

LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA FUNCION PROMOCIONAL DEL ESTADO EN LA LEY ORGANICA DE LIBERTAD RELIGIOSA

José M^a. CONTRERAS MAZARÍO
Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO:

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

II.- LA CE Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA. 2.1. *Concepto negativo.* 2.2. *Concepto positivo* 2.3. *La libertad de conciencia como derecho subjetivo fundamental de garantía prestacional.*

III.- LA LOLR Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA. 3.1. *Concepto negativo.* 3.2. *Concepto positivo.* 3.3. *La LOLR y las manifestaciones de la función promocional de la libertad de conciencia.* 3.3.1. *La asistencia religiosa en centros públicos.* 3.3.2. *La formación religiosa en centros docentes.*

IV.- DESARROLLO PACTICIO. 4.1. *Los acuerdos con la Santa Sede y la función promocional de la libertad de conciencia.* 4.2. *Los acuerdos de cooperación (con las confesiones evangélicas, israelitas e islámicas) y la función promocional de la libertad de conciencia.*

V.- VALORACIÓN DEL SISTEMA.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

Uno de los debates más controvertidos de la doctrina española actual gira en torno al derecho de libertad de conciencia y la posibilidad de que le sea aplicable o no la función promocional de los poderes públicos establecida en el artículo 9.2 de la Constitución española, de 1978¹. A este respecto, un lugar sin duda importante lo ocupa la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa², en cuanto representa el desarrollo del contenido esencial del mencionado derecho fundamental (art. 53.1 en relación con el art. 81.1 de la CE).

¹ B.O.E. nº 311.1, de 29 de diciembre de 1978. En adelante, CE.

² B.O.E. nº 177, de 24 de julio de 1980. En adelante, LOLR.

Nos encontramos en esta ocasión ante la problemática de si los denominados “derechos de primera generación” pueden y deben ser garantizados por los poderes públicos no sólo con medidas de carácter esencialmente negativas, dirigidas a la salvaguardia de la correspondiente inmunidad de coacción, sino además con actividades positivas de actuación, dirigidas a la consecución real y efectiva del derecho en cuestión. Ello, en el supuesto de una respuesta positiva, conlleva una transformación de la naturaleza jurídica del derecho en cuestión, que pasaría de configurarse como un derecho frente al Estado a un derecho en el Estado. Ello, sin embargo, no debe confundirse en todos los casos con un derecho de naturaleza prestacional, ya que ambas garantías -como intentaremos poner de manifiesto-, aunque responden a un mismo fundamento que se concreta en el Estado asistencial, pueden tener un contenido y alcance diverso.

No obstante, para todos aquellos autores que responden de manera negativa, la libertad de conciencia sólo puede entenderse como un derecho de libertad y, en consecuencia, el reconocimiento y tutela de un ámbito de agere lícere en favor de los individuos y los grupos filosóficos y religiosos donde estos se integran. Ir más allá supone una transformación ilegítima de la naturaleza del presente derecho no amparada en nuestro Texto constitucional³. Incluso en para aquellos autores que optan por dar una respuesta positiva respecto de la cuestión suscitada, el alcance por lo que a la función promocional se refiere no resulta el mismo. A este respecto, se puede poner de manifiesto como hay autores que optan en favor de lo que podemos denominar una interpretación restrictiva, que se concreta en la aplicación a favor del derecho de libertad de conciencia o de creencias únicamente de la función relativa a la remoción de obstáculos⁴, pero no así de la función promocional como garantía positiva en favor del precitado derecho.

Intentaremos a lo largo del presente trabajo determinar si la adopción de medidas promocionales en favor de la libertad de conciencia representa o no un mandato

³ PECES-BARBA, G.: “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, en *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, EDERSA, Madrid 1989, pp. 53-71; GONZALEZ DEL VALLE, J.M.: *Derecho eclesiástico español*, 4ª ed., Universidad de Oviedo, Oviedo 1997, p. 229; MARTINEZ DE PISON, J.: *Constitución y libertad religiosa en España*, Ed. Dykinson/Universidad de la Rioja, Madrid 2000, pp. 350-359.

