

EL TRATAMIENTO DOGMÁTICO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO

SUMARIO: 1. LA RENOVACIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA: ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1.1. *Derecho-autonomía*. 1.2. *Derecho-participación*. 1.3. *Derecho-prestación*: 1.3.1. *El reconocimiento de posiciones jurídico-prestacionales en el derecho de libertad religiosa y de culto*. 1.3.2. *La posición jurídico-prestacional derivada de las relaciones de cooperación*. 1.3.3. *La posición jurídico-prestacional derivada del derecho fundamental de libertad religiosa*. 1.3.4. *Análisis estructural de las posiciones jurídico-prestacionales vinculadas al derecho fundamental de libertad religiosa*.

La clasificación de los derechos humanos en derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales por otra, responde, con matices, a un criterio histórico aplicado a su positivación, su generalización y su internacionalización (1). De hecho, el estudio histórico de la positivación de los derechos fundamentales suele ser el marco en el que se explica su fijación normativa (2).

Sin embargo, si tratamos de precisar su naturaleza en cada caso concreto nos encontramos con numerosas dificultades. La principal razón es que la aparición de los derechos sociales en una etapa histórica determinada marcó irreversiblemente el contenido de los derechos fundamentales (3). Los cambios

(1) Sobre el sentido y el contenido de las influencias ideológicas en la formación histórica de los derechos, *vid.* G. PECES-BARBA: *Curso de Derechos Fundamentales. I. Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, págs. 170-173.

(2) A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 108.

(3) La evolución experimentada por los derechos fundamentales explica que no puedan concebirse ya como libertades puras o puros derechos de prestación. N. Pérez Serrano, al analizar

económicos y sociales producidos a lo largo del siglo XIX supusieron la definitiva transformación de una sociedad fundada en un orden individualista y liberal y el tránsito a un orden dirigido a asegurar a todos los ciudadanos ciertos niveles de bienestar. En este nuevo orden, se percibió nítidamente la imposibilidad del ejercicio de los derechos humanos al margen de las relaciones sociales y de la garantía del Estado. Uno de los más claros ejemplos de desajuste en la clasificación se da en el caso de los derechos de asociación y reunión, derechos intrínsecamente sociales, contrarios al espíritu individualista del orden burgués (4) que, sin embargo, figuran en el marco de los derechos civiles y políticos en casi todas las Declaraciones de derechos y en los enunciados constitucionales (5). Los derechos de contenido cultural, por otra parte, no se adaptan en aspectos esenciales a la estructura típica de los demás derechos económicos y sociales (6).

la evolución de las Declaraciones de derechos en un trabajo de 1950, señalaba que principios originariamente dirigidos a poner límite a la actuación del Estado se han convertido en normas que exigen su gestión en el orden económico y social; garantías pensadas para la defensa de la individualidad se transforman en reglas que protegen intereses colectivos; la regulación de facultades consideradas esenciales y perennes han dado paso a normas que defienden bienes múltiples y circunstanciales. La cita está tomada de A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 83. En los países socialistas, incluso, se afirma que en sus sistemas jurídicos no existe diferencia entre libertades y derechos sociales, y que ambas categorías forman una unidad desde el punto de vista legal. *Ibidem*, pág. 87. El mismo Pérez Luño, en un análisis de la estructura de los derechos sociales, concluye que no se dan diferencias sustanciales con las libertades en el plano de la fundamentación, la formulación, la tutela o la titularidad. *Vid. op. cit.*, págs. 90-97.

(4) Para Pérez Luño, la hostilidad inicial de la burguesía hacia estos derechos pudo estar motivada por su rechazo a las estructuras gremiales, residuo de la sociedad estamental; con el desarrollo de las relaciones de producción, en el siglo XIX, se convirtió en temor a que la asociación de trabajadores fuera un apoyo en sus reivindicaciones. Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO: *op. cit.*, pág. 121.

(5) JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, a propósito de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas de 1966, señala que cada vez se haya más extendida «la convicción de que no es posible establecer una tajante línea divisoria entre las dos clases de derechos. Lo que sí parece claro, en todo caso, es que el respeto de los derechos civiles y políticos permite una mayor posibilidad de control por parte de instancias internacionales». *Vid.* «La protección internacional de la libertad religiosa», en VV.AA.: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, págs. 141 y sigs.

(6) Conviene recordar este dato: la trilogía de derechos económicos, sociales y culturales aparece en los rúbricos de algunas Declaraciones internacionales de derechos. En la doctrina, sin embargo, se suele hacer referencia a la «fase de los derechos económicos y sociales», sin incluir los derechos culturales que no tienen, en puridad, puntos de conexión determinantes con los anteriores. Para Benito de Castro se trata, desde un criterio objetivo, de un grupo diferenciado que cubre «la protección de los individuos y los grupos en el ámbito de los vínculos que les unen a su propia herencia cultural», distinguible de otros cinco grupos: los derechos del trabajo, los derechos económicos, los derechos de la salud, los derechos de asistencia y los derechos de educa-

En cuanto a su fundamentación, la coincidencia doctrinal en situar el común fundamento de los derechos económicos y sociales en pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de igualdad (7), no es tampoco aplicable, sin más, a los derechos culturales, que responden tanto al valor de igualdad como al de libertad, y cuya naturaleza se ajusta a la de las libertades públicas en su sentido clásico en numerosos supuestos.

En el derecho fundamental de libertad religiosa pueden apreciarse también los efectos de esta transformación. Todos los derechos fundamentales tienen una significación a la luz de cada uno de los principios constitutivos del constitucionalismo moderno. Todos muestran un particular sentido desde el principio del Estado de Derecho, desde el principio democrático y desde el principio del Estado social. En consecuencia, también la libertad religiosa mostraría, a la luz del Estado social de Derecho, una dimensión externa de *agere licere*, un elemento de participación y una vertiente prestacional (8).

1. LA RENOVACIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA: ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En una primera aproximación, desde el punto de vista jurídico-dogmático, el artículo 16.1 incluye un derecho a *actos positivos* del Estado: la garantía del ejercicio de una libertad, sin más limitaciones que las derivadas del mantenimiento del orden público (9). El núm. 2 establece un derecho fundamental a

ción. *Vid.*, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1993, págs. 159 y sigs. En estas páginas se comprueba la dificultad de un criterio clasificatorio puro y sistemático en el seno de estos derechos. Cfr. también B. GONZÁLEZ MORENO: *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas (en prensa).

(7) A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 83.

(8) Esta dimensión prestacional es entendida aquí en sentido amplio: todo derecho a un acto positivo del Estado, es decir, a una acción de los poderes públicos, es un derecho a prestaciones. *Vid.*, sobre este significado amplio, R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 427 y sigs.

