación plasmada en la famosa frase atribuida a Cavour “*Iglesia libre en Estado libre*”, que más bien era “*Iglesia libre en Estado soberano*”<sup>4</sup>. De ahí que para el magisterio y en la praxis eclesial el sistema concordatario acabase siendo el ideal de las relaciones Iglesia-Estado, no obstante las rémoras de los maestros del *Ius Publicum externum*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> De aquí que D’Avack reputara los concordatos como una suerte de *actio finium regundorum* entre ambas potestades (cf. D’AVACK, A., *Trattato di diritto ecclesiastico italiano (Parte generale)*, Milano 1978<sup>2</sup>, p. 192).

<sup>3</sup> Cf. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J., «Los concordatos en la actualidad», en *Derecho Canónico* 2, Pamplona 1974, p. 350.

<sup>4</sup> Sobre esta fórmula y su autor vid. RUFFINI, F., *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna 1974, pp. 155-172.

<sup>5</sup> Estos autores no consideraban necesario ni conveniente el sistema de acuerdos con los Estados, más bien veían en él un recurso extremo, de carácter más político que jurídico, *perspecta iniuria temporum*, decía Cappello (cf. CAPPELLO, F. M., *Summa iuris publici ecclesiastici*, Roma 1936<sup>4</sup>, p. 409), o sea un remedio al que se recurre cuando las relaciones no corresponden al modelo ideal y el Estado no cumple espontáneamente sus obligaciones para con la Iglesia, de modo que por su medio “*fiat debitum ex pacto, quod erat debitum ex iure divino*” (cf. CAVAGNIS, F., *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici* 1, Roma s/f (± 1910)<sup>3</sup>, p. 394). Me he ocupado de ello en MARTÍN DE AGAR, J. T., «La teoría concordataria desde el punto de vista del derecho canónico actual, en Los Concordatos: pasado y futuro», en *Actas del Simposio Internacional de Derecho concordatario: Almería, 12-14 de noviembre de 2003*, ed. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, J. M., Granada 2004, pp. 129-146.



## 2. LA INSTITUCIÓN CONCORDATARIA Y EL CONCILIO VATICANO II

De aquí que al decaer de hecho la confesionalidad y ser sustituida por la libertad religiosa en el Vaticano II, pareciera a no pocos que habían dejado de existir los presupuestos necesarios de las relaciones concordatarias, por tanto estas habían perdido su razón de ser<sup>6</sup>.

En los años siguientes al último Concilio se desarrolló un debate intraeclesial, tanto teológico como jurídico, sobre la compatibilidad y conveniencia del recurso a los concordatos. Con cierto apriorismo se arguyó que Iglesia y Estado son de tal manera heterogéneos por naturaleza, fines y medios, que no existe un plano en el que puedan convenir o contratar. Los concordatos significarían un retorno a la superada y deplorable era constantiniana de enfeudamiento de la Iglesia al poder laico a cambio de favores y privilegios temporales; empañarían su imagen profética y comprometerían su libertad<sup>7</sup>. Esta lectura un tanto espiritual del Vaticano II no repara en que la Iglesia mientras peregrina necesita servirse de medios terrenos, entre ellos el derecho, precisamente para favorecer la autenticidad de su misión; otra cosa es que esos medios deban ser usados de manera coherente con el ser íntimo de la Iglesia. Los concordatos son instrumento para asegurar a la comunidad eclesial en un país un espacio de libertad definido según sus necesidades.

De otro lado, las aludidas obsoletas categorías y postulados del Derecho Público Eclesiástico, que fueron premisas típicas de los concordatos de una época (Estado confesional, Iglesia sociedad perfecta, etc.), ni eran ni son las únicas

<sup>6</sup> Refiriéndose al concordato español de 1953, decía P. Lombardía en una entrevista de 1972: "(...) es evidente que las fundamentales conclusiones de los cultivadores del «Derecho Público Eclesiástico» resultan insostenibles después del Concilio Vaticano II. Es lógico, por tanto, que la crisis de los principios en que se inspiró lleve consigo también la crisis del Concordato" (cf. LOMBARDÍA, P., «Concordato, si, Concordato, no», en ID., *Escritos de Derecho canónico* 3, Pamplona 1974, p. 429).

<sup>7</sup> Sobre la cuestión: D'AVACK, P. A., «Rilievi preliminari sulla riforma del concordato lateranense», in *Studi per la revisione del concordato*, ed. CATTEDRA DI DIRITTO ECCLESIASTICO DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA, Padova 1970, pp. 9-15; SETIÉN, J. M., «Eclesiología subyacente a la teoría concordataria», en DÍEZ ALEGRÍA, J. M. - SETIÉN, J. M. - PUENTE EGIDO, J., *Concordato y sociedad pluralista*, Salamanca 1972, pp. 19-49; COLELLA, P., *La libertà religiosa nell'ordinamento canonico*, Napoli 1984<sup>2</sup>, pp. 166-198; CARON, P. G., *Corso di storia dei rapporti fra Stato e Chiesa* 2, Milano 1985, pp. 328-334; CAPUTO, G., «La funzione del sistema pattizio nella storia», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 4 (1988) pp. 39-45.



posibles: ya bien antes del Concilio existían acuerdos con Estados no católicos (laicos, comunistas, musulmanes: el *modus vivendi* con Túnez es de 1964). Actualmente los preámbulos de los acuerdos exponen que Estado e Iglesia se proponen cooperar al bien de la persona y de la sociedad en el respeto de su recíproca independencia y autonomía, así como de la libertad religiosa de todos. Aunque en el pasado haya podido suceder, hoy la Iglesia con los acuerdos concordatarios no intenta asegurarse un estatuto de privilegio en detrimento de otros credos; en no pocos casos más bien el sistema de acuerdos concordatarios se ha extendido a las demás confesiones.

