

EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU
Universidad de Málaga

1. PLANTEAMIENTO INICIAL: LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.—2. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA Y SU FORMULACIÓN POSITIVA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO UN DERECHO DE LIBERTAD.—3. DELIMITACIÓN INDIRECTA, INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL Y DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA.

1. PLANTEAMIENTO INICIAL: LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Cuando el estudioso del Derecho público se libra a la tarea de tratar de desentrañar el significado y alcance del derecho consagrado en el artículo 16.1 de la Constitución española, en el que se reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto, el primer dato que probablemente ha de reclamar su atención es el de que, a diferencia de lo que suele acontecer respecto de la mayor parte de los derechos constitucionales, existe ya toda una disciplina académica autónoma, correlato de la correspondiente área de conocimiento, cuyo campo de actuación se circunscribe precisamente al estudio de aquel precepto; es más, ni siquiera de todo el contenido del precepto, sino, aparentemente, tan sólo del que se refiere a la libertad religiosa, puesto que es esta libertad la que ha sido administrativamente predeterminada como integrante del objeto propio del Derecho Eclesiástico del Estado en nuestro sistema educativo.

Este último es un aspecto que, de entrada, plantea una cuestión previa a la indagación de la naturaleza jurídica del derecho proclamado, cual es el de

la determinación de si estamos en presencia de un único derecho o de derechos distintos. El tema, obviamente, afecta a la construcción dogmática del sistema constitucional de derechos y libertades pero, asimismo, se extiende más allá de la misma y alcanza de pleno al concepto y desarrollo de la disciplina académica del Derecho Eclesiástico, situándose en este ámbito en el origen del sugestivo debate, actualmente en curso, en torno a las tesis doctrinales que plantean la necesidad de revisar sus fundamentos y configuración como tal disciplina autónoma.

En este sentido y sin ánimo de abundar en cuestiones que ya hemos tratado por extenso en otras sedes (1), por lo que ahora nos interesa, nos limitaremos a poner de relieve que la adecuada interpretación sistemática del artículo 16, presidida por la cláusula de remisión hermenéutica que se contiene en el artículo 10.2, apunta inequívocamente hacia la existencia de un sólo derecho al que, por otra parte, la doctrina científica se ha referido utilizando distintas denominaciones que son, a estos efectos, intercambiables, como es el caso de la libertad ideológica y religiosa, la libertad de creencias, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento, etc. El enunciado formalmente tripartito de nuestra norma constitucional sólo puede ser entendido, en el contexto del sistema, como un descriptor de las dimensiones en las que se manifiestan socialmente las convicciones individuales o, en terminología de inspiración germana, la particular cosmovisión de cada uno. Similar fórmula tripartita (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) fue también empleada en la confección del artículo 18 de la Declaración Universal y del mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, lo que no fue obstáculo para que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Comentario General de 20 de julio de 1993, proclamase su condición de portador de un régimen común de protección, dispensado a la libre manifestación de las convicciones cualquiera que fuese su naturaleza, confirmando así el concepto unitario de la libertad de creencias que ya aparecía de hecho formulada como tal en el Preámbulo de la Declaración (2). La presencia en nuestro ordenamiento de un desarrollo especial del derecho de libertad religiosa (Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio), concebido como un derecho autónomo en función de su objeto y contenido específicos, es consecuencia de una desafortunada y asistemática opción por parte

(1) Cfr. J. R. POLO, *¿Derecho Eclesiástico del Estado o Libertades Públicas? Notas para una interpretación sistemática del artículo 16 de la Constitución*, Málaga, 2002; *Idem*, «Acotaciones al régimen jurídico de las entidades religiosas a la luz de la garantía constitucional de la libertad de asociación», en *Cuadernos de Derecho Público*, 18 (2003).

(2) *Vid.* al respecto, E. SOUTO GALVÁN, *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, Madrid, 2000, págs. 31-35.

del legislador postconstitucional que, de modo palmario e injustificado, vino a quebrar la unidad de significado que a tenor de los textos internacionales debe atribuirse a la libertad ideológica y religiosa, actitud que, por lo demás, queda claramente al descubierto cuando se percibe el carácter reiterativo de las facultades reconocidas en la Ley respecto del régimen común de derechos y libertades o, más abiertamente incluso, las remisiones expresas que en la misma se hacen al mencionado régimen común.

Despejada esta duda acerca del concepto unitario del derecho proclamado —al menos lo está para nosotros, aunque no así para un amplio sector doctrinal (3)—, cabe aún preguntarse por el tipo de derecho constitucional de que se trata, habida cuenta de que el constituyente, desde el punto de vista de la terminología de la que fue revestido el régimen de los derechos constitucionales, no acuñó una sola categoría formal sino que, antes bien, optó por emplear una variada nomenclatura, entre la que se cuentan los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 81), los derechos y libertades (art. 53.1), los derechos inviolables (art. 10.1), los derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a), etc.

Una primera aproximación a este problema, sobre la base del llamado *argumentum a rubrica*, permite concluir inductivamente, a la vista del enunciado de la Sección en que se encuentra ubicado el precepto, que la libertad ideológica y religiosa sólo puede ser un derecho fundamental o una libertad pública, una conclusión que se vería además reforzada en el plano de las garantías, también a través del método inductivo, por la constatación de que a la libertad ideológica y religiosa le es aplicable un régimen de protección especialmente reforzado, que se desarrolla formalmente bajo una rúbrica que apela a las garantías de las libertades y derechos fundamentales (Capítulo Cuarto del Título Primero). Cierto es que la idea de recurrir al *locus* constitucional en el que se encuentra recogido el derecho o al singular régimen de tutela de que este está dotado, como fundamentos de la particular adscripción de tal derecho a una u otra categoría o, incluso, como elementos determinantes en la definición misma de las distintas categorías de derechos constitucionales, ha sido fuertemente cuestionada, no sólo por la doctrina

(3) Parece ociosa aquí la referencia bibliográfica en el marco de la doctrina eclesiasticista. Baste decir que la mayoría de los autores que se adscriben a ese ámbito disciplinar adoptan como punto de partida la concepción autónoma de la libertad religiosa como un derecho especial, pues no en vano la noción más extendida del Derecho Eclesiástico del Estado se fundamenta, precisamente, en una tal concepción que, por lo demás, ha calado notablemente en otros sectores de la literatura publicista. En este sentido *vid.*, por todos, J. M. BENEYTO, «Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa», en Ó. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, II, Madrid, 1997, págs. 313-15.

científica, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, particularmente en relación con la categoría de los derechos fundamentales, advierte que no cabe distinguirlos ni por su concreta ubicación en el seno del texto constitucional ni por la forma en la que quedan allí garantizados (cfr. STC 160/1987) y, asimismo, desde una perspectiva más general, señala que «la interpretación sistemática de los preceptos constitucionales a partir de la rúbrica del Título o Capítulo en el que se contienen no ha de considerarse, siempre y en todos los casos, un criterio hermenéutico decisivo más allá de lo que se desprende del propio tenor literal o del sentido de aquéllos» (ATC 201/2000). No obstante, sí parece existir un cierto consenso doctrinal respecto al hecho de que los preceptos contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero constituyen el núcleo tutelar de los derechos fundamentales y libertades públicas, sin perjuicio de que pueda sostenerse la existencia de otros derechos fundamentales al margen de los allí contemplados o de que, inversamente, se halla podido constatar que no todo lo que allí se protege responde precisamente al concepto de derecho fundamental (se ha hablado también de principios constitucionales, reglas o principios de organización, garantías institucionales, etc.)