(9) *Vid.*, en torno a este límite, L. MARTÍN-RETORTILLO: *Libertad religiosa y orden público*, Madrid, 1970; G. SUÁREZ PERTIERRA: «Libertad religiosa y orden público. (A propósito de una Resolución de la D.G. de los Registros y del Notariado)», *Revista de Derecho Público*, 3, 1977, págs. 201-216; J. CALVO ÁLVAREZ: *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983; Z. COMBALÍA: «Libertad religiosa, salud y orden público», en V. GUITARTE IZQUIERDO y J. ESCRIVÁ IVARS (eds.): *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valencia, 28-30 de mayo de 1992, págs. 389-402;

actuaciones negativas: exige de los poderes públicos que no eliminen o perjudiquen la posición jurídica subjetiva del ciudadano derivada de su libertad personal frente al Estado, que se concreta en el derecho a no declarar sobre las propias creencias religiosas o sobre las ideas personales (10). El núm. 3 del artículo 16 formula también en términos negativos el principio de laicidad del Estado, como prohibición de que confesión alguna tenga carácter estatal. Este mismo núm. 3 recoge una *norma de competencia* (11), que da lugar a una posición jurídico-prestacional: el derecho de cualquier ciudadano a un acto positivo (*facere*) de los poderes públicos (12), que se especifica aquí en que han de *tenerse en cuenta* las creencias religiosas de los ciudadanos y mantener las consiguientes relaciones de cooperación. Se atribuye, por tanto, a las creencias religiosas una relevancia jurídica que impone al Estado una determinada conducta. Este derecho a un acto positivo del Estado —a una actividad prestacional en sentido amplio— ante las creencias religiosas de los ciudadanos puede consistir en un derecho del individuo a la protección jurisdiccional de su derecho fundamental (13), actividad que agotaría la función del Estado en materia

Z. COMBALÍA: «Los límites del derecho de libertad religiosa», en VV.AA.: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1994, págs. 471-510.

(10) Sobre las posiciones posibles en que puede encontrarse el ciudadano en este supuesto, *vid.* M. J. ROCA: *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, 1992, págs. 82 y sigs. y M. J. ROCA: «La declaración de pertenencia jurídica a una confesión en el Derecho alemán: Proyección y análisis comparativo con el Derecho español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, VIII, 1992, págs. 75-96.

(11) Entendida como aquella que crea la posibilidad de modificar a través de actos jurídicos la posición jurídica de otro sujeto. Sobre esta categoría, entre otros, *vid.* A. ROSS: *Directives and Norms*, Londres, 1968, pág. 130; R. ALEXI: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 228 y sigs.; K. STERN: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 272, para quien las normas de competencia pueden tener un contenido material como el impulso de regular en la esfera de la legislación, de modo que «la habilitación para actuar y la obligación de poner en práctica esta competencia realmente se cruzan».

(12) También J. R. COSSÍO DÍAZ define la prestación constitucional como «actividad de los poderes públicos consistente en un hacer o en un dar en favor de los particulares», *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 183.

(13) Mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en los casos en que proceda, a tenor del artículo 53.2 de la Constitución, que incluye la objeción de conciencia, y de los arts. 41 a 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; o en los supuestos recogidos en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que se refiere a la libertad religiosa en el artículo 1.2 como objeto de garantía jurisdiccional penal, contencioso-administrativa y civil. La protección de naturaleza no jurisdiccional se lleva a cabo por varias vías, como el derecho de rectificación o la prohibición de ficheros automatizados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter

de libertad religiosa desde un estricto planteamiento liberal. Pero si se analiza el derecho fundamental de libertad religiosa a la luz de la teoría sobre la renovación dogmática de los derechos fundamentales, cabe plantearse los posibles significados de este derecho como autonomía, como participación y como prestación.

1.1. *Derecho-autonomía*

El perfil tradicional de la libertad religiosa la configuró como un derecho subjetivo frente al Estado (14), un derecho innato que impone a los poderes públicos un ámbito de libre determinación individual exento de toda injerencia. Crea, por tanto, un auténtico deber de abstención por parte del Estado y de terceros (15), lo que no excluye, naturalmente, la obligación estatal de tutelar jurídicamente su ejercicio. Su vertiente primaria y fundamental es de tipo negativo.

La libertad religiosa es, además, un derecho subjetivo constitucional. Se ha positivizado en las cartas y leyes fundamentales de prácticamente todos los países (16). Al hilo de su constitucionalización, se ha abordado su configuración normativa. En este punto, el acuerdo doctrinal es menor en lo que se refiere a la especificación de sus contenidos (17). Para algunos, la libertad reli-

personal que revelen la ideología, religión o creencias (art. 7.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal). Vid. J. FORNÉS: «Relación sobre la tutela de la libertad religiosa en España al final del siglo XX», en VV.AA., *La Libertad Religiosa a los veinte años de su Ley Orgánica*, DGAR, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, págs. 249-288.

(14) Ya desde sus orígenes revolucionarios, con las demás libertades públicas, recogiendo la filosofía naturalista de la Ilustración, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La significación de las libertades públicas para el Derecho administrativo», *Anuario de Derechos Humanos*, I, 1982, pág. 116.

(15) P. FEDELE: *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1963, pág. 13, en una caracterización clásica.

(16) Hasta fechas muy recientes, la Constitución albanesa constituía una notable excepción al imponer, como una de las tareas del Estado (artículo 36), la propaganda atea. En todo caso, hay un largo trecho entre algunas proclamaciones constitucionales y el disfrute efectivo de libertad en este campo. Vid. I. MARTÍN SÁNCHEZ: «Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional», en A. DE LA HERA y R. M. MARTÍNEZ DE CODES: *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 13-88. En el ámbito regional europeo, J. MARTÍNEZ-TORRÓN: «La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa», en *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, cit., págs. 89-131.

(17) Sobre este aspecto, J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE: «La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2.ª ed., Pamplona, 1983, págs. 263-277; I. C. IBÁN: «El contenido de la libertad religiosa», en *Anuario de De-*

giosa ha experimentado históricamente un proceso expansivo, de modo que el Estado ha ido incorporando nuevos derechos que coinciden con nuevos espacios de libertad en materia religiosa. Otros entienden que se trata de una simple técnica de «concreciones sucesivas» (18) que emplea el legislador para acotar el ámbito material del ejercicio del derecho, advirtiendo del riesgo que representa que esa técnica acabe por resolverse en «concreciones limitadoras», que dejen fuera de la protección jurisdiccional y del amparo todo aquello que no esté contemplado expresamente en la ley.

1.2. Derecho-participación

Cuando el mantenimiento de la libertad se erige en fin mismo del Estado —en los actos administrativos singulares, pero también en la configuración normativa que lleva a cabo el legislador—, al Estado no le basta ya con la mera abstención para garantizar ese fin último de su función. Precisa una actividad positiva que asegure la efectividad de dicho fin (19). En este sentido, la justificación de la participación está en erigir al ciudadano en «*dominus* de la cosa pública, sujeto y no objeto de la misma, mediante el reconocimiento de su determinante participación en la formación de la voluntad política del Estado y en las instancias pública y socialmente relevantes» (20), de modo que no se bloquee en ningún caso esta posibilidad.

La doctrina alemana ha alcanzado un notable desarrollo de la fórmula relativa a «la realización y el aseguramiento de los derechos fundamentales a tra-

recho Eclesiástico del Estado, I, 1985, págs. 353-362; M. J. CIÁURRIZ: «El contenido del derecho fundamental de libertad religiosa», en VV.AA.: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1994, págs. 429-468; ID.: «El derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español (Contenido del derecho fundamental)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 41, 1996, págs. 37-96; J. MANTECÓN: «La libertad religiosa como derecho humano», en VV.AA.: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1993, págs. 118 y sigs.; M. LÓPEZ ALARCÓN: «Contenido esencial del derecho de libertad religiosa», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997, Comares, Granada, 1998, págs. 573-586; J. ROSSELL: «El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XV, 1999, págs. 87-128.