Se entendió también que los concordatos habían perdido su razón de ser, en cuanto cualquier Estado democrático tutela la libertad religiosa y la autonomía de las confesiones sin necesidad de pactos; estos solo resultarían útiles con países no respetuosos de las libertades civiles<sup>8</sup>. Ciertamente en muchos lugares la libertad de la Iglesia y las demás confesiones está unilateralmente asegurada por la constitución y las leyes; el Concilio, por su parte, no menciona los concordatos, lo que sin duda quiere decir que estos, sin dejar de ser útiles o válidos, ya no se consideran el único sistema aceptable de relaciones Iglesia-Estado. Los muchos concordatos firmados durante y después del Vaticano II lo confirman.

### 3. CONCORDATOS, LIBERTAD DE LA IGLESIA Y LIBERTAD RELIGIOSA

En efecto, el último Concilio no menciona los acuerdos con los Estados; sin embargo, la realidad de los hechos demuestra que los documentos conciliares abrieron nuevas posibilidades a estos acuerdos bilaterales, justo cuando parecía a algunos que había llegado el fin de la experiencia concordataria.

Junto a la renovación de las relaciones entre la Iglesia y la comunidad política que llevan a cabo las Constituciones *Lumen gentium* y *Gaudium et Spes*, hay que subrayar la importancia que para nuestro tema tiene el hecho de que *Dignitatis Humanae* (nn. 2 y 13) no solo reconoce y proclama la libertad religiosa como un derecho civil personal, sino también su idoneidad para asegurar a la Iglesia su propia libertad.

<sup>8</sup> Cf. GIMONDI, P., *Il Diritto della Chiesa dopo il Concilio*, Milano 1973, pp. 167-168.



El n. 13a de la Declaración mantiene la centralidad de la *libertas Ecclesiae* como “*principio fundamental en las relaciones entre la Iglesia y los poderes públicos y todo el orden civil*”, a fin de que la Iglesia goce de toda la libertad de acción que requiera el cumplimiento de la misión recibida de Cristo.

Los títulos en base a los que la Iglesia reclama esta libertad son dos, como sabemos:

Primero, “*en cuanto es una autoridad espiritual, constituida por Cristo Señor, a la que por divino mandato incumbe el deber de ir a todo el mundo y predicar el Evangelio a toda criatura*”, título sobrenatural, exclusivo, difícilmente reconocible por el “Estado aparato”, incapaz de actos de fe, aunque sea válido para un grupo determinado más o menos amplio de ciudadanos: los católicos.

Pero, en segundo lugar, “*la Iglesia reivindica la libertad, en cuanto es una sociedad de hombres que tienen derecho a vivir en la sociedad civil según las normas de la fe cristiana*” que profesan; es decir, un grupo organizado de ciudadanos que, como los demás, tienen derecho a la libertad religiosa. Un título natural, común, en virtud del cual la Iglesia se presenta en el orden civil como una confesión entre las otras (13b).

Después de comparar estos dos títulos, el paso de *Dignitatis humanae* que estamos analizando establece la correspondencia entre ambos:

“*Ahora bien, donde rige como norma la libertad religiosa (...) llevada a la práctica con sinceridad, allí, en definitiva, logra la Iglesia la condición estable, de derecho y de hecho, para la necesaria independencia en el cumplimiento de la misión divina (...) Y al mismo tiempo los fieles cristianos, como todos los demás hombres, gozan del derecho civil de que no se les impida vivir su vida según su conciencia. Hay, pues, una concordancia entre la libertad de la Iglesia y aquella libertad religiosa que debe reconocerse como un derecho a todos los hombres y comunidades*” (DH 13c)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Se define así a mi parecer un dualismo no teológico sino natural, fundado en la libertad religiosa, más amplio y comprensivo que el clásico dualismo ‘cristiano’, que interpretando el dato revelado distingue sobre todo autoridades que se reparten el gobierno del ‘mundo’ (cristiano). Sobre la relación entre *libertas Ecclesiae* y libertad religiosa en *Dignitatis humanae*, cf. SPINELLI, L., *Libertas Ecclesiae*, Milano 1979, p. 189 y ss.



Desde la perspectiva del antes llamado *ius publicum ecclesiasticum*, cabe añadir que el concepto de *libertas Ecclesiae* no se restringe a la libertad de la jerarquía en el ejercicio de sus propios *munera*, sino que comprende igualmente la libertad de los católicos a vivir como tales en el ámbito civil, pues la misión de la Iglesia no se agota en la de los pastores, sino que cada fiel debe asumir en ella la responsabilidad que le incumbe según su condición.