Una posición que muestra la dificultad y complejidad a la hora de poder dar una respuesta a la cuestión aquí suscitada la encontramos en RODRIGUEZ-BEREJO, para quien “(1)a jurisprudencia constitucional concibe la libertad religiosa como uno de los derechos fundamentales de libertad, como contrapartida a los de prestación, aunque la prestación sea, aquí también, relativa” (cit. “La libertad religiosa en el Tribunal constitucional español”, en MARTINEZ-TORRON, J. (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Ed. Comares, Granada 1998, p. 46).

⁴ POLO, J.R.: *El derecho de acceso en el ordenamiento español*, mecanografiado.

constitucional y hasta dónde deben alcanzar (y hasta dónde han alcanzado) dichas medidas de garantía positiva. Para ello se partirá lógicamente del análisis de dos preceptos básicos y fundantes de la cuestión suscitada como son los artículos 16 y 9.2 de la CE, para seguidamente entrar en el estudio de la LOLR en tanto que hoy por hoy representa -como ya se ha señalado- el desarrollo del contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa. El presente trabajo se cerrará con un análisis de la normativa pacticia vigente en la materia, en tanto que normas particulares que establecen el sistema de aplicación concreta adoptado para los miembros de las confesiones que hayan celebrado dicho tipo de normas.

II.- LA C.E. Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

La aprobación, en 1978, de la Constitución ha representado uno de los hitos más trascendentes en la historia política de la España contemporánea. En materia de Derecho Eclesiástico del Estado supone una de las transformaciones más sustantivas jamás producida superándose por primera vez la llamada “cuestión religiosa” , ya que junto al reconocimiento y tutela de la libertad de conciencia (art. 16.1), se garantiza asimismo la igualdad de todos ante la ley, sin discriminación alguna por motivos religiosos (art. 14)⁶, así como el que “ninguna religión [tenga] carácter estatal” (art. 16.3)⁷. Todo ello bajo una práctica que se ha elevado a la consideración de “principio de actuación” como fue el “consenso”, y que rompe la tradición -al menos en esta materia- de la imposición de una parte frente a otra de españoles, y que dio lugar a lo que se ha denominado “las dos Españas”.

⁵ Sobre la historia del constitucionalismo español y la libertad religiosa, vid. MARTINEZ DE PISON CAVERO, J.: *Constitución y libertad religiosa en España*, op. cit., pp. 87-203; SUAREZ PERTIERRA, G.: *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Eset, Vitoria 1978.

⁶ Vid. SSTC de 2 de julio de 1981, fto. jco. 3; 15/1982, de 23 de abril, fto. jco. 7; 24/1982, de 13 de mayo, fto. jco. 1; 49/1982, de 14 de julio, fto. jco. 5; 66/1982, de 12 de noviembre, fto. jco. 3; 101/1983, de 18 de noviembre, fto. jco. 4; 47/1985, de 27 de marzo, fto. jco. 4; 109/1988, de 8 de junio, fto. jco. 2; 144/1988, de 12 de julio, fto. jco. 1; 47/1990, de 20 de marzo, ftos. jcos. 6 y 7; 119/1990, de 21 de junio, fto. jco. 6; 214/1991, de 11 de noviembre, ftos. jcos. 1, 3, 6 y 8; y 59/1992, de 23 de abril, fto. jco. 3.

⁷ Vid. SSTC 1/1981, de 26 de enero, ftos. Jcos. 6 y 10; 5/1981, de 13 de febrero, fto. jco. 9; 24/1982, de 13 de mayo, fto. jco. 1; 66/1982, de 12 de noviembre, fto. jco. 4; 101/1983, de 18 de noviembre, fto. jco. 5; 19/1985, de 13 de febrero, ftos. jcos. 2 y 4; 70/1985, de 31 de mayo, fto. jco. 6; 106/1996, de 12 de junio; 166/1996, de 28 de octubre, fto. jco. 4; 177/1996, de 11 de noviembre, ftos. jcos. 1 y 9; y AATC 616/1984, de 31 de octubre, fto. jco. 3; 359/1985, de 29 de mayo, fto. jco. 3; 180/1986, de 21 de febrero, fto. jco. 2; 480/1989, de 2 de octubre, fto. jco. 3.