(18) I. C. IBÁN: «Presentación», en VV.AA.: *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, pág. 12.

(19) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La significación de las libertades públicas para el Derecho administrativo», *cit.*, pág. 118.

(20) *Ibidem*.

vés de la organización y el procedimiento» (21). Una de sus principales líneas es establecer la conexión entre los derechos a organización y procedimiento y el *status* activo (22), desde el punto de vista de las competencias del individuo. En una ampliación del sentido clásico de este *status* en la teoría de Jellinek, una de sus derivaciones sería, en lo que interesa a nuestro estudio (23), la que extiende el *status* activo a todas las posiciones jurídicas cuya asunción influye o puede influir en la formación de la voluntad estatal (24). El sentido de la participación ha de verse en crear una influencia en la decisión, conseguido a través de un proceso de comunicación. No es, naturalmente, una competencia jurídica de codecisión en la formación de esa voluntad, pero sí que es jurídicamente un verdadero derecho frente al Estado a que éste facilite procedimientos que hagan posible la participación en la formación de la voluntad estatal plasmada en la legislación (25).

Este es otro de los significados de la libertad religiosa: el derecho a que el Estado reconozca en favor de los ciudadanos una posición específica en lo relativo a la organización y el procedimiento para la defensa y el ejercicio del derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto, que se desarrolla principalmente a través de derechos de participación (26). La participación en la

(21) Sobre la conexión, en sentido jurídico-dogmático, entre derechos fundamentales, organización y procedimiento, *vid.*, en la doctrina alemana, CH. STARCK: «Die Grundrechte des Grundgesetzes», *JuS*, 1981, págs. 242 y sigs.; R. ALEXU: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 454-482.

(22) En conexión con la teoría de Jellinek sobre el *status activus*, en sentido clásico, como competencia para participar en el Estado.

(23) Las limitaciones de este trabajo determinan un planteamiento estructural general del derecho fundamental, de modo que no entraremos en las posibles clasificaciones.

(24) Sobre el matiz que hace ALEXU en torno a las diferencias teórico-estructurales con la libertad jurídica para *influir fácticamente* en la formación de la voluntad estatal, *vid.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 464-467.

(25) Sobre algunas manifestaciones de la participación en las normas pacticias, R. NAVARRRO-VALLS: «Convergencia concordataria e internacionalista en el "accord-normatif"», en *Ius Canonicum*, V, 1965, págs. 141-152; M. J. ROCA: «Naturaleza jurídica de los convenios eclesíasticos menores», Pamplona, 1993, sobre la figura alemana de *Vereinbarungen*.

(26) Como ejemplos de la participación de individuos y grupos confesionales en la organización administrativa, respecto de aquellos asuntos en los que está presente una dimensión social del factor religioso o que constituyen vías de ejercicio de la libertad religiosa, ideológica o de culto, cabe mencionar la presencia de representantes de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas en la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (art. 1 del Real Decreto 1159/2001, de 26 de octubre, *BOE* núm. 258, de 27 de octubre de 2001, sobre la constitución de esta Comisión); *vid.*, en este punto, y a la luz de la regulación de 1981, actualmente derogada, J. A. SOUTO: «La Comisión Asesora de Libertad Religiosa», en *Revista de Derecho Político*, núm. 14, 1982, págs. 31-55; J. M. CONTRERAS MAZARÍO: «La Comisión Asesora de Li-

formación de la voluntad estatal, en sí misma, es una competencia y por tanto, un derecho encuadrable en el *status* positivo y no en el activo, pero la prestación normativa del Estado que tiene por objeto consiste en hacer posible jurídicamente la competencia de los individuos de practicar su religión o sus convicciones. De este modo, la libertad religiosa incluye la posibilidad de una participación relevante, pero además, por ser un derecho fundamental, fija restricciones a la competencia misma del legislador (27).

Esto justificaría conceptualmente las razones favorables a un sistema bilateral de fuentes en el Derecho eclesiástico, con la consiguiente especialidad

bertad Religiosa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1987, págs. 131-163; la presencia de representantes de instituciones y organizaciones confesionales de mayor tradición y dedicación a la enseñanza en el Consejo Escolar del Estado. En cuanto a la enseñanza de la religión en centros docentes públicos, en los sucesivos Reales Decretos sobre Enseñanzas Mínimas correspondientes a la educación primaria, secundaria obligatoria y la estructura del bachillerato, se señala que la determinación del currículo de la Religión Católica corresponderá a la jerarquía eclesiástica. La Conferencia Episcopal española ha propuesto los contenidos de tales enseñanzas mínimas que figuran como anexo en las órdenes ministeriales respectivas.

Las Normas de 30 de marzo de 1982, sobre Inventario del Patrimonio Histórico o Artístico y Documental, que no han sido derogadas por la legislación posterior sobre el Patrimonio Histórico, establecen, de común acuerdo entre el Ministerio de Cultura y la Conferencia Episcopal, que la composición de los equipos redactores del Inventario se concertará por un Delegado Diocesano, en nombre del Obispo de cada Diócesis afectada, y el Director Provincial del Ministerio de Cultura, en nombre de la Dirección General de Bellas Artes y Archivos. De tales equipos formará parte siempre algún representante de la Iglesia. El *Inventario* se refiere al inventario de todos los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico-artístico o bibliográfico que pertenezcan por cualquier título a entidades eclesiásticas, y es distinto del Inventario General de Bienes Muebles contemplado en la Ley del Patrimonio Histórico Español, de 1985. Responde su elaboración al cumplimiento de lo previsto en el artículo XV del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979, que dio origen a una Comisión Mixta para desarrollar el contenido de esta norma. A tal fin se acordó llevar a cabo un concierto entre la Iglesia y el Estado español para preservar, dar a conocer y catalogar el Patrimonio Cultural de la Iglesia española. Estas Normas no han sido publicadas oficialmente. La referencia está tomada de A. MOLINA y M. E. OLMOS: *Legislación eclesiástica*, 14.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 511. La mención al Director Provincial del Ministerio de Cultura ha de entenderse en función de las transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de cultura, de modo que, según el caso, corresponderá al órgano autonómico competente.

En general, sobre la organización administrativa en esta materia, cfr. M. BLANCO: «La Administración civil competente en materia religiosa», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, VI, 1990, págs. 13-48; J. BONET NAVARRO: «La administración estatal española con competencia en materia religiosa: su adecuación al Estado de libertad religiosa desde el modelo confesional», en VV.AA.: *Homenaje a Vidal Guitarte*, Valencia, 1999, págs. 109-114.

(27) R. ALEXY: *op. cit.*, pág. 482.

normativa (28), más allá del argumento práctico que invoca la conveniencia de pactar con el destinatario de la norma su contenido para garantizar así su eficacia (29).

La dimensión participativa muestra además una doble vertiente en el derecho de libertad religiosa. Por una parte, la vinculación que se da en todos los derechos fundamentales, que exigen un derecho al procedimiento judicial como vía de protección jurídica efectiva, para garantizar los derechos materiales del titular.