Quedaría entonces por determinar a cuál de estas dos categorías pertenece la libertad ideológica y religiosa, en el bien entendido de que se trate de dos categorías diferentes. Porque en efecto, la distinción de ambas nociones se inscribe en el más amplio contexto de la tradicional discusión acerca de la muy variada terminología con la que se suele adornar el estudio de los derechos y libertades, que además ha estado ligada comúnmente al problema filosófico de su adecuada fundamentación [con razón se ha dicho que este debate terminológico es al final también conceptual e ideológico (4)]. Este debate, alimentado por la utilización de términos tan variados como los derechos humanos, los derechos fundamentales, los derechos naturales, los derechos del hombre, etc., e igualmente fomentado por la pugna entre las concepciones filosóficas de corte iusnaturalista y las posiciones más apegadas a una estricta fundamentación positiva de los derechos, parece haber perdido aliento en la actualidad, pudiendo constatarse, las más de las veces, la utilización indistinta de uno u otro término en la consideración dogmática de los derechos, un fenómeno que bien podría ser el reflejo de la misma utilización indistinta de diferentes categorías formales (derechos humanos, derechos y libertades fundamentales, derechos fundamentales) empleada en la rúbrica de los textos internacionales suscritos en la materia.

(4) Cfr. N. M. LÓPEZ CALERA, «Naturaleza dialéctica de los derechos humanos», en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, 2 (1989-90), pág. 20.

Así pues, desde una perspectiva amplia, ante la profusión terminológica con que se manifiesta la Constitución en este campo y la ausencia de un criterio estricto y uniforme de adscripción nominal a una u otra categoría, tanto la experiencia de la construcción científica del sistema de los derechos constitucionales, como la praxis de los operadores jurídicos en este campo, abonarían ambas la tesis de la posible consideración formal indiferenciada de la libertad ideológica y religiosa como un derecho fundamental o como una libertad pública. Sirva como ejemplo el hecho de que la Ley Orgánica 7/1980, en la que se desarrolla especialmente el régimen de la libertad religiosa, tradicionalmente considerada esta por la doctrina como uno de los paradigmas de las libertades públicas (la primera de las libertades desde el punto de vista histórico, como evidenciara magistralmente Jellinek en su célebre estudio sobre los orígenes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), se refiere textualmente en su artículo 1 al *derecho fundamental a la libertad religiosa* reconocida en la Constitución. Más significativo, si cabe, del carácter intercambiable de ambas categorías, resulta el caso de otra de las más clásicas libertades públicas, indisolublemente ligada a los orígenes mismos de la tradición liberal burguesa, como es la libertad de expresión, consignada formalmente a un tiempo en el artículo 20 de la Constitución española como un derecho (aptdo. 1.º) y como una libertad (aptdo. 4.º).

Con todo, sin dejar de reconocer el valor relativo de la distinción entre derechos fundamentales y libertades públicas (5), como el de cualquier otra clasificación que pueda establecerse en materia de derechos constitucionales (6), restaría aún por precisar el alcance de la segunda de esas categorías, de inequívoco sabor francés, como categoría jurídica en algún sentido autónoma y acaso dotada de unos rasgos distintivos que la hagan de suyo apta para mejor definir el perfil de unos u otros derechos constitucionales, lo que a su vez nos llevaría a valorar la conveniencia de considerar como integrante de la misma a la libertad ideológica y religiosa. En este sentido, quienes entre nosotros han dedicado una especial atención al empeño de fundamentar y hacer efectiva en la elaboración dogmática una noción específica de las libertades públicas, como categoría jurídica teóricamente independiente de la de los derechos fundamentales, han destacado que en ambos casos se trata de nociones muy próximas e incluso complementarias, que participan del mismo *substratum* en tanto que definitorias de una misma realidad jurídica, y que se diferencian básicamente por razón de la perspectiva formal desde la

(5) Vid. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, págs. 35-38.

(6) Cfr. J. MORANGE, *Libertés publiques*, París, 1985, pág. 114.

que contemplan esa realidad, siendo así que con el término libertades públicas se estaría en cierto modo subrayando el elemento objetivo del ámbito o contenido de la actuación del sujeto que se protege por la norma, mientras que con la expresión derecho fundamental se pretendería calificar primordialmente la dimensión subjetiva y atinente a las facultades concretas del individuo que se reconocen jurídicamente (7).

Aun admitiendo que no debemos otorgar a la distinción entre ambas categorías una significación material de la que seguramente carece y, en consecuencia, asumiendo que su utilización indistinta por el ordenamiento positivo responde de hecho a su carácter en lo esencial ambivalente, tampoco podemos ignorar que existe en este aspecto una concepción científica muy extendida, que tiende a localizar en el núcleo de la categoría formal de las libertades públicas precisamente a la libertad de pensamiento y, particularmente, al conjunto de manifestaciones o concreciones especializadas de la misma (libertades de expresión, de enseñanza, de asociación, etc.), que son fruto en la tradición occidental del carácter dinámico que el principio de historicidad, como así lo designó García-Pelayo (8), impone al reconocimiento jurídico de los derechos en los textos constitucionales. La libertad ideológica y religiosa y, con ella, las libertades especializadas de contenido intelectual, cualquiera que sea la denominación que se adopte para designarlas [libertades del pensamiento (9), libertades del espíritu (10), etc.], son comúnmente consideradas como el paradigma de las libertades públicas.

No obstante, tal vez no resulte de especial utilidad para explicar esta habitual identificación el hecho de que se haya podido percibir una dimensión objetiva, conectada al ámbito de actuación que se protege, y una dimensión subjetiva, concerniente a las facultades que se atribuyen al titular del derecho, como facetas integrantes del contenido de la norma que enuncia un derecho fundamental. Y ello porque, en rigor, el derecho subjetivo comporta el reconocimiento tanto de facultades como de pretensiones que pueden los titulares del derecho hacer valer en cuanto tales [lo que se ha designado como las *titularidades subjetivas* que genera el núcleo institucional del derecho: facultades de hacer, de imponer que otros hagan o toleren, de pedir ayuda para que no se coarten sus contenidos, etc. (11)] y, por lo que hace a las li-

(7) R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Estudio sobre las Libertades*, Valencia, 1989, págs. 36 y ss.

(8) M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1999, pág. 152.

(9) J. RIVERO, *Les Libertés publiques*, 2, París, 1983, págs. 135 y ss.

(10) J. ROBERT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, París, 1988, pág. 387.

(11) Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pág. 57.

bertades públicas, el elemento pretendidamente objetivo, relativo al ámbito o contenido de la actuación que se tutela, no resulta fácilmente discernible en el plano conceptual respecto de la pretensión de no ver interferida la libre actuación individual en un ámbito social determinado (*agere licere*). Las distintas posiciones tradicionalmente alumbradas en el propio debate iusfilosófico acerca de la significación del concepto de derecho subjetivo [derecho como ausencia de prohibición, como permisión directa, como correlato de obligaciones de otros, como demanda de la conducta de un tercero, etc. (12)] evidencian la complejidad inherente al intento de diferenciar, a los efectos que ahora nos ocupan, los dos referidos ámbitos subjetivo y objetivo, una complejidad que, por lo demás, en el caso de la delimitación del alcance de la libertad ideológica y religiosa, se ve incrementada por el notable nivel de abstracción normativa en la Constitución, y la consiguiente falta de concreción de las facultades en que se traducen las titularidades subjetivas derivadas del derecho fundamental (13). No ponemos en cuestión, por tanto, la validez de la distinción de perspectivas formales propuesta por la doctrina; sencillamente constatamos la escasa virtualidad selectiva que dicha distinción presenta cuando se trata de acotar un ámbito jurídico propio para la noción de libertades públicas. De hecho, en alusión al concepto genérico de derecho fundamental, integrante tanto de los derechos como de las libertades, se ha podido identificar su dimensión subjetiva con la garantía de autodeterminación que comporta «un *derecho* (poder jurídico) o sobre un ámbito de la realidad individual que expulsa de ella el ejercicio de poder público, o un *derecho* (poder jurídico, también) sobre la prohibición misma de ejercicio de poder público, con el que reflejamente también se cobija una esfera vital» (14). Sucede pues que las libertades públicas constituyen asimismo derechos subjetivos en su reconocimiento jurídico por lo que, también en este aspecto, su posible diferenciación respecto de los derechos fundamentales parece obedecer más bien a una mera convención del lenguaje, sin repercusiones sustantivas en el plano de la significación constitucional de unas y otros.