Junto a los principios ya reseñados se debe hacer mención igualmente de otros tres de igual o mayor importancia, como son el pluralismo, la personalización y la tolerancia⁸. Todos ellos constituyen un modelo de Estado que, basado en la neutralidad del Estado, tiene como prisma de actuación el derecho de libertad de conciencia de sus ciudadanos en un intento por alcanzar los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo (art. 1.1 CE.)⁹, en favor de la consecución de la dignidad humana y del pleno desarrollo de su personalidad (art. 10.1 C.E.) para lo cual se entiende imprescindible realizarlo en un plano de participación y cooperación con los individuos y los grupos (art. 16.3 CE)¹⁰.

Partiendo de dichos principios y por lo que a la libertad de conciencia se refiere, cabe señalar que la misma, además de representar una concreción del valor “libertad” (art. 1.1 C.E.) (concepto axiológico) y un principio informador del sistema político español en materia religiosa¹¹, ha sido reconocida como derecho fundamental en el artículo 16 de la C.E. (concepto negativo). Acepción que a nuestro juicio, y como intentaremos demostrar en el presente trabajo, no agota el concepto de la libertad de conciencia, ya que la misma por presión del artículo 9.2 de la CE debe igualmente conllevar el reconocimiento de un aspecto positivo, que se concreta en la función promocional de dicho derecho por parte de los poderes públicos.

Aunque de todo ello se puede deducir una triple conceptualización, por lo que al objeto del presente trabajo respecta se va a hacer únicamente referencia de los conceptos negativo y positivo de libertad de conciencia, y en especial del alcance de la segunda acepción en la presente materia.

⁸ Sobre estos principios, vid. LLAMAZARES, D.: *El derecho de la libertad de conciencia*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid 1997, pp. 224-270.

⁹ Sobre los valores superiores, vid. PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid 1986.

¹⁰ Respecto de las relaciones de cooperación, vid. FERNANDEZ-CORONADO, A.: “Principio de igualdad y técnica de cooperación”, en *La Ley*, 1983, pp. 76-81; LLAMAZARES, D.: “El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamentos, alcance y límites”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V (1989), pp. 69-101.

¹¹ A este respecto, vid. GONZALEZ DEL VALLE, J.M.: *Derecho eclesiástico español*, op. cit., pp. 324-325; GOTI, J.: *Sistema de Derecho eclesiástico del Estado*, vol. I, Donosti 1991, pp. 228-231; IBAN, I.; PRIETO, L.; MOTILLA, A.: *Curso de Derecho eclesiástico*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense, Madrid 1991, pp. 184-189; LLAMAZARES, D.: *El derecho de la libertad de conciencia...*, vol. I, op. cit., pp. 232-234; MARTINEZ BLANCO, A.: *Derecho eclesiástico del estado*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid 1993, pp. 76-79; MARTINEZ-TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad. Antiguos nuevos planteamientos en el Derecho eclesiástico del Estado*, Ed. Comares, Granada 1999, pp. 177-184; SATORRAS, R.M.: *Lecciones de Derecho eclesiástico del Estado*, Bosch Editor, Barcelona 2000, pp. 66-70; SOUTO, J.A.: *Comunidad política y libertad de creencias...*, op. cit., pp. 256-260; VILADRICH, P.J.: “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en AA.VV.: *Derecho eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona 1983, pp. 193 y ss.

2.1.- Concepto negativo o formal

La libertad de conciencia surge en su génesis como la “primera de las libertades” frente a la cosmovisión monista que hasta entonces imponían los monarcas o príncipes (principio de “cuis regio, eius religio”¹²). Desde este plano, la libertad de conciencia supone un ámbito de inmunidad frente a la coacción de los poderes públicos que debe estar protegido contra toda ingerencia ilegítima que pueda venir desde el propio poder o por parte de los particulares. Este concepto negativo de la libertad de conciencia es el reconocido en el mencionado precepto constitucional, y que puede concretarse en la siguiente definición del TC:

“como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo”,

lo que implica el reconocimiento y garantía de un

“derecho de los ciudadanos a actuar con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales”¹³.