Por otra parte, el derecho a la organización en sentido estricto afectaría aquí a la dimensión institucional de la libertad religiosa, porque en ella, la garantía del derecho se hace respecto de los individuos y las comunidades. Por tanto, la participación se estructura aquí también mediante la cooperación con los grupos confesionales (30).

1.3. Derecho-prestación

Por último, hay que examinar la posibilidad de un contenido prestacional en el derecho de libertad religiosa y de culto; es decir, si el derecho a un acto positivo del Estado puede consistir también en un derecho a prestaciones fácticas, en un derecho de prestación en sentido estricto. El problema de la efectividad de estos derechos de prestación en sentido estricto (*Leistungsrechten im engeren Sinne* en la terminología de Robert Alexy) está en que estos derechos no son accionables ante los tribunales. Pero ¿qué sucede cuando la posición jurídico-prestacional forma parte de un derecho fundamental de libertad? Hay que recordar aquí que, en los últimos años, se propone por un sector de la doctrina (31) la distinción, en el ámbito de los derechos a prestaciones, entre aquellos que están adscritos o vinculados a normas de derecho fundamental y los

(28) Sobre la oposición legislación común *versus* legislación especial en el tratamiento del factor religioso, R. NAVARRO-VALLS: «Los Estados frente a la Iglesia», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1994, págs. 44 y sigs.

(29) I. C. IBÁN: «Las confesiones religiosas», en I. C. IBÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. MOTILLA DE LA CALLE: *Derecho eclesiástico*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 183.

(30) Sobre este aspecto, I. C. IBÁN: *Op. cit. supra*, pág. 178. *Vid.* también J. MANTECÓN: «Las confesiones como partes contratantes en los acuerdos de cooperación con el Estado», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XI, 1995, págs. 287-295.

(31) Señaladamente, R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 432 y sigs.; F. MÜLLER, B. PIEROTH y L. FOHMANN: *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, Berlín, 1982, págs. 63 y sigs.

que no lo están (32). En la doctrina española, la distinción dogmática ha sido formulada en parecidos términos. Retomando esos postulados, el punto de partida de nuestro análisis es que en los derechos fundamentales de libertad caben dos objetos obligacionales distintos a cargo de los poderes públicos, consistentes en un abstenerse y en un actuar (33), a través de obligaciones de hacer o de dar. «La Constitución consigna situaciones donde un precepto contempla, paralelamente, la obligación estatal de proporcionar medios a los particulares para desarrollar su “libertad”, así como un conjunto de restricciones a fin de que esa libertad no resulte afectada o vulnerada» (34). En principio, en los derechos fundamentales de libertad, ciertas manifestaciones de la libertad exigen de los poderes públicos una mera abstención. En otros, las libertades públicas requieren, además, la presencia de medios materiales proporcionados por el Estado para *permitir* su realización. Por último, ciertos derechos fundamentales de libertad *sólo pueden realizarse a través de medios específicos que el Estado debe prestar*. El caso paradigmático de este último supuesto es el del derecho a la tutela judicial efectiva, uno de los derechos emblemáticos del Estado de Derecho y del modelo liberal, que en su articulación como derecho subjetivo, presenta los mismos problemas que la «subjetivización» de los derechos prestacionales.

Si aplicamos al derecho fundamental reconocido en el artículo 16 de la Constitución este esquema estructural, el análisis debe hacerse sobre los siguientes problemas: en primer lugar, cuándo existe en el derecho fundamental de libertad religiosa consagrado en el artículo 16 una faceta prestacional; en segundo lugar, si esa posición jurídico-prestacional vinculada al ejercicio del derecho de libertad religiosa, ideológica y de culto forma parte o no del contenido esencial del derecho fundamental; y, finalmente, cuál o cuáles de las posiciones jurídico-prestacionales que pueden darse tienen encaje en el ámbito normativo (35) del artículo 16.

(32) Hay que tener en cuenta que sólo son derechos fundamentales prestacionales los que tienen la estructura de derechos subjetivos constitucionales, como el derecho a la educación. Sin embargo, hay derechos fundamentales a los que hay que adscribir interpretativamente, según la doctrina alemana que comentamos, una posición jurídica prestacional.

(33) Esta es, precisamente, una de las tesis de J. R. COSSÍO DÍAZ al analizar los derechos de prestación en relación con los derechos fundamentales de la Constitución, sustancialmente coincidente con las corrientes doctrinales alemanas que acabamos de citar. Para un examen en profundidad de sus postulados y conclusiones, *vid.*, *Estado social y derechos de prestación*, cit., págs. 181 y sigs. Básicamente, seguimos en la exposición su esquema sobre las prestaciones constitucionales vinculadas a derechos fundamentales de libertad.

(34) *Ibidem*.

(35) Sobre el concepto de ámbito normativo (*Normbereich*), *vid.*, en la doctrina alemana, entre otros, F. MÜLLER: *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bun-*

1.3.1. *El reconocimiento de posiciones jurídico-prestacionales en el derecho de libertad religiosa y de culto*

Como apuntamos al principio, en el núm. 3 del artículo 16 se consagra una norma de competencia que da lugar a una posición jurídico-prestacional en favor de los ciudadanos. Pero creemos, con un sector de la doctrina (36), que en el párrafo 3.º del artículo 16 de la Constitución se contiene un mandato autónomo e incluso principal, «tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española», que expresa aquí, como *mandato*, es decir, como una técnica de positivación de normas materiales en la Constitución, lo que en el párrafo 1.º se está garantizando: la libertad ideológica, religiosa y de culto en su dimensión individual y colectiva. Al garantizar esas libertades, se impone a los poderes públicos el deber de prestar atención a ese factor social, se les manda un *trato específico del factor religioso* (37).

En cambio, las relaciones de cooperación son una concreción o especifica-

desverfassungsgerichts, Berlín, 1968. Emplea este concepto en relación con la «concretización» del contenido de la norma constitucional K. HESSE en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 29 y sigs. Supone que en la actividad legislativa, los preceptos constitucionales han de determinarse en su contenido y en su realización no tomando en consideración exclusivamente el texto normativo (lingüístico), sino incorporando en dicho proceso las singularidades de las relaciones o de la realidad social concreta en la que la norma pretende incidir.

(36) A. BERNÁRDEZ CANTÓN: «La mención de la Iglesia Católica en la Constitución española», en VV.AA.: *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra-Edersa, Madrid, 1989, págs. 409-410; M. LÓPEZ ALARCÓN: «Relevancia específica del factor social religioso», *ibid.*, pág. 467 y sigs. Sobre la importancia de este inciso 2.º del artículo 16.3 llama la atención López Alarcón, que analiza el significado de ese *tener en cuenta* y la referencia objetiva a las *creencias religiosas*, que incluye una valoración de todos los elementos de este fenómeno: «*status* de los grupos religiosos, relevancia social de los valores y de las realidades religiosas, declaración de los derechos de libertad e igualdad religiosas, colaboración asistencial para la tutela y promoción de dichos factores del hecho religioso y para la satisfacción de los intereses religiosos», *ibid.* Sobre otros aspectos relativos a esta referencia del artículo 16.3, *vid.* J. CALVO OTERO: «La mención específica de la Iglesia católica en la Constitución española», en VV.AA.: *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1982, págs. 145-168.