Posiblemente, desde una perspectiva amplia, la explicación más plausible de la común consideración de la libertad ideológica y religiosa y sus de-

(12) Vid. al respecto, C. S. NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, 1989, págs. 25 y ss.

(13) Cfr. A. MORENO, «Significado constitucional de la libertad ideológica», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 7 (1995), pág. 104.

(14) I. VILLAVARDE, «Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales», en VV.AA., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, pág. 325. La cursiva es del autor citado.

rivaciones como pertenecientes a la categoría de las libertades públicas deba buscarse, más bien, en el terreno de las técnicas de garantía de los derechos, a partir de la delimitación teórica de categorías jurídicas como la del derecho de libertad o el derecho de prestación, dada la tradicional identificación entre la noción de libertad pública y la técnica del derecho de libertad. Se trata de categorías cuya formulación diferenciada atiende fundamentalmente a la finalidad de cada derecho y, al mismo tiempo, parece estar en función de su mayor proximidad a alguno de los dos valores que se sitúan en la base de la concepción filosófica de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, la libertad y la igualdad. Si hiciésemos aquí proyección de la distinción dualista que propone Zagrebelsky entre los derechos de libertad y los derechos de justicia, entendidos como distintos tipos de derechos que se distinguen por su diversa finalidad, habríamos de significar entonces que las libertades públicas incorporan en su estructura la técnica normativa del derecho de libertad precisamente porque es esta técnica la que mejor se adapta al particular *ethos* de que las mismas participan, esto es, aquel que permite identificarlas propiamente como atributivas de derechos orientados a la libertad (15). También en el contexto de la agrupación descriptiva de los derechos fundamentales que realiza Schneider, se adscriben las libertades públicas (calificadas como derechos clásicos de libertad) a la categoría de las denominadas *garantías de libertad* (16).

Sin abandonar esta perspectiva de análisis y, de hecho, en íntima relación con la necesidad de conformar jurídicamente un ámbito de autonomía individual e inmunidad de coacción, como garantía del derecho orientado al valor de la libertad, con toda probabilidad puede afirmarse que el elemento que mejor justifica el entendimiento de la libertad ideológica y religiosa como una libertad pública es el que nos remite al contenido propio del derecho, al carácter de la obligación que su reconocimiento impone en un tercero ajeno a su titular y que, por ello mismo, condiciona la forma de su ejercicio. En este caso, la noción de libertades públicas, en el más genuino sentido que le otorga la doctrina francesa, se justifica por el hecho de que la que constituye su obligación principal, ligada a su objeto típico, se configura como una obligación negativa o de abstención por parte del sujeto obligado, recibiendo entonces las libertades públicas la consideración de verdaderos derechos de

(15) Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 1995, págs. 75 y ss.

(16) Cfr. H. P. SCHNEIDER, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en ID., *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, págs. 130-131.

autonomía (17). Al particular modo de ejercicio del derecho de autonomía, que lo es por razón del carácter de la obligación principal que integra su contenido típico, le correspondería en principio, por lo tanto, la categoría del derecho de libertad como técnica de positivación.

2. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA Y SU FORMULACIÓN POSITIVA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO UN DERECHO DE LIBERTAD

Se ha llamado la atención sobre el hecho de que, en cada sistema constitucional de derechos, la singular estructura y función de cada uno de ellos no deriva sino de su concreta positivación, por lo que todo intento doctrinal de trasladar construcciones jurídicas provenientes de otro ordenamiento resultará inadecuado si no se realiza cuidadosamente, esto es, con especial atención a la particular formulación positiva en el mismo del derecho de que se trate (18). Y lo que es válido como advertencia frente al riesgo de absorción acrítica de las doctrinas elaboradas a partir de sistemas foráneos, puede también serlo, indirectamente, como un modo de subrayar que la determinación de los caracteres de un concreto derecho fundamental, tanto como su adscripción a una u otra categoría teórica, deben necesariamente tomar como referencia la singular opción adoptada por el constituyente, en el plano de la técnica legislativa, a la hora de confeccionar el precepto en el que tal derecho se ve reconocido.

El que dicha opción responda a su vez, en cada caso, al trasfondo ideológico que subyace a la aparición histórica de los distintos tipos de derechos y les otorga su significado propio en cuanto tales (derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos de participación, etc.), no impide el que sea más bien la particular técnica de positivación utilizada, y no otro tipo de consideraciones ajenas a la misma, la que permita extraer las consecuencias jurídicas que harán visible la naturaleza del derecho proclamado. Por poner un ejemplo de lo que queremos significar, si se puede afirmar que la libertad de expresión posee la naturaleza jurídica propia de un derecho de libertad, ello es así, sencillamente, porque el constituyente no reconoció a su titular la facultad de exigir a los poderes públicos la realización de la prestación que constituye su objeto típico al proceder a la positivación del derecho, limitán-

(17) Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, págs. 132-33.

(18) Cfr. T. FREIXES, *Constitución y Derechos Fundamentales, I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*, Barcelona, 1992, págs. 89-90.

dose a garantizar una esfera de libertad y de correlativa inmunidad de coacción en ese terreno, y no tanto porque la facultad de expresar libremente y sin trabas las opiniones individuales aparezca históricamente, como de hecho es el caso, indisolublemente ligada a la herencia ilustrada y al pensamiento liberal clásico, reclamando prioritariamente en este contexto histórico la garantía de la abstención estatal en su contenido.

La determinación de la naturaleza jurídica de un derecho y su consiguiente calificación como integrante de una u otra categoría doctrinal es, a estos efectos, una tarea fundamentalmente descriptiva, para la que no puede prescindirse del dato positivo en la Constitución. Desde esta óptica, la proclamación dogmática de la pertenencia de un derecho a la categoría de los derechos de libertad o de los derechos de prestación no es más que el reflejo teórico de su estructura formal en un concreto ordenamiento jurídico. En este sentido, se ha subrayado en sede doctrinal que la noción de la naturaleza jurídica de las instituciones carente de connotaciones esencialistas y, por ello, más próxima a la que se designa como una *concepción técnico-instrumental* de la misma, de carácter eminentemente convencional, presenta unas consecuencias especialmente ventajosas en el plano de la función calificadora de los conceptos jurídicos y de la explicación y comprensión del Derecho positivo (19). Ésta es, precisamente, la perspectiva formal desde la que afrontamos aquí el estudio de la naturaleza constitucional de la libertad ideológica y religiosa. Así pues, no se trataría tanto de la búsqueda de una hipotética naturaleza esencial del derecho fundamental, como de la determinación de la naturaleza jurídica del particular precepto constitucional que lo regula, a partir de las categorías explicativas de dicha naturaleza elaboradas doctrinalmente (20).