Intentaremos en las páginas siguientes desarrollar de manera más pormenorizada la definición reseñada, para lo cual se distinguirá una tres dimensión:

- a) como derecho de autonomía
- b) como derecho subjetivo
- c) como derecho fundamental.

No obstante, y antes de entrar en cuestiones de naturaleza jurídica, se hace necesario hacer referencia, aunque de manera breve, a la determinación del derecho o de los derechos reconocidos en el mencionado precepto constitucional. A este respecto, y sin pretensiones de reiterar la pluralidad terminológica que en relación al mismo se ha empleado¹⁴, baste con precisar que nos encuadramos dentro de ese

¹² Paz de Ausburgo y la Paz Westfalia.

¹³ STC 24/1982, de 13 de mayo, fto. jco. 1.

¹⁴ En relación con la pluralidad terminológica, vid. nuestro trabajo “Algunas consideraciones sobre la libertad de conciencia en el sistema constitucional español (I)”, en *Derechos y Libertades*, nº 3 (1994), pp. 134-140.

sector de la doctrina¹⁵ que entiende que el derecho que está en el origen del artículo 16 de la CE no es otro que el de libertad de conciencia. De tal forma que la libertad de conciencia sería el “tronco común”¹⁶ del que se desgranarían el resto de derechos y libertades públicas¹⁷ (“derecho referencial”¹⁸).

Dicha cuestión adquiere, sin lugar a dudas, una especial relevancia a hora de enfrentarse a la cuestión sustantiva del alcance material de este derecho. Así, un sector de la doctrina se manifiesta a favor de un reconocimiento dual de los derechos garantizados en el precepto constitucional: la libertad ideológica, por un lado, y la libertad religiosa, por el otro, como dos libertades distintas y autónomas sin relación alguna; entendiendo al mismo tiempo que la libertad religiosa sólo abarca las posiciones positivas ante el acto fe, mientras que otro tipo de creencias u otro tipo de

¹⁵ El autor más representativo de esta corriente es Dionisio LLAMAZARES, para quien “la libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento) incluye la libertad de ideas y creencias, tanto religiosas como no religiosas, de un lado; de otro, incluye tanto la libertad interior como la de expresión y la de acomodar la conducta a esas ideas y creencias” (Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia y laicidad, Ed. Cívitas, Madrid 1997, p. 228).

¹⁶ En esta línea, vid. MARTINEZ DE PISON, J.: *Constitución...*, op. cit., p. 305.

¹⁷ Planteamiento que surge de la doctrina francesa. J. RIVERO incluye bajo el epígrafe de “liberté de la pensée”, a la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la libertad de culto, la libertad de prensa, el régimen de comunicación audiovisual, la libertad de enseñanza, el derecho a la información (en Les libertés publiques). BREILLAT distingue dentro de “les libertés l'esprit” a la libertad de conciencia, que engloba a la libertad de opinión con la objeción de conciencia y la libertad religiosa, y a la libertad de expresión con toda su pluralidad de manifestaciones: el derecho a la información, el derecho de comunicación (en Les libertés l'esprit). En esta línea, vid. ROBERT, J.: *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, París 1996.

¹⁸ Precisamente, en la doctrina española D. LLAMAZARES afirma que “(e)l núcleo central del derecho de libertad de conciencia está integrado por los siguientes elementos: 1) Libertad ideológica, religiosa y de culto y, por tanto, de ideas y creencias religiosas y no religiosas (art. 16.1 CE); 2) Derecho a la formación de la propia conciencia en libertad y para la libertad [derecho a la educación del art. 27.1 CE y derecho a la información veraz del art. 20.1.d) CE, incluida la información y educación de consumidores y usuarios del art. 51.2]; 3) Derecho a la libertad de expresión de la ideas y creencias de la propia conciencia [libertad de expresión del art. 20.1.a) y b) y libertad de enseñanza del art. 27.1 y del 20.1.c)] con inclusión del derecho a no ser obligado a declarar sobre ellas (art. 16.2 CE); 4) Derecho a comportarse en contradicción con ella con independencia de que los motivos sean de índole religiosa, ética, filosófica, humanística u otros de la misma naturaleza” (en *Derecho de la libertad de conciencia...*, vol. I, op. cit., p. 233). En una posición próxima, pero desde la libertad de creencias, J.A. SOUTO para quien “(1) la centralidad de la libertad de creencias, en el ámbito de las libertades públicas, la convierte, así, en la primera de las llamadas libertades espirituales, de manera que la libertad de conciencia, la libertad de expresión, la libertad de educación o las libertades de asociación, reunión o manifestación son una simple proyección de la libertad ideológica y religiosa” (en *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a la libertades públicas en el Derecho comparad*, Marcial Pons, Madrid 1999, p. 28)

respuestas ante el ser supremo formarían parte del ámbito material de la libertad ideológica¹⁹.