(37) Así lo entiende VILADRICH: «Lo que nuestra Constitución señala a los poderes públicos es que al tener en cuenta el factor religioso, como factor social de la sociedad española, lo “tener en cuenta” también con sus características reales y diferenciales: de un lado, su arraigo, importancia, tradición y extensión; de otro lado, sus peculiaridades o características orgánicas específicas», en «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Eunsa, Pamplona, 1983, pág. 234.

ción de ese mandato principal, son una de sus consecuencias (38). Con las relaciones de cooperación, el legislador no agota las maneras de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad (39). Lo que nos interesa entonces es analizar la posibilidad de prestaciones en cada una de estas vías.

1.3.2. *La posición jurídico-prestacional derivada de las relaciones de cooperación*

La doctrina eclesialista ha destacado tradicionalmente la referencia que la Constitución española hace a la obligación estatal de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica (40) y las demás confesiones, como consecuencia necesaria de la valoración positiva del fenómeno social religioso (41). Pero la naturaleza de este principio es discutida (42). «La cuestión que plantea

(38) A. BERNÁRDEZ CANTÓN: «La mención de la Iglesia Católica en la Constitución española», *cit.*, pág. 410, propone otros ejemplos de aplicación de ese mandato.

(39) *Ibidem*, pág. 409.

(40) *Vid.*, A. BERNÁRDEZ CANTÓN: «La mención de la Iglesia Católica en la Constitución española», *cit. supra*, págs. 403-420, que examina el carácter personal o institucional que ha de tener el sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas. En torno al alcance de esta mención específica de la Iglesia Católica, hubo inicialmente dos posiciones contrapuestas: la representada por D. LLAMAZARES y G. SUÁREZ PERTIERRA: «El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, págs. 6-34; D. LLAMAZARES: «El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamentos, alcance y límites», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1989, págs. 69-101; y la posición de P. J. VILADRICH: «Principios informadores del Derecho Eclesiástico español», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, ed. *cit.*, págs. 251-273. Una breve síntesis de esta polémica y la conclusión de que el Estado usa la mención de la Iglesia Católica como modelo de relaciones de cooperación puede verse en J. J. AMORÓS AZPILICUETA: *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 166-172.

(41) *Vid.*, por todos, 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*, *cit.*, págs. 468 y sigs.

(42) Para los objetivos de este trabajo no interesa profundizar en el tema de la naturaleza de las relaciones de cooperación salvo hasta donde sea necesario para concluir si puede derivar o no de este principio una posición jurídico-prestacional. Por ello se dejan al margen algunas importantes cuestiones que la referencia constitucional a estas relaciones ha planteado a la doctrina. Por todos, *vid.* J. MARTÍNEZ-TORRÓN: *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994. Un planteamiento crítico sobre ciertos aspectos y su concepción como *técnica* y no como principio en A. FERNÁNDEZ CORONADO: «Principio de igualdad y técnica de cooperación», en *La Ley*, 1983-2, págs. 76-81. Recientemente, R. M. SATORRAS FIORETTI: *Aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas (artículo 16.3 CE)*, Cedecs, Barcelona, 2001.

el principio de cooperación —escribe Molano— es la de si hay que entenderlo como una simple proyección más del principio de libertad religiosa, o bien si hay que entenderlo como dotado de propia autonomía en cuanto principio» (43).

La cuestión se reformula en los siguientes términos: si el principio de cooperación es consecuencia del principio de libertad religiosa, orientado a la promoción y efectiva realización de esa libertad; o si el principio de cooperación deriva de una valoración positiva de las creencias religiosas como elemento integrante del bien común social, en cuyo caso «(...) la cooperación se podría concebir también como una exigencia de justicia —de justicia distributiva especialmente— de la que derivaría para el Estado esa obligación de cooperar» (44). Concluye Molano que cabe una interpretación armonizadora, de modo que un título para la cooperación se basaría en la libertad e igualdad religiosas, cuyo sentido vendría dado por la conexión entre los artículos 16 y 9.2 de la Constitución. El otro título para la cooperación derivaría de un principio de justicia, a la vista de la contribución que las instituciones religiosas realizan para el bien de las personas con su acción asistencial, benéfica, cultural, educativa..., de modo que la colaboración del Estado y las confesiones emana del interés social que estas actividades tienen (45) y se concreta en una actuación prestacional por parte de los poderes públicos.

La naturaleza de las prestaciones derivadas de las relaciones de cooperación, cuyo fundamento sitúa Molano en este doble título, plantea, sin embargo, algunos interrogantes. Por un lado, un sector de la doctrina eclesialista sostiene que las relaciones de cooperación no integran el contenido esencial del derecho de libertad religiosa (46). Se configuran entonces como un principio político, una tarea del Estado o un principio rector de su actuación (47). Por

(43) E. MOLANO: «El Derecho Eclesiástico en la Constitución española», en VV.AA.: *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, cit., pág. 303. Vid. también J. A. SOUTO: «Cooperación del Estado con las confesiones religiosas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 84, 1993-1994, págs. 365-413.

(44) *Ibidem*, pág. 304.

(45) *Ibidem*.

(46) Para Amorós, por ejemplo, entendida la libertad religiosa como una *libertad pública*, ese derecho de crédito a las relaciones de cooperación va más allá del contenido típico de una libertad pública. «En pura técnica jurídica —continúa— la eliminación de ese derecho de crédito no afectaría para nada al contenido de la libertad religiosa como libertad pública, a cuya especificidad y utilización he aludido, siguiendo a Rivero», en J. J. AMORÓS AZPILICUETA: *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, cit., pág. 166.

(47) J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE: *Derecho eclesialista español*, 3.^a ed., Oviedo, 1995, págs. 141 y 145.

otro lado, no hay acuerdo sobre si su objeto son finalidades compartidas por Estado y confesiones en sectores de actuación comunes (48) o, por el contrario, cooperan porque sus fines, el tipo de actividades y los presupuestos de los que parten no son los mismos (49).

Lo que está claro es que en el derecho fundamental de libertad religiosa se reconoce una obligación pública de realizar actos positivos por parte del Estado. La Constitución establece aquí, formalmente, un mandato: los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán relaciones de cooperación con las confesiones, relaciones que son una concreción o consecuencia de aquel mandato apreciativo principal. El Estado, en suma, está obligado a *tomar en consideración* el factor religioso, pero lo que el artículo 16.3 regula es «un deber de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadanos» (STC 93/1983, FJ. 5.º), de lo que se desprende, desde el punto de vista de tales ciudadanos, que no hay un verdadero derecho subjetivo constitucional, sino una posición jurídico-prestacional en favor de éstos.

El fundamento de esta posición jurídica se encuentra, genéricamente, en el mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución, del que cabe extraer este tipo de virtualidades, que vienen a concretar la abstracta formulación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (50). Pero además, como

(48) A. BERNÁRDEZ CANTÓN: «La mención de la Iglesia Católica en la Constitución española», *cit.*, pág. 411.

(49) Entre otros, J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE: *Derecho eclesiástico español*, *cit.*, págs. 153-154.