La continuidad entre esta *libertas* que la Iglesia ha demandado durante toda su existencia y la libertad religiosa es piedra angular del edificio de la doctrina conciliar sobre las relaciones entre la Iglesia y la sociedad civil, con fuerte incidencia también en materia de acuerdos concordatarios; no tanto sobre su naturaleza jurídica de instrumentos bilaterales, cuanto sobre su fundamento, objetivos y contenido.

En lo que respecta al fundamento, ya hemos aludido a la opinión que considera suficiente la libertad religiosa como único y exclusivo principio rector de las relaciones Iglesia-Estado. Según este punto de vista el pasaje conciliar que estamos analizando significa la completa absorción de la *libertas Ecclesiae* en la libertad religiosa, o sea el abandono, no ya de cualquier veleidad privilegiada por parte de la Iglesia, sino de la misma posibilidad o conveniencia de un derecho especial sobre el factor religioso<sup>10</sup>; esto presupone una concepción minimalista y ahistórica de la libertad religiosa que acaba por reducirla a un separatismo que recuerda la ya citada frase atribuida al Conde Cavour<sup>11</sup>. Cabe preguntarse al menos si este modo de razonar sería aplicable a la protección de los derechos humanos por medio de pactos internacionales, que resultarían aconsejables solamente para países poco respetuosos de esos derechos, pero no para los otros.

Objetivo de estos acuerdos no es ya la protección de la verdad católica por parte del Estado, sino de la libertad e identidad religiosa de los católicos, de la Iglesia, a la que se “*garantiza –decía Pablo VI– el libre ejercicio de su misión espiritual y moral, por medio de justas, honestas y estables delimitaciones de las respectivas*

<sup>10</sup> Cf. SPINELLI, L., *Libertas Ecclesiae*, cit. pp. 195-197.

<sup>11</sup> Como observa Spinelli, el sistema de derecho común se ha demostrado históricamente genérico y no unívoco; por ejemplo: mientras en los países democráticos anglosajones la Iglesia ha gozado de libertad para fundar colegios y hospitales, en los países democráticos de corte continental esa libertad, que el derecho común tendía a negarle, solo la conseguía por medio del concordato (cf. SPINELLI, L., *Libertas Ecclesiae*, cit. pp. 210-212).



*competencias*”<sup>12</sup>, sin por ello negar la misma libertad a los demás. Este planteamiento aparece explícitamente ya en el concordato colombiano de 1973, en cuyo primer artículo “*el Estado garantiza a la Iglesia católica y a quienes a ella pertenecen el pleno goce de sus derechos religiosos, sin perjuicio de la justa libertad religiosa de las demás confesiones y de sus miembros, lo mismo que de todo ciudadano*”<sup>13</sup>.

Por otra parte, al proclamar la libertad religiosa como un derecho que debe ser respetado a individuos y confesiones en la sociedad, la Iglesia se considera a sí misma, como una formación social que actúa en la vida civil, obligada a respetar también ese derecho en los demás sujetos. No por razones tácticas o de conveniencia, sino porque, como leemos en la misma *Dignitatis Humanae*, este derecho “*está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana*” (n. 2a), cuya defensa y promoción pertenece a la misma misión de la Iglesia (GS 76a).

Al definir las relaciones entre Iglesia y comunidad política, la *Gaudium et spes* propone como premisa la independencia y autonomía de cada una en su propio campo, sin que esto signifique indiferencia mutua o desinterés, pues la razón de ser de ambas sociedades es la persona humana, a cuyo íntegro desarrollo han de servir, cada una según su propia competencia: prioridad de este servicio es el más amplio disfrute posible de los derechos humanos (GS 76c).

De modo que la libertad religiosa se ha convertido en un terreno concreto de encuentro y colaboración entre la comunidad política y la Iglesia, materia de interés común. El preámbulo del concordato portugués de 2004 lo expresa claramente: “*considerando i profondi rapporti storici tra la Chiesa Cattolica e il Portogallo e tenendo presenti le reciproche responsabilità che li vincolano, nell'ambito della*

<sup>12</sup> Traducción propia del original italiano cf. PAULUS PP. VI, «Allocutio. Ad clarissimum Virum Romanæ Studiorum Universitatis Rectorem ceterosque Iuris Canonici peritos, qui Coetui internationali interfuerunt Romæ habito, 20.1.1970», in *AAS* 62 (1970) p. 110: “(...) o in questa infonda la sua animazione per dominarla, o accordandosi con essa, la Chiesa voglia ancor oggi concedere, o chiedere privilegi, e non piuttosto, priva ormai di temporale potenza, né ambiziosa di ricuperarne il peso e il vantaggio, che ella altro desideri se non che effettivamente le sia assicurato il libero esercizio della sua spirituale e morale missione, mediante eque, leali e stabili delimitazioni delle rispettive competenze (...)”.

<sup>13</sup> Los acuerdos concordatarios que se citan pueden encontrarse en MARTÍN DE AGAR, J. T., *Raccolta di concordati 1950-1999*, Città del Vaticano 2000; ID., *I concordati dal 2000 al 2009*, Città del Vaticano 2010.





*libertà religiosa, al servizio del bene comune e all'impegno nella costruzione di una società che promuova la dignità della persona umana, la giustizia e la pace (...)*<sup>14</sup>.