Frente a esta posición está la que aquellos otros autores –entre los que nos situamos²⁰– que optan en favor de incluir dentro de un mismo derecho las opciones religiosas y no religiosas, ya sea éste el de libertad de conciencia²¹, el de libertad de ideas y creencias²², o el propio de libertad religiosa en sentido amplio²³. Y respecto del derecho que está en el génesis del precepto²⁴, éste no es otro que la libertad de conciencia (de pensamiento o ideológica) en tanto que es el derecho que garantiza la protección plena de cuantas posiciones personales puedan elegirse o adoptarse

¹⁹ En esta línea, vid. entre la doctrina española AMOROS, J.J.: *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Ed. Tecnos, Madrid 1984, pp. 176 y 183; IBAN, I.; PRIETO SANCHIS, L.; MOTILLA, A.: *Derecho eclesiástico*, Ed. MacGraw-Hill, Madrid 1997, pp. 102-103; FORNES, J.: *La ciencia canónica*, pp. 394-395. En relación con la doctrina italiana, vid. D'AVACK, P.A.: *Trattato di Diritto ecclesiastico italiano*, 2ª ed., Ed. Guiffirè, Milán 1978, p. 400; ORIGONE, A.: *La libertà religiosa e l'ateismo*, Trieste 1950; RAVA, A.: *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa*, Ed. Guiffirè, Milán 1959, pp. 31-32 y 45.

Dentro de esta distinción dual, aunque con un planteamiento algo distinto puede hacerse referencia a VILADRICH, para quien el derecho a la libertad religiosa “*protege, para el creyente, la libertad del acto de fe y la libertad de culto y la práctica estrictamente calificable de religiosa, mientras que todo el conjunto cultural, teológico-filosófico, estético, ideológico y moral, así como su enseñanza y difusión académica, no es culto y práctica religiosa sino materia del derecho de libertad de pensamiento y de conciencia y, por tanto, lo que el agnosticismo y el ateísmo tienen de ejercicio libre y propio del acto de fe es un bien o valor reconocido por el derecho de libertad religiosa, mientras que lo que contiene de sistema ideológico y ético (su libre manifestación, el vivir en consecuencia con sus opciones, enseñarlas, difundirlas, individual, asociada o institucionalmente, en público o en privado) es materia de los derechos de libertad de pensamiento o ideológica y de libertad de conciencia*” (cit. “*Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978*”, en *Revista de Derecho Público*, 1983, pp. 83-84). En esta misma línea, vid. ARECES, T.: “*Las fronteras entre la libertad religiosa y la libertad ideológica*”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. X (1994), p. 39.

²⁰ Nuestra posición quedó sentada en 1989, aunque en aquella ocasión lo hicimos desde la aplicación del principio de igualdad: *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, Madrid 1989, pp. 540-542

²¹ En esta línea, vid. LLAMAZARES, D.: *Derecho de la libertad de conciencia...*, op. cit., p. 229.

²² A favor de esta posición, vid. SOUTO PAZ, J.A.: *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid 1999.

²³ A favor, vid. entre nosotros GONZALEZ DEL VALLE, J.M^a: *Derecho eclesiástico español*, 4º ed., Universidad de Oviedo, Oviedo 1997, pp. 324-325; y en la doctrina italiana BELLINI, P.: “*El pluralismo de opciones sobre el hecho religioso y el objeto del derecho de libertad religiosa*”, en *Revista de Derecho Público*, 1983, pp. 40, 123-127 y 133; CARDIA, C.: *Ateísmo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, d'alla unità ai giorni nostri*, Bari 1973, p. 99; ID.: “*Società civile e diritto de libertà*”, en *Teoria e prassi delle libertà religiosa*, Ed. Il Mulino, Bolonia 1975, pp. 23-25; FEDELE, P.: *La libertà religiosa*, Ed. Guiffirè, Milán 1963, pp. 15-16.