(50) La interpretación del artículo 9.2 se mueve entre quienes lo consideran un precepto de extraordinario potencial en la efectividad de los derechos fundamentales y quienes rechazan la posibilidad de fundamentar en él concretas exigencias que amplíen el ámbito de ejercicio de los derechos. El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha subrayado reiteradamente la obligación positiva del Estado de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales y de los valores que representan, obligación positiva que dimana del sometimiento de todos los poderes a la Constitución (STC 53/1985, FJ. 4.º), y que ha de orientar la acción prestacional de los poderes públicos (STC 86/1985, FJ. 3.º). En la doctrina eclesiasticista, entre otros, J. GOTI señala que «el fundamento de esta cooperación está en la constitucionalización que se hace de la defensa y promoción de *las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan su plenitud* (artículo 9.2)», en «Los acuerdos con las confesiones religiosas», *Estudios en honor del Dr. D. Lamberto de Echeverría*, Salamanca, 1987, pág. 240; en el mismo sentido, D. LLAMAZARES destaca que «el contenido del principio de cooperación no son sólo las ayudas económicas, directas o indirectas, sino todo aquello exigido para la realización de ese derecho fundamental individual», en «El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamento, alcance y límites», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, *cit.*, pág. 75.

acabamos de apuntar, es una consecuencia necesaria de la obligación del Estado de tener en cuenta las creencias religiosas de sus ciudadanos (51).

La cuestión que ahora hay que plantearse es si la posición jurídico-prestacional en favor de los individuos y de los grupos confesionales deriva únicamente de la obligación estatal de mantener las *consiguientes* relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones; o, por el contrario, es posible entender que también el derecho de libertad religiosa y de culto en su vertiente externa —en lo relativo a la manifestación exterior de esas actividades—, tal como lo formula el artículo 16.1, comporta una faceta prestacional a la que se refiere también el núm. 3 (tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española), y no se agota, por tanto, en una mera abstención del Estado. Dicho de otro modo, el problema que se plantea es si el derecho de libertad religiosa y de culto que los poderes públicos garantizan en el núm. 1 del artículo 16 puede interpretarse en el sentido que propugnan las actuales teorías sobre la renovación dogmática de los derechos fundamentales: los derechos fundamentales tradicionalmente concebidos como derechos de defensa —de los que la libertad religiosa ha sido el paradigma, en la construcción clásica (52)— incorporan también esencialmente una dimensión de participación y una faceta prestacional. Desde esta perspectiva, la dimensión prestacional no deriva ya del reconocimiento constitucional de una obligación pública de cooperar con las confesiones, sino de la garantía misma del derecho fundamental de libertad (art. 16.1), que para producirse efectivamente, exige del Estado algo más que la plena inmunidad de coacción, tal como se ha entendido clásicamente. Exige que el Estado asegure a todos los ciudadanos las posibilidades de ejercicio real y efectivo de la libertad religiosa y de culto a través de actos positivos.

Además, admitida —como lo ha hecho expresamente el Tribunal Constitucional español— una dimensión axiológica objetiva en todos los derechos fundamentales, todos ellos concretan la exigencia de que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente, lo que requiere un cierto grado de libertad *fáctica*. Desde este planteamiento, en la libertad religiosa, ideológica y de culto hay también una posición jurídico-prestacional que se orienta constitutivamente a asegurar las posibilidades de ejercicio de la libertad *jurídica* misma.

(51) Este fundamento de las relaciones de cooperación es sostenido por un amplio sector de la doctrina eclesialista, como veremos.

(52) «En la afirmación del derecho de libertad —escribe Pérez Luño— tuvo especial relevancia la defensa de la libertad religiosa. Es sabido cómo para Jellinek, en su ya clásico trabajo *Die Erklärung der Menschen -und Bürgerrechte*, la libertad religiosa representó el germen de la lucha por todos los demás derechos fundamentales de libertad», A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 117.

En el marco constitucional que acabamos de perfilar, éste es el aspecto que vamos a abordar a continuación.

1.3.3. *La posición jurídico-prestacional derivada del derecho fundamental de libertad religiosa*

La posibilidad de una posición jurídico-prestacional derivada, no ya de las relaciones de cooperación entre Estado y confesiones, sino del mismo derecho fundamental de libertad religiosa, ha de analizarse a partir de los siguientes postulados. En primer término, la libertad religiosa nos interesa en cuanto libertad jurídica, que no tiene por objeto la interioridad de la persona, sino el hecho de que ésta viva y se comporte externa y socialmente de acuerdo con su pensamiento, su conciencia y su fe religiosa (53). Si en su dimensión interna, consiste en un puro derecho de libertad negativa (54), en su dimensión externa el derecho al libre ejercicio de la libertad requiere del Estado prestaciones fácticas y normativas que tienen como finalidad hacer posible la práctica religiosa y el culto por los ciudadanos de cualquier confesión.

En segundo término, y en íntima relación de dependencia con lo que acabamos de señalar, partimos del principio de valoración positiva por parte del Estado del fenómeno social religioso. Con toda claridad lo expresa Viladrich: «Cuando el Estado, al contemplar lo religioso, no ve otra cosa que un *factor social* que forma parte del conjunto de la realidad social y del bien común y que, con todas sus peculiaridades, es susceptible de reconocimiento, garantía y promoción jurídicas, entonces dicho Estado no entra a definir lo religioso, en cuanto tal, sino sólo como factor social y, en esa misma medida, lo capta y se sitúa ante él única y exclusivamente como Estado radicalmente incompetente ante la fe y ante lo religioso, “como religioso”, pero competente para *regular jurídicamente un factor social más del bien común*» (55).

(53) J. A. SOUTO PAZ: «Libertad ideológica y religiosa en la jurisprudencia constitucional», en VV.AA.: *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, cit., pág. 513. Estas tres libertades son aludidas aquí en su sentido genérico, aunque, como es sabido, existen entre ellas diferencias específicas.

(54) El artículo 2.1.a) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece que este derecho comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: «profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía (...)».

(55) P. J. VILADRICH: «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», cit., págs. 216-217. En general, *vid.* las consideraciones que hace el autor en torno al significado y alcance del principio de laicidad del Estado.

La declaración de relevancia del factor social religioso, como subraya con acierto López Alarcón (56), no se reduce a ser presupuesto del principio de cooperación, sino que significa que los poderes públicos están obligados a cooperar asistencialmente a la promoción del hecho social religioso. Esa «cooperación asistencial» para la promoción del factor religioso se especifica necesariamente en una posición jurídico-prestacional en favor de los individuos y los grupos religiosos. Pero su fundamento no está ya en el deber de cooperar con las confesiones. Lo que López Alarcón denomina «asistencia de cooperación» y que exige esencialmente una acción prestacional por parte del Estado «con un contenido de realización y promoción de valores y realidades relacionadas con lo religioso» (57), se funda en la decisión constitucional en favor de un Estado social y democrático de Derecho que tutela y promueve valores e intereses religiosos para hacer real y efectivo el ejercicio de la libertad (58).

De todo lo expuesto hay que concluir que la posición jurídico-prestacional en el artículo 16 tiene una doble vertiente. Se conecta, por una parte, con la garantía del libre ejercicio de la libertad (16.1) y por otra, con la exigencia de cooperar con las confesiones (16.3). El derecho de los individuos y de las comunidades confesionales a una actividad prestacional del Estado se engarza en la garantía de la libertad, que exige de los poderes públicos una *actuación positiva de protección y promoción de la libertad religiosa*, conforme al núm. 1 del artículo 16. Además, las prestaciones estatales tienen también otra fuente: las relaciones de cooperación que el Estado se impone a sí mismo con las confesiones religiosas. Vamos a ver cuál es la naturaleza de cada una de estas actividades prestacionales de los poderes públicos en el marco del derecho de libertad religiosa.