En todo caso, y sin renunciar a la idea de que es la estructura formal de la norma que enuncia un derecho la que da razón de su naturaleza jurídica, parece también indudable que, en el caso de algunos derechos fundamentales (las libertades públicas constituyen un buen ejemplo de ello), su reconocimiento positivo como derechos de libertad se presenta como una consecuencia natural del tipo de objeto de que se trate y que, al estar este tan estrechamente conectado con la idea de la garantía jurídica de la libertad individual en tanto que derechos de clásica filiación liberal, resulta difícilmente conce-

(19) Cfr. I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, 1994, págs. 23 y ss.

(20) Cfr. L. AGUIAR, «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español», en *Revista de Derecho Político*, 18-19 (1983), pág. 21.

bible otra forma de positivación que no sea la del estricto reconocimiento de una esfera de libertad e inmunidad. Podría decirse entonces que, si el constituyente optó por la técnica normativa del derecho de libertad, ello fue así, sencillamente, porque la particular naturaleza del objeto, tanto como la significación que este otorga al derecho que lo alberga, no admiten otro modo de reconocimiento jurídico. Algo así como afirmar que la naturaleza del objeto de las libertades públicas predetermina inevitablemente su técnica de positivación como derechos de libertad, del mismo modo que, paralelamente, la naturaleza del objeto de los derechos sociales condiciona su tipificación como derechos de prestación. Esta afirmación nos situaría de nuevo ante la distinción doctrinal entre los derechos orientados al valor de la libertad o al de la igualdad y, como es notorio, lleva implícita una cierta connotación esencialista, en la medida en la que una u otra finalidad pueden ser percibidas como elementos integrantes del particular núcleo objetivo que otorga al derecho un concreto significado y, en tal sentido, conforma una naturaleza esencial que se concibe como previa a su reconocimiento jurídico. Este planteamiento, además, se corresponde con la delimitación del concepto del *contenido esencial* por parte del Tribunal Constitucional (cfr. STC 11/1981), en la que se advierte la presencia de una naturaleza jurídica preexistente de cada derecho, que permite hablar de un tipo abstracto al que debe atenerse el legislador, y de la que no se halla ausente la percepción en el régimen constitucional de cada uno de los derechos de una garantía de ciertos fines institucionalizados por la Constitución.

Con todo, el desarrollo del problema conceptual que nos ocupa no se detiene aquí, ya que además, en cierto modo, en el contexto de las profundas transformaciones operadas por el constitucionalismo del Estado social, ya no parecen estar tan claros los perfiles de las tradicionales categorías teóricas que se correspondían con la influencia en los catálogos de derechos de las grandes corrientes ideológicas y filosóficas y que, genéricamente, asignaban al clásico liberalismo burgués la categoría de los derechos de libertad o autonomía, o atribuían a la influencia de la crítica socialista a ese modelo la formulación teórica de los derechos de prestación.

Como es sabido, en el Estado social y democrático de Derecho que instaura la Constitución española, la proclamación de la igualdad sustancial y de la consiguiente función promocional de los derechos fundamentales (art. 9.2), como una función prioritaria de los poderes públicos, permite descubrir también en los derechos de libertad una cierta dimensión prestacional, adyacente a su contenido típico que tradicionalmente se agotaba en la abstención del Estado en la esfera de su ejercicio. En tal caso, la dimensión o faceta prestacional, consistente en la posibilidad de exigir de los poderes pú-

blicos la realización de una actuación tendente a remover un obstáculo impuesto a la plena efectividad del derecho, será tan definitoria de su naturaleza como la pretensión misma de no ser interferido en su ejercicio, pretensión esta en la que se concreta su contenido típicamente abstencionista. Ya no cabrá entonces hablar de un derecho de libertad en sentido estricto sino de un *derecho mixto* (21), que participa de ciertos caracteres del derecho de libertad y del derecho de prestación, y puede ser calificado por ello como un derecho de libertad con faceta o dimensión prestacional (22), un matiz este que se aprecia respecto del contenido de la obligación inherente al derecho y, consiguientemente también, se hace visible en cuanto al modo de su ejercicio, pero que, en cualquier caso, puesto que no supone alteración alguna en lo que atañe al contenido de la obligación principal, no modifica su naturaleza como derecho básicamente de libertad ni lo convierte en un derecho de prestación. En muy ilustrativa síntesis, se ha hecho notar que «conviene diferenciar los derechos de crédito de las múltiples manifestaciones que puede presentar la técnica prestacional en el Estado social de Derecho, incluso en relación con las libertades públicas. [...] no es infrecuente que las libertades-autonomía aparezcan acompañadas de obligaciones secundarias de carácter positivo. Pero, sobre todo, ocurre que hoy las prestaciones representan una técnica más de protección de la libertad, aplicable con carácter general al conjunto de derechos fundamentales (art. 9,2) y de ahí que el Tribunal Constitucional haya reconocido en varias ocasiones que también las libertades o derechos de autonomía presentan una dimensión prestacional» (23). Desde una óptica similar, se ha señalado que «en los derechos de libertad, que nacieron y se mantienen como ámbitos reservados a las actuaciones estatales, mediante las prestaciones se busca mejorar sus condiciones de ejercicio, pero no constituir su objeto. Los intereses protegidos por los derechos de este valor no se pretenden alcanzar mediante conductas estatales de hacer o dar, sino por la posibilitación de actuación sin trabas provenientes de los poderes públicos» (24).

Por lo demás, se ha subrayado que esa cualidad prestacional de los derechos de libertad, consecuencia de la cláusula de igualdad sustancial, tiene un alcance general y resulta por tanto predicable de todos los derechos fundamentales sin excepción, lo que no obsta para que la determinación de su con-

(21) Cfr. E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, I, Madrid, 1996, pág. 295.

(22) Cfr. J. R. COSSÍO, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, 1989, págs. 187 y ss.

(23) L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, o. c., págs. 136-37.

(24) J. R. COSSÍO, *Estado social y derechos de prestación*, o. c., pág. 88.

creto alcance efectivo en cada caso (prestaciones económicas o medidas de facilitación) esté ligada al análisis particularizado de las características del derecho de que se trate (25). En este sentido, semejante valoración *ad casum*, aplicable a la decisión de utilizar unas u otras técnicas de garantía en el proceso de concreción, por parte del legislador de desarrollo, de la genérica función promocional de los derechos fundamentales, resulta también predicable de los derechos de prestación en sentido estricto configurados como tales por la Constitución, quedando también en cierto modo condicionado el alcance de su desarrollo legislativo prestacional por la singular naturaleza de cada derecho (26).

En el caso concreto del derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución española, la técnica de positivación empleada por el constituyente o, si se prefiere, el modo en el que se describe el derecho fundamental por parte de la norma que lo enuncia, lo califica inequívocamente como un derecho de libertad. Ello es así, precisamente, en la medida en la que no se reconoce a su titular sino el derecho a que se respete un ámbito de autonomía, de autodeterminación individual en la manifestación social de sus convicciones, que conlleva además, paralelamente, la garantía de una correlativa esfera de inmunidad de coacción. Idéntica técnica legislativa es utilizada, de hecho, en la confección de los preceptos en los que se reconocen las diversas libertades públicas especializadas de contenido intelectual, que constituyen, como ha puesto de relieve la doctrina del Tribunal Constitucional (así por ejemplo, STC 20/1990), proyecciones o manifestaciones jurídicas de la libertad ideológica y religiosa. Tanto en el caso del artículo 16 como en el de estas libertades que encarnan sus concretas especificaciones, desde el punto de vista del contenido del derecho, la obligación principal asumida por los poderes públicos en la Constitución, y que opera de modo reflejo como garantía de tutela de la particular conducta que constituye su objeto típico, es claramente una obligación de abstención y de no interferencia.