Todo esto, concluye Dalla Torre, “*vuole dire in altre parole che se in passato i concordati avevano sostanzialmente motivazione nella garanzia della libertas Ecclesiae, cioè nella libertà di cui la istituzione ecclesiastica ha bisogno per esercitare la missione sua propria, oggi i concordati sembrano piuttosto centrati sull'esigenza di garantire la libertà religiosa individuale e collettiva, non solo in via di principio ma anche concretamente, non solo come libertà negativa ma anche come libertà positiva*”<sup>15</sup>.

#### 4. LA LIBERTAD RELIGIOSA COLECTIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Decíamos al principio que la libertad religiosa ha sido considerada sobre todo como un derecho individual. Y así ocurre en las declaraciones y convenios internacionales de derechos humanos; basta leer las formulaciones más conocidas, como la Declaración Universal (art. 18), el Convenio Europeo (art. 9) o la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12) para comprobarlo. Es verdad que en la ya clásica enunciación de esta libertad se repite como un estribillo lo de “*en público y en privado, solo o asociado con otros*”, pero el protagonista de todas estas posibles manifestaciones de la religión es siempre el individuo; los cultos o las comunidades confesionales no se mencionan.

Esta consideración estricta y limitadamente personal de la libertad religiosa llevó asimismo a la jurisprudencia europea a negar durante no pocos años a las confesiones la capacidad *standi in iudicio* para presentar denuncias de violación del art. 9. La Comisión Europea de Derechos Humanos estableció que, aunque otros grupos y organizaciones no gubernamentales podían presentar denuncias, las corporaciones confesionales, al ser personas legales y no naturales, eran incapaces de ser titulares y de ejercer los derechos del art. 9 y del art. 2 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>16</sup>; esos derechos,

<sup>14</sup> Cf. «Conventio inter Apostolicam Sedem et Rem Publicam Lusitanam, 8.12.2004», in AAS 97 (2005) p. 29. MARTÍN DE AGAR, J. T., *I concordati dal 2000 al 2009*, cit. p. 243.

<sup>15</sup> Cf. DALLA TORRE, G., «Concordati dell'ultimo mezzo secolo», en *Ius Ecclesiae* 12 (2000) p. 676.

<sup>16</sup> Decisión de la Comisión sobre admisibilidad en *Church of X vs United Kindom* (3798/68): “the Commission considers, however, that a corporation being a legal and not a natural person, is incapable



incluida la autonomía de organización y de funcionamiento, le estarían asegurados en cuanto están garantizados a sus miembros individualmente o en grupo<sup>17</sup>.

La Comisión cambió explícitamente esta doctrina, en *X and Church of Scientology vs Sweden* (7805/77) reconociendo lo artificial de la distinción entre una confesión y sus miembros en relación con el art. 9 del CEDH y afirmando que es capaz de poseer y ejercer como tal confesión los derechos de ese artículo; pero añade que ejerce esa capacidad propia en cuanto representante de sus miembros; lo cual, como ha señalado la doctrina<sup>18</sup>, no es exacto, las confesiones (como cualquier persona jurídica) tienen vida propia y son en sí mismas sujetos de la libertad religiosa, con independencia de sus adeptos, por y para los cuales existen<sup>19</sup>.

De manera semejante aparece la dimensión colectiva de la libertad religiosa también en el proyecto de pacto *sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, que acabó siendo

of having or exercising the rights mentioned in Article 9, paragraph (1), of the Convention and Article 2 of the First Protocol". En *Karnell and Hardt vs Sweden* (4733/71) la Comisión, en su *Report* de 27 de mayo de 1973, consideró la cuestión inadmisible en cuanto presentada por la Iglesia Evangélica Luterana de Suecia, y admisible en cuanto presentada por los matrimonios Karnell y Hardt, miembros de esta (*Report of the Commission*, 28 de mayo de 1983, p. 1).

<sup>17</sup> "Through the rights granted to its members under Art. 9, the church itself is protected in its right to manifest its religion, to organise and carry out worship, teaching practice and observance" (Decisión sobre admisibilidad en *X. vs Denmark* (7374/76), n.1). En realidad la Comisión había reconocido subjetividad a las iglesias en varios casos como el citado de reclamaciones contra ellas por parte de pastores o empleados disidentes, afirmando su derecho a organizarse, mantener una doctrina y a exigir una disciplina internas, frente a las cuales al disidente solo le cabe el derecho de abandonar la confesión, no el de pretender que esta las adapte a sus particulares opiniones.

<sup>18</sup> Entre otros cf. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 2 (1986) pp. 417-418.

<sup>19</sup> "The Commission, however, would take this opportunity to revise its view as expressed in *Application No. 3798/68*. It is now of the opinion that the above distinction between the Church and its members under Article 9 (1) is essentially artificial. When a church body lodges an application under the Convention, it does so in reality, on behalf of its members. It should therefore be accepted that a church body is capable of possessing and exercising the rights contained in Article 9 (1) in its own capacity as a representative of its members. This interpretation is in part supported from the first paragraph of Article 10 which, through its reference to "enterprises", foresees that a nongovernmental organisation like the applicant Church is capable of having and exercising the right to freedom of expression" (n. 2).



aprobado como *Declaración* en 1981, cuyo art. 6, aunque de modo accesorio, da por supuesto que existen comunidades e instituciones religiosas<sup>20</sup>.