1.3.4. *Análisis estructural de las posiciones jurídico-prestacionales vinculadas al derecho fundamental de libertad religiosa*

De conformidad con lo expuesto, se desprende que en el derecho de libertad religiosa y de culto, hay dos posiciones jurídico-prestacionales, una deri-

(56) 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*, cit., pág. 469.

(57) *Ibidem*, pág. 471.

(58) En torno a esta cuestión A. MOTILLA: «Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo», en I. C. IVÁN (coord.): *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, págs. 191-204.

vada del derecho fundamental de libertad, y la otra, del deber del Estado de cooperar con las confesiones. Interesa ahora proceder al análisis estructural de las posiciones jurídico-prestacionales posibles derivadas del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto, en comparación con los términos en que está regulado este derecho, para determinar de qué tipo de prestaciones se trata.

La primera de esas posiciones jurídico prestacionales es aquella que se concreta en derechos subjetivos definitivos de prestación. De la delimitación del contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hay que concluir 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, porque el contenido esencial, desde el punto de vista del derecho subjetivo fundamental, es «el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo (...), el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales» (STC 24/1982, FJ. 1.º). Lo decisivo, en el derecho fundamental de libertad religiosa, es la libertad religiosa misma, y sólo en esta esfera —*agere licere*— tiene el titular del derecho fundamental una competencia para imponer judicialmente su derecho.

La segunda de las posiciones jurídico-prestacionales es aquella que está fundamentada en un principio objetivo, al que corresponde un deber no relacional del Estado. Es una posición jurídica subjetivamente más débil. Se trata de un deber objetivo del Estado, que no da lugar a un derecho exigible judicialmente. Esta sería la estructura de las prestaciones derivadas de las relaciones de cooperación para aquel sector doctrinal que sostiene que «si el Estado no hubiera constitucionalizado las relaciones de cooperación, éstas no serían invocables por las confesiones» (59). Es el Estado, unilateralmente, el que decide una forma particular de regular el fenómeno social religioso, y se obliga a cooperar. Ordinariamente, esa cooperación se lleva a cabo desplazando el legislador su libertad de configuración normativa en favor de regulaciones pactadas con las confesiones (60). Pero el papel de éstas es secundario, porque no

(59) Así, J. J. AMORÓS AZPILICUETA: *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, cit., pág. 195.

(60) Sobre el alcance del principio de cooperación en este punto, *vid.*, P. J. VILADRICH: «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, cit., págs. 310 y sigs., comparando nuestro sistema con el Derecho italiano. El Estado italiano no está constitucionalmente obligado a elaborar *intese*, pero sí a atenerse al procedimiento de las mismas y a su fórmula cuando legisle sobre confesiones. Cfr. también M. J. ROCA: *Naturaleza jurídica de los convenios eclesiásticos menores*, Eunsa, Pamplona, 1993, pág. 38.

depende de su iniciativa el establecimiento de las relaciones de cooperación (61). Y tampoco los pactos, como es sabido, están constitucionalizados como única vía de cooperación (62).

La tercera es aquella posición jurídico-prestacional presupuesta por el ejercicio de un derecho subjetivo personal. Se da en todos los supuestos en los que la garantía de la posición subjetiva prestacional desde el punto de vista constitucional es tan importante que no puede dejarse al criterio de mayorías parlamentarias. Es la posición jurídico-prestacional comprendida en el ámbito normativo del derecho o libertad, es una dimensión relevante de ese ámbito normativo, según la terminología alemana. Es claro que el artículo 16 en su número 1.º contiene también una norma de competencia, porque confiere un poder para actuar normativamente en el campo de las garantías del derecho de libertad religiosa. Existe un deber relacional del Estado ordenado a crear las condiciones para que el contenido del derecho de libertad religiosa, ideológica y de culto sea real y efectivo. Hay aquí una verdadera pretensión jurídica, que debe diferenciarse del derecho subjetivo típico, pero que tiene carácter relacional, y cuyo objeto es un *facere* de los poderes públicos. En este supuesto, la prestación se orienta a la protección y a la promoción de la libertad personal en el libre ejercicio de las creencias religiosas. Esta actividad promocional del Estado se distingue de las relaciones de cooperación en que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, y así se establece en la legislación de desarrollo, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Después de delimitar el contenido del derecho fundamental en el artículo 2.1 y 2, el número 3 establece:

«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».

Sin embargo, esta faceta prestacional presupuesta por el ejercicio de un derecho subjetivo personal —del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto—, no predetermina para el legislador de qué manera debe hacer efectiva la prestación. Mantiene aquí una cierta libertad de configuración —a diferencia de la vertiente defensiva del derecho fundamental de libertad—, de modo que podrá optar entre los medios que hagan efectivo ese derecho y en caso de

(61) J. J. AMORÓS AZPILICUETA: *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, cit., pág. 195.

(62) P. J. VILADRICH: «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español», cit., págs. 253 y sigs.

que sólo exista uno, debe escoger precisamente ese medio. Los cauces señalados en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa para la actividad prestacional no son exclusivos ni excluyentes. De hecho, pueden señalarse otros que obedecen a idéntica *ratio*: la aplicación real y efectiva del derecho de libertad religiosa, que en su vertiente externa se realiza a través del derecho al libre ejercicio del culto y a la libre manifestación de las creencias religiosas, ejercicio que requiere del Estado prestaciones fácticas y normativas encaminadas a hacer posible la práctica religiosa y el culto. Los derechos a prestaciones que surgen de esta vía se referirán a la actividad específicamente religiosa de los individuos y de las confesiones y a la forma y medios con que éstas la desarrollan en la sociedad, como el culto, la enseñanza o el proselitismo (63).

En la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, la actividad prestacional se concreta en la asistencia religiosa en ciertos supuestos y en la formación religiosa en centros educativos públicos. En cuanto a la asistencia religiosa, de la conexión entre ambas previsiones legales (los números 1 y 3 del art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa), se desprende que la obligación prestacional de asistencia se fundamenta, en los supuestos contemplados expresamente en la ley, en el deber constitucional impuesto a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad religiosa y de culto de los individuos y de los grupos confesionales —en todos los derechos y las manifestaciones comprendidas en el ámbito de su contenido esencial— *sea real y efectivamente aplicada* (64). Con toda

(63) En torno al proselitismo, *vid.* M. J. CIÁURRIZ: «El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa», *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2001; A. MOTILLA: «Proselitismo y libertad religiosa en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XVII, 2001, págs. 179-192.