La libertad ideológica y religiosa no aparece en modo alguno delimitada directamente en la Constitución como un derecho de prestación, lo que, como es sabido, sí sucede por el contrario en el supuesto de otros derechos, como es el caso por ejemplo del derecho a la salud consagrado en el artículo 43, o del derecho a la educación (no así de la libertad de educación, que

(25) Cfr. A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, «El art. 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales», en *Revista de las Cortes Generales*, 40 (1997), págs. 120 y ss.

(26) Cfr. T.-R. FERNÁNDEZ, «Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos», en *Revista de Derecho Político*, 15 (1982), págs. 32-33.

son dos cosas distintas aunque no siempre se repare en ello debidamente) reconocido en el artículo 27. La asunción explícita, en ambos casos, por parte de los poderes públicos, de la obligación de contenido eminentemente prescricional, consistente en la creación de un sistema público de servicios de salud o de una red de centros públicos docentes, convierte al derecho fundamental en lo que la doctrina alemana califica como un *derecho de prestación en sentido estricto* (27), generándose, en favor de su titular, la facultad de exigir de los poderes públicos la realización de la prestación que constituye su objeto típico, como una consecuencia inmediata de su peculiar configuración constitucional. E incluso puede detectarse la presencia de un derecho de prestación en el seno de normas que no enuncian propiamente un derecho fundamental, como es el caso de la obligación de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social del artículo 41, generadora del correlativo derecho de todo ciudadano a recibir de los poderes públicos la asistencia y las prestaciones que prevé la disposición.

Ninguno de los elementos que integran el enunciado constitucional de la libertad ideológica y religiosa en el artículo 16 autoriza a calificarlo como descriptor de un derecho de prestación, y así lo ha entendido la doctrina del Tribunal Constitucional que, no sólo se ha referido expresamente al contenido de esta norma como portador de *derechos de libertad* (cfr. STC 46/2001), sino que ha concretado inequívocamente su significado al proclamar que «la libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmutable a la coacción estatal garantizado por el artículo 16 CE, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Ampara, pues, un «agere licere» consistente, por lo que ahora importa, en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas» (STC 141/2000). Como puede apreciarse sin dificultad, el reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa aquí como un derecho de libertad es palmario. Interesa únicamente observar que el recurso en esta ocasión al concepto unitario de la libertad de creencias, tanto como la misma utilización de esta expresión para designar al ámbito de tutela del artículo 16, resultan en buena medida excepcionales en el contexto de la jurisprudencia constitucional que, como es sabido, se ha venido situando en línea con el desarrollo normativo especial del derecho de libertad religiosa, sin decidirse a cuestionar abiertamente su falta de fundamento consti-

(27) Cfr. B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, 2002, pág. 278.

tucional sobre la base de la necesaria interpretación sistemática de la norma y de la remisión al significado de los textos internacionales que lleva aparejada. En este sentido, es de hacer notar que, incluso, habiendo mencionado expresamente el contenido del antes citado Comentario General del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 20 de julio de 1993, el Tribunal Constitucional sólo extrae del mismo una limitada conclusión acerca de la necesidad de no restringir, al aplicar el derecho de libertad religiosa, el ámbito de las creencias religiosas que son objeto de protección a aquellas que se identifican con las religiones tradicionales (cfr. STC 46/2001). Sea como fuere, aun en los supuestos en los que se ha calibrado el alcance de la libertad religiosa partiendo de su concepción autónoma, como ha sido lo habitual, en la doctrina del Tribunal Constitucional también se constata la definición de una esfera de libertad y correlativa inmunidad como objeto de protección y, por lo tanto, su concepción como un derecho de libertad (cfr. SSTC 24/1982 y 166/1996).

En cualquier caso, la determinación dogmática de la particular naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en nuestro sistema constitucional no puede detenerse ahí, en el examen de los caracteres con los que aparece revestida su estructura formal en el precepto de la Constitución en que se produce su reconocimiento expreso (delimitación directa). Es preciso además completar esa tarea con el análisis de lo que se conoce como la *delimitación indirecta* del derecho fundamental, una idea que sustancialmente apela a la percepción de los límites concretos en los que se desenvuelve el derecho de que se trate, sobre la base de su consideración sistemática en el contexto ordinamental al que pertenece (28). A este respecto el Tribunal Constitucional, tempranamente, tuvo ocasión de afirmar que algunos derechos fundamentales «tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos» (STC 5/1981). Así formulado, este criterio interpretativo da entrada en la discusión científica al complejo problema de los posibles límites inmanentes al ejercicio de cada derecho fundamental, actuando como contrapunto a la vis expansiva que el principio general de libertad imprime al texto de las normas en que se ven reconocidos. Pero, indudablemente, este es sólo uno de los aspectos en los que entra en juego la idea de la delimitación indirecta del derecho fundamental, ya que, al igual que la naturaleza propia del derecho (de su objeto y contenido) puede condicionar la determinación de sus límites, del mismo modo, esa peculiar naturaleza puede impo-

(28) *Vid.*, por todos, J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, págs. 39-40.

ner ciertos parámetros materiales en el entendimiento constitucional del derecho, sólo compatibles con determinadas técnicas de positivación.

Este último dato resulta particularmente relevante puesto que, en definitiva, no se trata de calificar doctrinalmente a la libertad ideológica y religiosa como perteneciente a una u otra categoría dogmática por el mero ánimo clasificatorio, ni se pretende en estas páginas realizar una caracterización positiva en la Constitución del derecho estudiado con el único horizonte de la concreta elaboración del correspondiente concepto jurídico al que aquél responde, fruto de lo que podría también calificarse como un simple afán definitorio. Antes bien, lo que verdaderamente dota de sentido a la indagación de la naturaleza del derecho en la Constitución es, precisamente, la posibilidad de realizar el contraste entre esta última y las características que presenta el derecho en su desarrollo normativo, lo que a su vez posibilitará la tarea de la evaluación dogmática del adecuado fundamento constitucional de las normas de desarrollo, una tarea de detección y denuncia del derecho inválido que, como elocuentemente ha mostrado Ferrajoli, resulta primordial en el contexto de la distinción de niveles normativos que comporta el sistema garantista del Estado constitucional (29).

En un sistema complejo, en el que la cláusula del Estado social y la llamada función promocional de los derechos fundamentales tienden a desdibujar los contornos de la clásica distinción entre la categoría del derecho de libertad y la del derecho de prestación, incorporando genéricamente una dimensión prestacional al contenido de los primeros, la crítica del derecho inválido en el plano de la ciencia jurídica requiere que, con carácter preliminar, se esclarezca hasta dónde llega el alcance de la faceta prestacional del derecho de libertad, y cuáles son las concretas exigencias y límites constitucionales que de ello se derivan respecto del desarrollo normativo del derecho proclamado.

3. DELIMITACIÓN INDIRECTA, INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL Y DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA

La configuración normativa de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución como un derecho de libertad no ha sido obstáculo para que un extenso sector doctrinal haya defendido la legitimidad del desarrollo legislativo estrictamente prestacional de la libertad religiosa, concebida además

(29) Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2001, págs. 28-34.

como un derecho de objeto y contenido autónomos, sobre la base de una concepción asimismo prestacional de la naturaleza jurídica del derecho en el propio texto constitucional.