En cambio, la dimensión comunitaria e institucional de la libertad religiosa aparece clara y directamente en el ámbito de la OSCE. Desde el Acta Final de Helsinki (1975) a los Documentos conclusivos de Madrid (1980) y Viena (1989), se ha ido recalcando progresivamente la importancia de la participación de las confesiones en la determinación de su estatuto civil<sup>21</sup>.

En particular el Principio 16 del citado Documento de Viena, que clausura la Reunión de la CSCE para seguimiento del Acta Final de Helsinki (de 1975)<sup>22</sup>,

<sup>20</sup> Adoptada por la Asamblea General en la Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981.

Article 6: In accordance with article 1 of the present Declaration, and subject to the provisions of article 1, paragraph 3, the right to freedom of thought, conscience, religion or belief shall include, inter alia, the following freedoms: (a) To worship or assemble in connexion with a religion or belief, and to establish and maintain places for these purposes; (b) To establish and maintain appropriate charitable or humanitarian institutions; (c) To make, acquire and use to an adequate extent the necessary articles and materials related to the rites or customs of a religion or belief; (d) To write, issue and disseminate relevant publications in these areas; (e) To teach a religion or belief in places suitable for these purposes; (f) To solicit and receive voluntary financial and other contributions from individuals and institutions; (g) To train, appoint, elect or designate by succession appropriate leaders called for by the requirements and standards of any religion or belief; (h) To observe days of rest and to celebrate holidays and ceremonies in accordance with the precepts of one's religion or belief; (i) To establish and maintain communications with individuals and communities in matters of religion and belief at the national and international levels.

<sup>21</sup> Del tema se ha ocupado con amplitud y profundidad BARBERINI, G., *Dalla C.S.C.E. all'O.S.C.E.: testi e documenti*, Perugia 1995.

<sup>22</sup> Suscrito el 15 de enero de 1989 por 35 Estados. El principio citado dice: "(16) A fin de asegurar la libertad de la persona de profesar y practicar una religión o creencia, los Estados participantes, *inter alia*,

(16.1) - adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación contra individuos o comunidades, por motivo de religión o creencia, en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, política, económica, social y cultural, y garantizarán la igualdad de hecho entre creyentes y no creyentes;

(16.2) - promoverán un clima de tolerancia y respeto mutuos entre creyentes de diferentes comunidades, así como entre creyentes y no creyentes;

(16.3) - otorgarán, a petición de las comunidades de creyentes que practiquen o deseen practicar su religión en el marco constitucional de sus Estados, el reconocimiento del estatuto que para ellas se prevea en sus respectivos países;

(16.4) - respetarán el derecho de esas comunidades religiosas a:

- establecer y mantener lugares de culto o de reunión libremente accesibles;
- organizarse de conformidad con su propia estructura jerárquica e institucional;



reconoce el papel central de las comunidades para el efectivo disfrute de la libertad religiosa personal; entre otras cosas los Estados parte se comprometen a garantizar a las confesiones un estatuto civil adecuado, a respetar su autonomía de organización y gobierno, financiera y en sus actividades propias (incluidas la adquisición, producción y difusión de propaganda religiosa). De modo expreso se afirma que las confesiones son sujetos activos de la libertad religiosa con los que los poderes públicos pueden establecer acuerdos; deben consultarlas y dialogar con ellas sobre las exigencias concretas que esa libertad comporta y favorecerán la presencia pública de las confesiones, también en los medios de comunicación.

Muy relacionado con la novedad de la amplitud con la que se aborda el tema de la libertad religiosa, está el hecho de haber sido parte en este acuerdo (y en el largo diálogo que lo precedió) los países del área comunista incluida la URSS. Muy poco después caían las barreras que separaban el mundo occidental del bloque comunista.

- elegir, nombrar y sustituir a su personal de conformidad con sus necesidades y normas respectivas, así como con cualquier acuerdo libremente establecido entre tales comunidades y su Estado;

- solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otra índole;

(16.5) - realizarán consultas con confesiones, instituciones y organizaciones religiosas, con el fin de obtener una mejor comprensión de los requisitos de la libertad religiosa;

(16.6) - respetarán el derecho de toda persona a impartir y recibir educación religiosa en el idioma de su elección, individualmente o en asociación con otras personas;

(16.7) - respetarán en este contexto, *inter alia*, la libertad de los padres de asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones;

(16.8) - permitirán la formación de personal religioso en las instituciones apropiadas;

(16.9) - respetarán el derecho de los creyentes individuales y de las comunidades de creyentes a adquirir, poseer y utilizar libros sagrados y publicaciones religiosas en el idioma de su elección, así como otros artículos y materiales relacionados con la práctica de una religión o creencia;

(16.10) - permitirán a las confesiones, instituciones y organizaciones religiosas la producción, importación y distribución de publicaciones y materiales religiosos y la difusión de los mismos;

(16.11) - prestarán favorable consideración al interés de las comunidades religiosas por participar en el diálogo público, *inter alia*, a través de los medios de comunicación.

(17) Los Estados participantes reconocen que el ejercicio de los derechos arriba mencionados relativos a la libertad de religión o creencia solo puede estar sujeto a limitaciones establecidas por la ley y que sean conformes con las obligaciones de esos Estados según el derecho internacional y con sus compromisos internacionales. Procurarán en sus leyes y reglamentaciones y en la aplicación de las mismas, asegurar la plena y efectiva realización de la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia”.