(64) En contra, J. R. Cossío Díaz, para quien las prestaciones estatales de asistencia religiosa no forman parte de la obligación propia del derecho fundamental. Interpretando la STC 24/1982 (*cit. infra*), concluye que la sentencia no genera la obligación prestacional desde el artículo 16.1, sino desde un acuerdo firmado con un Estado extranjero, y descarta la posibilidad de conectar esta obligación con el postulado más amplio del artículo 10.2 de la Constitución para generalizarla. «La posterior exigencia de prestaciones similares por miembros de confesiones distintas se planteará en adelante, como la misma sentencia advierte, a partir de posibles discriminaciones, trasladándose así el asunto de la libertad religiosa al principio de igualdad», en *Estado social y derechos de prestación*, *cit.*, pág. 200. No parece ser ese el criterio del Tribunal. Para Cossío es la única explicación posible, dado que la libertad religiosa del artículo 16 es, para él autor, uno de los casos en los que la obligación estatal en el marco de un derecho fundamental queda reducida a abstenciones. «La concurrencia igualitaria de distintas ideologías y creencias, y la neutralidad impuesta al Estado en esta materia, parecieran negar dimensión prestacional al derecho y reducir la obligación pública a un mero no hacer», pág. 190. En nuestra opinión, la obligación prestacional de asistencia deriva de la garantía constitucional de la libertad religiosa, de modo que la intervención estatal se justifica, como se desprende de la sentencia, en la obligación de tutela y

claridad lo afirma el Tribunal Constitucional en la Sentencia 24/1982, FJ. 4.º (65):

«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 pueden reclamar fundadamente, de suerte que sólo el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos, incidiría en la eventual violación analizada».

La formación religiosa en centros docentes públicos es el otro aspecto al que la Ley se refiere expresamente como objeto de una actuación prestacional (o de asistencia de cooperación, en la terminología de López Alarcón). Dejando al margen los complejos problemas que ha planteado la enseñanza de la religión en las escuelas (66), interesa ahora poner de relieve que entre los obje-

promoción del derecho individual y comunitario al culto y al acto de fe. La prestación no deriva de un acuerdo con un Estado extranjero, sino del artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que describe el contenido esencial del derecho fundamental. Además, como puso de relieve De Otto, «declarados constitucionalmente los derechos, los tratados y convenios internacionales no pueden en ningún caso conducir a la disminución o ampliación de la garantía constitucional», en L. MARTÍN RETORTILLO y I. DE OTTO: *Derechos fundamentales y Constitución*, cit., pág. 115.

(65) La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 24/1982, de 13 de mayo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra, artículo 9.4.º, que se refiere al Cuerpo Eclesiástico. Fue ponente el Magistrado Díez-Picazo y Ponce de León. Esta materia está regulada actualmente en la D.F. 4.ª de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y la Orden 376/2000, de 20 de diciembre, por la que se dictan normas sobre los sacerdotes y religiosos colaboradores del Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas.

(66) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, J. M. CONTRERAS MAZARÍO: *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Madrid, 1992; C. DE DIEGO-LORA: «Consideraciones sobre la enseñanza de la religión católica en España», en *Ius Canonicum*, 32, 1992, págs. 141-162; J. MANTECÓN y D. TIRAPU: «La enseñanza de la religión en el sistema educativo público», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 17-20, 1989-1992, págs. 128-144; A. MARTÍNEZ BLANCO: *La enseñanza de la religión en los centros docentes (A la luz de la Constitución y del acuerdo con la Santa Sede)*, Murcia, 1993; I. BRIONES: «La enseñanza de la religión en los

tivos de la educación (67), los esfuerzos en el ámbito internacional se dirigen a impulsar la acción de los Estados para promover y desarrollar políticas educativas dirigidas a fortalecer la protección de los derechos humanos, la erradicación de los prejuicios y de las concepciones incompatibles con la libertad de religión y de convicciones y a garantizar el respeto y la aceptación del pluralismo y la diversidad en estos ámbitos, así como el derecho a no recibir una instrucción religiosa incompatible con las propias convicciones (68).

Pero la protección y la promoción de los valores e intereses religiosos abarca, de hecho, toda la acción prestacional del Estado sobre el hecho social

centros públicos españoles», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IX, 1993, págs. 167-206; J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE: «La enseñanza religiosa», en VV.AA.: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1994, págs. 991-1018; D. GARCÍA-PARDO: *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; J. M. MARTÍ: «Factor religioso y enseñanza en España», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XVI, 2000, págs. 399-479; G. MORENO BOTELLA: «Libertad religiosa y neutralidad escolar. A propósito del crucifijo y de otros símbolos de carácter confesional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2001, págs. 173-218; P. LORENZO: *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

(67) Para la Iglesia católica, el objetivo es «estimular a que desde un conocimiento de la fe cristiana, tenga lugar el diálogo interdisciplinar entre Evangelio y cultura humana, en cuya asimilación crítica madura el alumno», COMISIÓN EPISCOPAL DE ENSEÑANZA Y CATEQUESIS: «La enseñanza religiosa escolar», 11 de junio de 1979, núm. 65, *Documentos colectivos del Episcopado español sobre la formación religiosa y educación (1969-1980)*, Madrid, 1981, pág. 566.

(68) El artículo 29 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990, subraya que la educación del niño deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la carta de las Naciones Unidas; inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena (...). En su párrafo 2.º se declara: «Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado». En esta línea se pronunció la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión y de convicciones, la tolerancia y la no discriminación reunida en Madrid del 23 al 25 de noviembre de 2001, cuyo documento final reitera el deber de los Estados de fomentar los principios de tolerancia y no discriminación a la luz del hecho de que las actitudes son en gran parte influenciadas durante el período de educación escolar primaria y secundaria.

religioso positivamente valorado. López Alarcón propone otros ejemplos significativos: la actuación «sobre los sujetos religiosos (Iglesias y Confesiones, entidades, ministros), sobre los objetos (de titularidad eclesiástica en general, de culto, de interés artístico, etc.), sobre instituciones (matrimonio, centros de enseñanza, etcétera), sobre actividades (la enseñanza religiosa, el culto), sobre sentimientos, valores, derechos y otros intereses relacionados con el hecho religioso, como tutela penal de ofensas al sentimiento religioso, tutela jurisdiccional mediante objeción de conciencia de valores religiosos y morales, protección de la libertad y de la igualdad religiosa, etc.» (69). Esta intervención del Estado, que en muchos casos habrá de ser financiera, es una exigencia del Estado social, que, al igual que promociona otros valores sociales, debe hacerlo con determinadas exigencias religiosas de los ciudadanos y de las confesiones cuando afectan a intereses relevantes del factor social religioso. Sin cultura religiosa no es posible entender nuestra historia. En este sentido, el Consejo de Europa ha vinculado el factor religioso con el enriquecimiento de la herencia cultural europea y con el desarrollo de una sociedad democrática (70), subrayando que sus verdaderos enemigos son la ignorancia y los prejuicios: «La democracia ha demostrado ser el mejor marco para la libertad de conciencia, el ejercicio de la fe y el pluralismo religioso. Por su parte, la religión, a través de su compromiso moral y ético, los valores que promueve, su sentido crítico y su expresión cultural puede ser un valioso complemento de una sociedad democrática».

(69) M. LÓPEZ ALARCÓN: «Relevancia específica del factor social religioso», *cit.*, pág. 473. En la doctrina italiana, G. CASUSCELLI: *Post-confessionismo e transizione. I problemi del Diritto ecclesiastico nella attuale esperienza giuridica*, Milano, 1984, pág. 31.

(70) Recomendación 1396, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999. En el texto se recoge su párrafo 5.

NOTA