²⁴ En contra, vid. ALVAREZ CORTINA, A.C.: *El Derecho eclesiástico español en la jurisprudencia*

(incluida las relativas a un ser supremo), al tiempo que protege el ámbito de libertad necesario para formar la propia conciencia y elegir o adoptar nuestras propias ideas, creencias o convicciones, religiosas o no religiosas, así como actuar conforme a aquéllas, y no ser obligados a actuar contra las mismas. Dicho posicionamiento ha llevado a calificar a la libertad de conciencia (de pensamiento e ideológica) como de género, mientras que la libertad religiosa sería la especie, o lo que es lo mismo la segunda se encontraría contenida en la primera²⁵.

Superadas de esta forma tanto la cuestión de la pluralidad terminológica, como la relación existente entre los derechos en juego en el citado precepto, se abordará a continuación la temática de los elementos configuradores del concepto de libertad de conciencia con el fin de precisar el tipo de derecho ante el que nos encontramos

a.- La libertad de conciencia como derecho de autonomía

Esta configuración como derecho de autonomía otorga a la libertad de conciencia una *facultas agendi* en favor de los individuos que conlleva el reconocimiento de una autorización para exigir de los demás una determinada conducta, esencialmente de carácter negativo o abstencionista²⁶. Desde esta perspectiva, el presente derecho se reconoce únicamente en el plano individual, lo que plantea su relevancia desde el plano colectivo; planos de los que nos ocuparemos seguidamente.

La libertad de conciencia supone, desde el plano individual, el reconocimiento a toda persona de una *facultas agendi* que se concreta en la tutela y garantía de un ámbito de inmunidad de coacción, tanto por parte de los poderes públicos como respecto de terceros²⁷. Ello ha llevado a configurar a este derecho como un derecho frente al Estado; siendo ésta su génesis y, para muchos autores, su única configuración. Desde la misma, el reconocimiento del derecho a la libertad de conciencia conlleva, desde el plano de los sujetos pasivos, el deber bien de hacer lo que se les ordena, bien de omitir lo que se les prohíbe. Ahora bien, los mismos tienen efectos distintos dependiendo del sujeto pasivo sobre el que se proyectan. Así, para

postconstitucional (1978-1990), Ed. Tecnos, Madrid 1991, pp. 24-25; TIRAPU, D.: "Interpretaciones de la Constitución y libertad religiosa", en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, vol. V (1989), pp. 109 y ss.

²⁵ LLAMAZARES, D.: *Derecho eclesiástico del Estado...*, op. cit., p. 14. Para este autor, "la libertad ideológica sería el círculo mayor, que incluiría al que representa a la libertad religiosa y éste al de la libertad de culto" (en op. cit., pp. 228-229).

²⁶ Cfr. CONDOMINES, F.A. y POU DE AVILES, J.M.: voz "Derecho", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. I, p. 28.

²⁷ Vid. STC 2/1982, de 29 de enero, fto. jco. 5.

el Estado y los poderes públicos la plasmación de todo ello se concreta en el principio de neutralidad y, con él, la separación entre el Estado y cualesquiera grupos religiosos²⁸, lo que supone para los poderes públicos una actitud de autocontrol cuando puedan vulnerar el ámbito de autonomía individual, además de establecer las reglas e instituciones para que la libertad pueda ejercerse y adoptar mecanismos de control de la actuación de terceros que puedan vulnerar dicho ámbito contra la voluntad de su titular²⁹. Mientras que para los particulares³⁰, entre los que se encuentran los grupos, el respeto de la libertad de conciencia supone aceptar que el pluralismo y la diversidad de cosmovisiones ideológicas es elemento esencial del Estado democrático, y por lo tanto la prohibición de invadir la esfera privada, así como los ámbitos de autodeterminación de la persona en contra de su voluntad³¹, y ello a pesar del derecho de los grupos ideológicamente caracterizados a propagar, difundir o enseñar sus ideas, creencias, convicciones o religión³². En efecto, el TC ha precisado que *"mientras que [los ciudadanos] tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución [y por ende los derechos y libertades fundamentales] (...), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, (...) un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma"*³³.