Por lo que ahora nos interesa, las objeciones que vamos a formular a la defensa de ese desarrollo prestacional y al intento de justificarlo precisamente a partir de las normas constitucionales, no se van a ver afectadas, en lo sustancial, por el hecho de que ese desarrollo tenga como presupuesto el entendimiento dogmático de la libertad religiosa como un derecho autónomo diferenciado de la libertad ideológica, un entendimiento que es el resultado de una interpretación literalista, muy alejada de la concepción sistemática del régimen de los derechos fundamentales y, por ello, carente de fundamento constitucional. También en el caso de la adopción de esa perspectiva de análisis respecto del artículo 16, como se ha visto, la doctrina del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de la consideración de la libertad religiosa como un derecho de libertad.

Desde una perspectiva amplia, no circunscrita a la definición de los límites o restricciones que el ordenamiento impone al ejercicio del derecho, la noción de la delimitación indirecta se extiende también, potencialmente, a la determinación misma del contenido del derecho proclamado. Esta última, en íntima relación con la naturaleza de la conducta que constituye su objeto típico, no sólo se deriva del enunciado de la norma en la que el derecho se ve reconocido sino que, asimismo, presupone una adecuada percepción del derecho fundamental en el contexto ordinamental al que pertenece y del que, como consecuencia de ello, pueden derivarse ciertos condicionantes materiales que le conferirán una particular significación. En este aspecto, como puede apreciarse, la idea de la delimitación indirecta se conecta con la articulación, esencialmente sistemática, del régimen de los derechos constitucionales, así como con la primordial exigencia hermenéutica del entendimiento contextual, y no aislado o autosuficiente, del régimen de cada uno de ellos, reclamado por la doctrina del Tribunal Constitucional: «la interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental [...], ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática» (STC 5/1983).

De este modo, por lo que hace al contenido del derecho, son fundamentalmente dos los aspectos en los que incide de una forma más determinante la imprescindible interpretación sistemática de los preceptos de la Constitución. De un lado, la cláusula de remisión hermenéutica del artículo 10.2 hace necesario el recurso al significado que se concede a la libertad ideológica y religiosa en el ámbito de los textos internacionales, puesto que de la percepción de tal significado pudiera tal vez inferirse la afirmación de ciertas facul-

tades o pretensiones inherentes a su contenido, pero no expresamente contempladas en nuestro texto constitucional. De otro, desde una perspectiva general, la consagración en el artículo 9.2 de la llamada función promocional de los derechos fundamentales puede suponer, en cada caso, la incorporación al contenido del derecho de una faceta prestacional, cuyo alcance, en el supuesto que nos ocupa, es preciso determinar, si se pretende calificar al derecho como poseedor de una u otra naturaleza constitucional y someterlo a contraste con el tipo de desarrollo llevado a cabo por el legislador.

Respecto al primero de los aspectos reseñados, no parece admitir discusión el dato de que el contenido que confieren los textos internacionales a la libertad ideológica y religiosa es el propio y característico de los derechos de libertad. En el marco de Naciones Unidas, no se hallará en el artículo 18 de la Declaración Universal, en el mismo precepto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ni en el elenco de concretas *libertades* del artículo 6 de la Declaración de 1981 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, referencia alguna al contenido del derecho que permita calificarlo como un derecho de prestación, una referencia que sí puede apreciarse, por el contrario, en la formulación de otros derechos fundamentales como la que se propone en el artículo 26 de la Declaración Universal en relación con el derecho a la educación. Lo mismo cabe decir, en el ámbito regional europeo, del artículo 9 del Convenio de Roma de 1950, coincidente en este aspecto con los textos de Naciones Unidas y cuya caracterización jurisprudencial lo acredita, esencialmente, como garante de un ámbito de *agere licere* (vid. STEDH de 25 de mayo de 1993. Caso Kokkinakis contra Grecia). La técnica de positivación con la que se configura la estructura formal de todas estas normas califica a la libertad ideológica y religiosa como un derecho de libertad, precisamente porque «la determinación de su efectivo contenido corresponde a sus titulares, exigiéndose exclusivamente una actitud de abstención o respeto por parte de los poderes públicos en relación con su ejercicio, que puede dar lugar a una actuación normativa de los mismos tuteladora y marginal, pero no definidora ni sustancial de su régimen» (30).

Mayor dificultad ofrece, al menos aparentemente, la indagación del resultado que produce la aplicación de la cláusula de igualdad sustancial al ámbito de la libertad ideológica y religiosa. En línea de principio, la apreciación en este derecho de libertad de la dimensión prestacional, adyacente a su contenido típico, con la que los poderes públicos aspiran a mejorar sus condiciones de ejerci-

(30) J. J. SOLOZÁBAL, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, 71 (1991), pág. 89.

cio, no tendría porqué diferir de la que a su vez puede detectarse en cualesquiera otras libertades públicas constitucionalmente garantizadas. En el supuesto que nos ocupa, además, esa faceta prestacional con la que, en cumplimiento del artículo 9.2 de la Constitución, se pretende remover los obstáculos que dificultan el ejercicio efectivo del derecho, se encuentra explícitamente contemplada en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, según el cual, «para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos». El enunciado legal responde con bastante precisión al concepto de las prestaciones colaterales, extrínsecas al objeto típico del derecho, sin que de ello pueda hacerse derivar la exigencia de que sean los poderes públicos los que directa y efectivamente proporcionen la asistencia o la formación religiosa que conforman dicho objeto. Algo similar se aprecia respecto de la libertad de expresión, también considerada como un paradigma de las libertades públicas puesto que, en cierto modo, constituye el primer nivel de concreción de la libertad de pensamiento, y es, por tanto, a su vez, fundamento de las restantes libertades espirituales; como se ha puesto de relieve, las libertades proclamadas por el artículo 20 de la Constitución representan derechos de libertad, de donde se sigue el carácter contingente de la existencia misma de un sector público de medios de comunicación, no impedida pero tampoco exigida por el constituyente (cfr. STC 6/1981), así como la percepción de una faceta prestacional inherente al contenido del derecho y derivada del compromiso de remoción de los obstáculos impuestos a su efectividad, que además, en este caso, se encuentra explícitamente concretada por el propio constituyente en la figura del derecho de acceso a los medios de comunicación (cfr. STC 63/1987) (31).

Es sin duda posible la utilización doctrinal de fórmulas no estrictamente coincidentes para describir el ámbito propio de la faceta prestacional del derecho de libertad. Así por ejemplo, en un planteamiento en el que en lo sustancial coincidimos, se ha identificado esa faceta con el concepto o aspecto positivo del derecho fundamental, derivado de la genérica función promocional, que no lo convierte en un derecho de prestación sino en un *derecho-promoción* (32). Se ha señalado igualmente que la li-

(31) Vid. al respecto, J. R. POLO, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Madrid, 2002, págs. 61 y ss.

(32) Cfr. J. M. CONTRERAS, «La libertad de conciencia y la función promocional del Estado en la ley orgánica de libertad religiosa», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 0 (2000), pág. 151.

bertad religiosa, como consecuencia de la función promocional, junto a las técnicas negativas de no interferencia incorpora otras *técnicas positivas de promoción* (33). El propio Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referirse a la dimensión prestacional de la libertad religiosa, derivada de la cláusula de igualdad sustancial y concretada en el mandato contenido en el artículo 2.3 de la Ley de Libertad Religiosa, en términos de exigencia a los poderes públicos de «una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional» (STC 46/2001). No obstante, a nuestro modo de ver, como tantas veces ocurre, lo verdaderamente relevante no parece ser tanto la terminología empleada para calificar doctrinalmente el contenido de la norma, como la necesaria distinción en la elaboración dogmática entre aquellas obligaciones prestacionales asumidas por los poderes públicos para facilitar un ejercicio real y efectivo de los derechos de libertad, de un lado, y aquellas otras con las que se pretende propiamente constituir el objeto del derecho proclamado, constitucionalmente privativas de los derechos de prestación en sentido estricto, de otro. La técnica normativa de la obligación prestacional está presente en ambos casos, pero, indudablemente, con un alcance muy distinto en uno y otro. En palabras del Tribunal Constitucional que definen con precisión el ámbito de la dimensión prestacional del derecho de libertad, la mencionada actitud de significado positivo se traduce en «una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y de los grupos en que se integra, y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido» (STC 46/2001).