## 5. LIBERTAD RELIGIOSA PERSONAL Y DE LAS CONFESIONES; LA OPCIÓN CONCORDATARIA

La experiencia del llamado socialismo real había demostrado que la libertad de credo personal deviene utópica sin la de las iglesias y confesiones. Nótese que el citado principio del Documento de Viena declara que su objetivo es “*asegurar la libertad de la persona de profesar y practicar una religión o creencia*”, y precisamente por esto se ocupa de la libertad de las iglesias, comunidades y grupos religiosos en los que públicamente acontecen y se manifiestan esa profesión y práctica.

Todas las constituciones de los países comunistas proclamaban la libertad religiosa de los ciudadanos en términos muy parecidos a los de las constituciones de occidente<sup>23</sup>; además, en muchos casos el Estado –entre protestas de separación, aconfesionalidad y distanciamiento– asumía de hecho el control de las confesiones remitiendo a la ley el estatuto civil de las mismas, su organización interna, sus bienes<sup>24</sup> y a veces de modo explícito su sustentamiento<sup>25</sup>. Desprovista o limitada en su dimensión comunitaria, la religión se reduce al ámbito privado.

Al restaurar sus tradiciones constitucionales lo lógico era tender hacia una separación liberadora, y así sucedió desde un primer momento en muchos de estos países. Sin embargo –como dice Riobó– “*la aspiración consistía más bien en el deseo de eliminar el control del Estado sobre las Iglesias, aunque se expresara en una formulación poco exacta como separación*”<sup>26</sup> en el sentido de un laicidad estricta; de hecho, en los textos legales esa separación iba acompañada del reconocimiento de las confesiones con amplias seguridades de su capacidad y autonomía; en ningún caso la libertad religiosa fue restablecida solamente en su mera dimensión

<sup>23</sup> Con excepción de Albania, Const. de 1976, arts. 37 y 55.

<sup>24</sup> Así p. e. la Const. polaca de 1952 decía que las leyes civiles determinan los principios de las relaciones Iglesia-Estado y el estatuto de las demás confesiones y de sus bienes (art. 70.2). La Const. Rumana de 1965 decía “los cultos religiosos se organizan y funcionan libremente. Su modo de organizarse y de funcionar será determinado por la ley” (art. 30).

<sup>25</sup> Así la Const. de Bulgaria de 1971, art. 53.3.

<sup>26</sup> Cf. RIOBÓ, A., *El derecho de libertad religiosa en la República Checa y en la República Eslovaca*, Madrid 2005, p. 334.



individual, por el contrario, se ha dedicado atención particular a la dimensión comunitaria e institucional de este derecho<sup>27</sup>.

Esta dimensión se ha hecho cada vez más importante, a medida que los diferentes “ismos” de los últimos dos siglos (del liberalismo al comunismo) han puesto de manifiesto cuánto era de errado reducir la libertad religiosa al solo nivel individual, que equivale en la práctica al nivel de la conciencia personal. Si la experiencia reciente de estos países enseña la importancia de la libertad y autonomía de las confesiones en la realización de su tarea, también enseña que su ejercicio debe estar regulado por normas estables y claras.

Expresión civil de esta sensibilidad es el número creciente de Estados que han considerado el sistema de acuerdos con las confesiones como garantía de una adecuada regulación de la libertad religiosa. El acuerdo no es entendido ya como expresión de confesionalidad o privilegio, sino de libertad.

Siguiendo el precedente de países como Alemania, Austria e Italia, en muchos otros Estados que han vuelto a la democracia, la libertad religiosa ha sido restaurada poniendo especial énfasis en los aspectos colectivos de la religión (tal vez negados con especial dureza en el pasado), lo que comporta la posibilidad de acuerdos con las diferentes confesiones<sup>28</sup>. En este contexto, el concordato aparece

<sup>27</sup> Significativo p. e. es el título de la Ley húngara IV/1990 sobre *La libertad de conciencia y religión, y de las confesiones*, que lógicamente dedica la mayor parte de su articulado a las confesiones (texto inglés en *Legislation on Church-State Relations in Hungary*, ed. B. SCHANDA, Budapest 2002). Asimismo reconoce la libertad y autonomía de las comunidades religiosas el art. 16.2 de la *Carta de los derechos y libertades fundamentales*, elaborada en Checoslovaquia en 1991, aún vigente en ambos países tras la separación, si bien de diverso modo (en RIOBÓ, A., *El derecho de...*, cit. pp. 208-210 y 425-426). Sobre la distinción entre los aspectos colectivos, comunitarios e institucionales de la libertad religiosa se ha detenido SCHOUPE, J.-P., *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2015.