Desde el plano colectivo, y aunque no cabe la menor duda que el derecho de libertad de conciencia y religiosa tiene también un contenido cuyos titulares lo son los grupos, la duda surge respecto de la libertad de conciencia en su plano más íntimo, así como desde el punto de vista de su libre formación. Pues bien, en relación al primero de los ámbitos reseñados, esto es, el plano interno de la conciencia entendemos que no cabe atribuir dicho ámbito al plano colectivo, resultando -consecuentemente- incompatible la posibilidad de su reconocimiento a

²⁸ En este sentido, NINO ha afirmado que "siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución" (cit *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ed. Ariel, Barcelona 1989, pp. 204-205).

²⁹ Cfr. MARTINEZ DE PISON CAVERO, J.: *Constitución y libertad religiosa en España*, op. cit., pp. 286 y ss.

³⁰ Sobre los derechos fundamentales y los particulares, vid. GARCIA TORRES, J. y JIMENEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid 1986.

³¹ MARTINEZ DE PISON, J.: *Constitución...*, op. cit., p. 289.

³² A este respecto, vid. OTADUY, J.: "Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II (1986), pp. 311-332.

³³ STC 101/1983, de 18 de noviembre, fto. jco. 3.

este nivel. Lo que puede plantearse, entonces, es la posibilidad de reconocer o no un derecho a favor de un grupo para la libre formación y autodeterminación. Respecto del segundo de los planos, la autodeterminación, no cabe duda que debe reconocerse y garantizarse de manera plena, de tal manera que el grupo no sólo tenga derecho a dotarse de su propio "ideario", sino también de autorregularse y autoorganizarse³⁴. Mayores dificultades encontramos, sin embargo, respecto de la libre formación, ya que -a nuestro entender- cuando de lo que se trata es de garantizar el ámbito interno de la conciencia sólo puede predicarse de las personas físicas, siendo la propia persona la que da carta de naturaleza al grupo. Por consiguiente, en ese ámbito íntimo de la conciencia, ajeno al control del Estado y del Derecho (salvo en los modelos monistas, totalitarios o confesionales), sólo puede suponer un ámbito de autonomía y libertad respecto de las personas, pero no así respecto de los grupos, los cuales no podrán reclamar para sí un ámbito de libertad en tal sentido.

b.- La libertad de conciencia como derecho subjetivo

A tenor de esta concepción, la libertad de conciencia es considerada como facultad que no puede ser limitada indiscriminadamente y que debe ser tutelada por los poderes públicos a través de los correspondientes mecanismos jurídicos previstos al efecto. En efecto, consiste en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la libertad quebrantada o violada³⁵, lo que implica para los poderes públicos la obligación correlativa de establecer dichos mecanismos de tutela en favor de la mencionada libertad³⁶. A este respecto, y de conformidad con el artículo 53,2 de la CE, el presente derecho goza de la máxima protección que nuestro sistema constitucional establece, ya que junto a la protección ordinaria ante los tribunales de justicia, se han establecido otros dos mecanismos de protección, a saber: el establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad³⁷ y el recurso de amparo ante el TC³⁸.

³⁴ Cfr. LLAMAZARES, D.: *Derecho de la libertad de conciencia...*, op. cit., p. 37.

³⁵ Vid. STC 103/1983, de 22 de noviembre, fto jco. 5

³⁶ A este respecto, vid. SERRANO ALBERCA, J.M.: "Las garantías jurisdiccionales como derecho fundamental", en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 3 (1985), pp. 435-494.

³⁷ Vid. a este respecto, Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (B.O.E. nº 3, de 3 de enero de 1979).