Pese a todo, esta perspectiva de análisis estructural, relativamente pacífica en lo que afecta a la consideración dogmática de otros derechos constitucionales, no ha tenido, por lo común, un adecuado reflejo —en ocasiones, no ha tenido reflejo alguno— en el ámbito de la interpretación doctrinal de la libertad religiosa, como consecuencia, posiblemente, de un cierto ensimismamiento metodológico fomentado por un amplio sector de la doctrina eclesiástica, que ha mantenido al Derecho Eclesiástico del Estado, en buena medida concebido y desarrollado como un Derecho *extra Constitutionem*, al margen de las más profundas implicaciones del proceso de constitucionalización experimentado por el ordenamiento español, desoyendo con ello en cierto sentido la advertencia que tempranamente realizara el preclaro profesor Lombardía acerca del riesgo de

(33) Cfr. G. PECES-BARBA, «Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa», en ID., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pág. 407.

«seguir aplicando el Derecho, como si en el plano constitucional nada hubiera ocurrido» (34).

Parece obvio que el sistema constitucional vigente nació, en este ámbito, inevitablemente condicionado por la necesidad de proporcionar una cobertura constitucional a un sistema de relaciones entre el Estado y la Iglesia católica que ya se había pactado previamente, circunstancia que impidió de plano el que se pudiera establecer un verdadero régimen común previsto para el ejercicio de este derecho fundamental y que, antes al contrario, supuso la consagración de un estatuto especial, en ciertos aspectos privilegiado, aplicable a ese particular sistema de relaciones y ostensiblemente ajeno al régimen de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (35). La pretensión de objetividad y generalidad de esta Ley quedaba así frustrada ante el peso histórico de la tradición concordataria que, de un modo concluyente, predeterminaba la nueva situación (36). Ante la necesidad de garantizar la legitimidad formal en el nuevo sistema de unos acuerdos de elaboración preconstitucional como los suscritos entre el Estado y la Iglesia en 1979, el constituyente optó por introducir en el artículo 16.3 un peculiar mandato de cooperación, según el cual, «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». El bien definido esquema teórico, que hemos antes descrito en relación con el análisis estructural de los derechos constitucionales, se ha visto gravemente interferido por la presencia de tan peculiar mandato o, para ser más precisos, por una determinada y muy extendida interpretación doctrinal del mismo, que ha dado lugar a la consolidación de una serie de presupuestos y lugares comunes, cuya presencia en el debate científico no hace a nuestro juicio sino oscurecer las adecuadas pautas de inserción sistemática del derecho en su contexto ordinamental (37).

Así en efecto, un extenso sector doctrinal, haciendo abstracción de las verdaderas razones que explican la inclusión por parte del constituyente de

(34) P. LOMBARDÍA, «Fuentes del Derecho eclesiástico español», en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1983, pág. 138.

(35) Vid. J. A. SOUTO, «Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional», en *Revista de Derecho Político*, 58-59 (2003-04), págs. 184 y ss.

(36) Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, «El marco normativo de la libertad religiosa», en *Revista de Administración Pública*, 148 (1999), págs. 13-14.

(37) En este sentido *vid.* las incisivas observaciones, muy alejadas del formalismo tan habitual en este ámbito, de J. A. SOUTO, «Cooperación del Estado con las confesiones religiosas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 84 (1995), págs. 368-71.

una norma tan singular como esta, y adoptando, por tanto, una perspectiva de análisis de signo inequívocamente formalista, ha promovido una concepción de la libertad religiosa en la que su contenido se ve indirectamente delimitado de forma decisiva por la vigencia de aquél mandato, y lo ha hecho además con notable éxito a la vista del estado general de esta cuestión particularmente en el ámbito de la literatura eclesiástica. La cooperación de los poderes públicos con las confesiones demandada por la Constitución se presenta así como un ingrediente más del contenido del derecho fundamental (38), capaz por sí sólo de alterar el esquema teórico que hemos antes referido y dotar a la libertad religiosa de una naturaleza que se asemeja a la que correspondería a un derecho de prestación en sentido estricto, una idea que se ve reforzada por la obligación, a todas luces inespecífica y de significado aparentemente críptico, de *tener en cuenta* las creencias religiosas de la sociedad española, obligación que en el plano doctrinal se traduce en el polivalente tópico de la valoración social positiva del factor religioso. Todo ello, además, en la medida en la que se ha podido residenciar en el artículo 16.3 una cierta decantación hacia los aspectos religiosos de la libertad de pensamiento, contribuye a la percepción de la libertad religiosa como una libertad autónoma, diferenciada por su objeto de la libertad ideológica (39). A partir de ahí, la llamada *promoción de la libertad religiosa* adquiere unas connotaciones específicas, se convierte en la premisa del desarrollo prestacional del derecho en lo que atañe incluso a su objeto típico y, como consecuencia de ello, se aleja irremisiblemente del régimen de las restantes libertades públicas (derechos de libertad) desde el punto de vista de las técnicas normativas de desarrollo.

Este fenómeno lleva implícita una tensión dialéctica que, a menudo, se deja sentir, incluso, en aquellos autores que han prestado una mayor atención a las pautas y parámetros interpretativos que se abren camino en la construcción científica del sistema garantista del Estado constitucional. Sirva como ejemplo de ello el planteamiento que realiza González Moreno en su estudio sobre el tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa (40), un trabajo ciertamente inusual en cuanto a la perspectiva metodológica empleada que, como tal perspectiva, compartimos en lo esencial, y en el

(38) Vid. J. J. AMORÓS, *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1984, págs. 165-66.

(39) Vid. J. M. MORALES, «El lugar de la libertad ideológica en el catálogo de los derechos constitucionales», en *Derechos y Libertades*, 2 (1994), págs. 281-82.

(40) B. GONZÁLEZ MORENO, «El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66 (2002).

que resulta especialmente destacable, también por lo inusual, el modo de afrontar el estudio del derecho, atendiendo a la distinción de una faceta prestacional en el seno de los derechos de libertad, y analizando con rigor el alcance de las distintas posiciones jurídico-prestacionales que pueden detectarse en las normas implicadas. La conclusión que se hace derivar de la delimitación del contenido de la libertad religiosa y de culto en la doctrina del Tribunal Constitucional, así como en su legislación de desarrollo, es la de que «en esta libertad no hay una posición jurídico-prestacional con la misma densidad que el derecho subjetivo de defensa. Aquí no hay un derecho subjetivo originario de prestación» (41), lo que no impide percibir la presencia de una faceta prestacional, integrante del contenido esencial del derecho subjetivo (art. 2.3 LOLR) en atención al compromiso constitucional genérico de facilitar su ejercicio real y efectivo (art. 9.2), faceta en la que «la prestación se orienta a la protección y a la promoción de la libertad personal en el libre ejercicio de las creencias religiosas» (42).