<sup>28</sup> Es el caso, entre otros, de España (Const. art. 16; LOLR art. 7); Lituania (Const. de 1992, art. 43); Colombia (art. 15 de la Ley Estatutaria 133/1994 por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Const.); Hungría, que ha firmado acuerdos con varias confesiones además de la católica; Polonia (Const. de 1997, art. 25); Eslovaquia (§4.5 de la Ley de libertad religiosa y estatuto de la Iglesias y confesiones religiosas de 1991, modificada en el 2000); Polonia (Const. del 1997, art. 25); Portugal (Lei da liberdade religiosa de 2001, arts. 45-51); Bielorrusia (Ley del 2002 sobre libertad religiosa y las organizaciones religiosas, art. 8). No se puede decir lo mismo de los países de tradición ortodoxa, donde la existencia de una Iglesia o confesión dominante parece absorber todas las posibilidades de acuerdos religiosos.



como un tipo especial de estos acuerdos, que a menudo ha abierto a otras confesiones la vía del pacto, en virtud del principio de la igualdad<sup>29</sup>.

Así que no pocas de estas naciones, sin renunciar a la separación, han optado por el sistema de acuerdos confesionales como mejor garantía de una adecuada regulación de la libertad religiosa. En Hungría, la constitución, al proclamar la libertad religiosa, establece que las iglesias actúan separadas del Estado (art. 60), lo que no ha impedido que ya en 1990 se firmara un primer acuerdo con la Santa Sede, al que siguieron otros dos en 1994 y en 1997; a estos se han añadido acuerdos con las iglesias Luterana, Reformada y Baptista, con la Federación de Comunidades judías y con la diócesis Serbo-Ortodoxa de Buda. Polonia, ya en la constitución de 1997<sup>30</sup>, decide que las relaciones del Estado con las confesiones se rijan por el concordato con la Santa Sede<sup>31</sup> y por acuerdos del Gobierno con las demás confesiones (art. 25. 4 y 5); también la Constitución lituana, al mismo tiempo que confirma que no hay religión de Estado, establece que “*el estatuto de las iglesias y otras organizaciones religiosas será establecido por Acuerdo o por Ley*” (art. 43.5 y 7) y así, en el 2000, ha firmado tres acuerdos parciales con la Iglesia.

También Eslovaquia tiene concluidos tres acuerdos con la Iglesia católica y uno con 11 confesiones registradas<sup>32</sup>. La misma línea siguen prácticamente todos

<sup>29</sup> Se puede decir que el Acuerdo italiano con la Santa Sede de 1984 ha puesto en marcha el sistema de *intese* con las demás confesiones.

<sup>30</sup> Polonia reconoció la libertad religiosa en la Constitución de 1791, art. 1, precisamente porque siendo católica razonó que la misma fe nos manda amar a todos sin distinción de credo. En todo lo referente a Polonia me apoyo en PIEGA, R., *Evoluzione del diritto ecclesiastico in Polonia dopo il 1989*, Roma 2001.

<sup>31</sup> Firmado en 1993 y ratificado en 1998. La distancia entre una y otra fecha se debe en este caso a la interpretación que algunos opositores hacían del principio de separación consignado en la Constitución de 1952 (“La Iglesia está separada del Estado” art. 82.2); la Constitución de 1997 lo sustituyó por los de mutua independencia y autonomía de cada cual en su ámbito y de cooperación (art. 25.3). Vid. KRUKOWSKI, J., «Problemi attuali e prospettive delle relazioni internazionali giuridiche fra gli Stati dell’Europa centrale e orientale e la Santa Sede», en *Relazioni internazionali giuridiche bilaterali tra la Santa Sede e gli Stati: esperienze e prospettive*, ed. ŠMID, M. - VASILE, C., Città del Vaticano 2003, p. 100.

<sup>32</sup> Sobre estos acuerdos se pueden ver MARTÍN DE AGAR, J. T., «Breves observaciones sobre el sistema de acuerdos confesionales en Eslovaquia», en *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls* 1, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESSEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., Madrid 2013, pp. 1591-1602.





los países del área como Letonia y Estonia<sup>33</sup>, y los que formaron parte de Yugoslavia: Eslovenia, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Macedonia y Montenegro; también Albania ha firmado acuerdos en 2002 y 2009. En el área asiática de la antigua URSS, han concluido acuerdos con la Santa Sede Kazakstán en el 2000 y Azerbaiyán en el 2011. A estos habría que sumar los Acuerdos generales con los Lander, que hasta 1989 componían la República Democrática de Alemania (DDR). Para algunos de estos países el modelo pacticio significa también la vuelta al sistema precedente al comunismo, enlazando con el florecer de los concordatos propiciado por Benedicto XV tras la Primera Guerra Mundial.

Así que, como hemos visto, la opción pacticia tiene insignes precedentes en Alemania y Austria<sup>34</sup>, cuyos respectivos concordatos, ambos de 1933, son los más antiguos en vigor, precedidos formalmente por el de Italia de 1929 (sustituido por el Acuerdo de 1984), que ha asumido tal opción como un compromiso para el Estado expresado en los arts. 7 y 8 de la Constitución de 1947<sup>35</sup>: el primero establece que sus relaciones con la Iglesia se rigen por los llamados Pactos Lateranenses (1929), y el segundo, además de asegurar la libertad y autonomía de las demás confesiones, añade que asimismo “*sus relaciones con el Estado se rigen por leyes basadas en acuerdos (intese) con los representantes de cada una*”<sup>36</sup>. De este modo, como dice Cardia, “*de ser excepción, el sistema pacticio ha pasado a ser regla*”<sup>37</sup>, y

<sup>33</sup> Sobre los acuerdos concordatarios de estos países MARTÍN DE AGAR, J. T., «Studio comparativo dei concordati tra la Santa Sede e gli Stati dell'europa Centrale e Orientale», en *Relazioni internazionali giuridiche bilaterali...*, cit. pp. 61-88.