Sin embargo, este esquema cuidadosamente perfilado, con el que se describe la estructura normativa del derecho constitucional, se desfigura, pierde su coherencia interna cuando, a renglón seguido, se afirma la existencia en el artículo 2 de la LOLR de una obligación prestacional de asistencia religiosa (en la que, por tanto, la prestación constituye el objeto típico del derecho), que deriva directamente de la garantía constitucional de la libertad religiosa (43). Este sorprendente giro argumental representa un salto lógico en la tesis propuesta acerca de la determinación del alcance de la dimensión prestacional del derecho de libertad, puesto que, si se parte de la idea de que la faceta prestacional presupuesta por el compromiso de hacer efectivo el ejercicio del derecho «no predetermina para el legislador de qué manera debe hacer efectiva la prestación. Mantiene aquí una cierta libertad de configuración [...] de modo que podrá optar entre los medios que hagan efectivo ese derecho y en caso de que sólo exista uno, debe escoger precisamente ese medio» (44), ya no cabe hablar de una *obligación prestacional de asistencia* derivada de la garantía constitucional del artículo 16, lo que únicamente sería adecuado si esta última norma describiese un derecho de prestación en sentido estricto, como tampoco cabe detectar la presencia de una tal obligación en el artículo 2.3 de la LOLR. La obligación prestacional sólo puede ser concebida como una *exigencia constitucional* en lo que atañe a las prestacio-

(41) *Ibidem*, pág. 140.

(42) *Ibidem*, pág. 141.

(43) Cfr. *Ibidem*, pág. 142.

(44) *Ibidem*, págs. 141-42.

nes que, colateralmente al objeto típico del derecho, buscan mejorar las condiciones de su ejercicio, ya que, de otro modo, se produciría en vía de desarrollo una conversión del derecho de libertad en un derecho prestacional *stricto sensu*, carente de fundamento constitucional. Adoptar las medidas necesarias para facilitar la asistencia o la formación religiosa, como objetos típicos de un derecho de libertad, tal y como requiere literalmente la ley, no equivale necesariamente a proporcionar dicha asistencia o formación por parte de los poderes públicos, lo que, a lo sumo, podría ser considerado como una opción legislativa (uno de esos medios de hacer efectivo el derecho) que, en todo caso, resulta manifiestamente ajena a la naturaleza constitucional del derecho regulado. Ésta fue, precisamente, la interpretación del Tribunal Constitucional, al señalar que «el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos puedan reclamar fundamentalmente, de suerte que el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos incidiría en la eventual violación analizada» (STC 24/1982). Ahora bien, si por un lado, como estimamos, resulta cuando menos llamativo que esta ratificación del sistema de integración orgánica entonces vigente, con la que se operó en vía legislativa la conversión del derecho en un derecho prestacional en sentido estricto, se realizase, paradójicamente, en la misma sentencia en la que se proclamó que el principio de aconfesionalidad prohíbe al Estado su concurrencia en sociedad en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso y, al mismo tiempo, impide cualquier tipo de confusión entre las funciones religiosas y las funciones estatales, por otro, la afirmación implícita del carácter sociológicamente proporcional del principio de igualdad en el disfrute del derecho fundamental nos parece sencillamente equivocada y contraria a la esencia misma del principio, tal y como tempranamente fue presentado en su definición constitucional (cfr. STC 34/1981) (45).

(45) Sobre el alcance de estos dos límites constitucionales al desarrollo prestacional del derecho fundamental *vid.* J. R. POLO, *¿Derecho Eclesiástico del Estado o Libertades Públicas?...*, o. c., págs. 157 y ss.

La pretensión de hacer derivar de la Constitución o de la Ley de Libertad Religiosa la vigencia de una obligación prestacional de asistencia o formación religiosa, a cargo de los poderes públicos, contradice la verdadera naturaleza de la libertad ideológica y religiosa en su configuración normativa en el texto fundamental. La articulación legislativa de semejante obligación prestacional, como resultado de una opción en favor de la aplicación efectiva del derecho, no exigida pero tampoco impedida por el constituyente, además de distanciarse de aquella naturaleza, se enfrenta a unos concretos límites constitucionales, en nuestra opinión insalvables. ¿Cuál es entonces la razón que podría explicar la presencia del salto lógico que a nuestro juicio se observa en el planteamiento doctrinal que ahora analizamos? La respuesta, como hemos ya anticipado, debe hallarse en la presencia en el mismo de ciertos lugares comunes que, partiendo de una interpretación formalista y profundamente perturbadora del artículo 16.3 de la Constitución, han hecho fortuna particularmente entre un amplio sector de la doctrina eclesiasticista. Este fenómeno se resume, en el caso que nos ocupa, en la afirmación de que «la protección y la promoción de los valores e intereses religiosos abarca, de hecho, toda la acción prestacional del Estado sobre el hecho social religioso positivamente valorado» (46).

Se ve aquí reflejado fielmente el célebre argumento de la valoración social positiva del factor religioso, supuestamente derivado del artículo 16.3 de la Constitución y plenamente apto para servir de título habilitante al entendimiento del derecho de libertad religiosa como un derecho de prestación en el plano constitucional. Lo que al parecer conlleva esa norma, en su más honda significación, es una declaración de especial relevancia del factor social religioso, una valoración sustancialmente positiva del mismo, de la que carecerían en igual medida otro tipo de factores sociales y que, por ello, «obliga a los poderes públicos a que cooperen asistencialmente a la promoción del hecho social religioso», una asistencia de cooperación que debe concretamente tener «un contenido de realización y promoción de valores y realidades relacionadas con lo religioso» (47). Se asume de este modo una tesis, ampliamente difundida en sede doctrinal especialmente a partir de la aparición de la teoría de los principios constitucionales del Derecho Eclesiástico formulada por Viladrich (48), en cuya virtud, lo que el Estado valora positivamente

(46) B. GONZÁLEZ MORENO, «El tratamiento dogmático...», l. c., págs. 144-45.

(47) M. LÓPEZ ALARCÓN, «Relevancia específica del factor social religioso», en VV.AA., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, págs. 469 y 471.

(48) Vid. P. J. VILADRICH, «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1980.

y debe en consecuencia promover no es la libertad, sino su objeto, el factor religioso en sí mismo considerado (valores e intereses religiosos) y en su dimensión social. Se ha operado aquí una singular inversión de los términos, un desplazamiento del eje gravitatorio sobre el que incide directamente la cláusula de igualdad sustancial, totalmente ajeno a la dinámica de la función promocional de los derechos y libertades en el Estado social y carente de justificación en el plano de la Teoría general de las libertades públicas, en el que queda acentuado lo adjetivo (lo religioso) y se relega a un segundo plano lo sustantivo (la libertad).

Lo que comenzó siendo una norma introducida por el constituyente para garantizar la legitimidad formal en el nuevo orden constitucional del sistema de relaciones previamente pactado entre el Estado y la Iglesia, como contrapartida al respaldo que esta última prestó al proceso de transición democrática, acabará siendo interpretado, desde una óptica formalista y de corte eminentemente especulativo, como un aspecto más de los que integran el contenido del derecho fundamental y le otorgan una connotación prestacional atinente a su objeto típico. En definitiva, se impone aquí, a nuestro juicio, una relectura del artículo 16 de la Constitución en clave sistemática, alejada de planteamientos más propios del positivismo formalista hoy superado por la dogmática del Estado constitucional, en la que se nos antoja especialmente oportuna la advertencia de que «para la adecuada construcción de los principios jurídicos en el Derecho eclesiástico español, no parecen suficientes las formulaciones teóricas perfectamente acabadas, que ofrecen una solución omnicomprensiva quizá, pero que adolecen de un excesivo formalismo, resulta además necesario presentar conjuntamente su proceso de decantación histórica» (49).

(49) M. J. ROCA, «Propuestas y consideraciones críticas acerca de los principios en el Derecho Eclesiástico», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XVII (2001), pág. 30.