<sup>34</sup> Para el caso alemán, ROUCO, A. M., «Los tratados de las Iglesias protestantes con los Estados», en *La institución concordataria en la actualidad*, Salamanca 1971, pp. 105-133.

<sup>35</sup> Art. 7. Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

Art. 8. Tutte le confessioni sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

<sup>36</sup> Las interpretaciones que la doctrina italiana hace de este párrafo son diversas, como he tenido ocasión de exponer en MARTÍN DE AGAR, J. T., «Situación jurídica de las confesiones cristianas no católicas en Italia», en *Comunidades Cristianas no católicas*, ed. CATALÁ RUBIO, S., Cuenca 2004, pp. 113-131.

<sup>37</sup> Cf. CARDIA, C., *Stato e confessioni religiose*, Bologna 1988, p. 149. El influjo de la Constitución italiana en el art. 25 de la polaca, arriba citado, parece evidente.





así más de diez confesiones no católicas han accedido al sistema de concertación con el Estado<sup>38</sup>. De un somero estudio comparativo ya se puede apreciar que, aun siendo igual la libertad de todas (y sus respectivas *intese* cortadas según el mismo patrón), cada confesión presenta exigencias particulares; es el caso de algunos miembros autorizados (*colportori*) de las Iglesias Adventistas, que gozan de la consideración de vendedores ambulantes a fin de que puedan vender la Biblia casa por casa según su tradición<sup>39</sup>; o la autorización dada a los mormones para distribuir gratuitamente en lugares públicos el Libro de Mormon<sup>40</sup>.

En España, la Constitución ha elegido también la vía de la cooperación Estado-confesiones. Aunque, a diferencia de Italia, esta no tiene que desembocar necesariamente en acuerdos, sin embargo así ha sido en el caso de la Iglesia católica (de hecho las negociaciones de los Acuerdos en vigor corrieron paralelas al debate constituyente), de las comunidades Evangélicas, Israelíticas e Islámicas españolas.

En este sentido y de modo general, los acuerdos confesionales son también un indicador útil del respeto de la diversidad dentro de la igualdad de derechos; además, pueden jugar un papel moderador del igualitarismo minimalista, de la pretensión de los poderes públicos de fijar *standards* de libertad que bajo la enseña de la igualdad puedan revelarse insuficientes o injustificadamente restrictivos.

Sus cláusulas diseñan un estatuto concreto de libertad que es resultado de una negociación que en lo posible se ajustará a las necesidades específicas de la comunidad de que se trate. En este plano de las provisiones concretas, más allá de las declaraciones iniciales de intenciones o principios, sobre los que las partes pueden o no coincidir, el concordato y/o acuerdo confesional de que se trate cumple “*un papel mucho más concreto: determinar aspecto de la aplicación del principio de libertad religiosa a las necesidades de la presencia en la sociedad civil de la confesión signataria. Por vía concordataria es posible, así, aportar garantías jurídicas*

<sup>38</sup> Como es sabido, a pesar de estar previstas en la Constitución (1947), la primera de estas convenciones no se firmó hasta 1984, tras la reforma del concordato de 1929 con la Santa Sede. Sobre el tema se puede ver LILLO, P., *Concordato, «Accordi» e «Intese»*, Milano 1990.

<sup>39</sup> Cf. *Legge*, 22 noviembre 1988, art. 5. *Intesa* Italia-Chiese Avventiste, 29 diciembre 1986, art. 14.

<sup>40</sup> Cf. *Legge* 127, 30 julio 2012, art. 2.4. *Intesa* Italia-Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, art. 1.4.



*que refuercen el estatuto de libertad, que a la Iglesia compete en el ámbito del Derecho estatal*<sup>41</sup>.

Desde luego esta vía no excluye otras formas de cooperación ni es incompatible con ellas, por ejemplo, la destinación de espacios públicos a edificios de culto o la asistencia religiosa en cuarteles, hospitales o lugares de detención. Sin embargo, ciertos aspectos de la libertad religiosa parecen postular una protección o tutela *ad hoc*; y bien pensado cualquier forma de colaboración Estado-confesiones requiere un mínimo de acuerdo, cualquiera que sea su nivel y forma.

Por otra parte, la concertación es práctica habitual, diría necesaria, en muchos ámbitos de libertad colectiva diferentes de la religiosa, como el laboral (donde entran en juego la autonomía sindical y empresarial), el profesional, económico e industrial, el simplemente político entre los diversos niveles institucionales o territoriales de poder y representación, o en fin, el cultural. Son, en definitiva, esos espacios de libertad y participación cuya tutela y promoción efectivas demandan a las autoridades públicas los arts. 6, 7 y 9.2 de nuestra Constitución.

La adecuada distinción entre Estado y sociedad postula la comprensión de que un Estado social, como define a España la primera frase de su Constitución, es justo lo contrario de una sociedad estatalizada.

<sup>41</sup> Cf. LOMBARDÍA, P., «El procedimiento de revisión del concordato en España», en ID., *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado* 4, Pamplona 1991, pp. 422-423.