³⁸ Vid. art. 161.b) de la CE y Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (B.O.E. nº 239, de 5 de octubre), en especial arts. 41 a 58.

c.- La libertad de conciencia como derecho fundamental

Junto a las dos configuraciones anteriores, cabe señalar igualmente que la libertad de conciencia es conceptuada como un derecho de “carácter fundamental”³⁹, lo que hace que normalmente se le otorguen unos caracteres específicos que permiten diferenciarlos de las demás categorías de derechos y libertades. En este sentido, cabe precisar que se ha intentado desde distintas posiciones y a efectos de concreción del ámbito material de los mismos utilizar distintos criterios que permitieran determinar caso por caso cuándo un derecho puede o no ser calificado de fundamental, al tiempo que los mismos les otorgan carta de naturaleza.

Sin desconocer los esfuerzos doctrinales que al efecto se han realizado⁴⁰, en este momento únicamente se hará referencia a aquellos caracteres que han sido utilizados por nuestro TC para incluir a determinados derechos dentro de la categoría de fundamentales. A este respecto, cabe señalar que uno de los criterios mayoritariamente aceptados para calificar qué derechos debían estar encuadrados dentro de la categoría de fundamentales era el establecido en el artículo 53.2 de la CE, según el cual sólo eran contenido del recurso de amparo los derechos y libertades “reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II”, así como “la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Sin embargo, este criterio no ha sido acogido con carácter general y único por el TC, quien con ocasión del desarrollo legislativo de la objeción de conciencia al servicio militar ha precisado que “se trata de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su artículo 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (artículo 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental”⁴¹.

El segundo de los criterios utilizados es la referencia al artículo 81 de la CE, y más concretamente de la Ley Orgánica como forma de producción normativa de los derechos fundamentales. No obstante, debe señalarse que en dicho precepto se hace referencia no sólo a los derechos, sino también a las libertades públicas, lo que puede llegar a plantear la cuestión de una posible distinción conceptual de ambas categorías

³⁹ STC 24/1982, de 13 de mayo, fto. jco. 1.

⁴⁰ En este sentido, vid. CRUZ VILLALON, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25 (1989), pp. 35-62; MARTIN-RETORTILLO, L. y DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid 1988; PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales*, Euderna, Madrid 1991; ID.: *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993; PRIETO SANCHIS, L. y GASCON, M.: “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 5 (1988-1989), pp. 97-120.

⁴¹ STC 160/1987, de 27 de octubre, fto. jco. 3.

jurídicas. A los efectos presentes debe precisarse, sin embargo, que su posible distinción no tiene consecuencias jurídicas que deban o puedan ser resaltadas, por cuanto el ámbito material al que hace referencia el artículo 81 respecto de la Ley Orgánica sólo afecta a los derechos y libertades incluidos en la Sección primera del Capítulo II del Título primero de la CE, dentro de cuyo ámbito aparece incluida la libertad de conciencia (ideológica, de pensamiento y religiosa), lo que supone como consecuencia más directa que la misma deba ser regulada, y de hecho así se ha realizado respecto de la libertad religiosa, por Ley Orgánica⁴², “*que en todo caso deberá respetar su contenido esencial*” (art. 53.1 CE).

Un tercer criterio a sumar a los dos anteriores es el referido a la irrenunciabilidad de este tipo de derechos como posición jurídica indiscutible, así como su privación tanto respecto del derecho mismo como en relación a su ejercicio⁴³. Así lo ha entendido de manera categórica el TC, al afirmar que “*la celebración de un contrato no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano*”⁴⁴. Tampoco puede suponer su renuncia de antemano a ejercer en un determinado sentido cualquier derecho o libertad fundamental, ni la exigencia de su adhesión a la cosmovisión del mundo de la empresa o su compromiso de uniformarse con una determinada ideología en la ejecución de la prestación laboral⁴⁵. En consecuencia, cualquier disposición, cláusula, pacto y decisión en tal sentido deberá reputarse nula e inexistente al constituir un supuesto de renuncia a derechos indisponibles⁴⁶.

Sin embargo, junto a dicha temática se han suscitado dos cuestiones paralelas como son la relativa a la renuncia en el ejercicio del derecho, la primera, y el no ejercicio temporal del derecho, la segunda. Por lo que se refiere a la primera, cabe señalar que el propio TC ha contribuido a crear el estado de confusión existente, toda vez que ha reconocido la posibilidad de que temporalmente se pueda renunciar al ejercicio de un derecho, incluso cuando éste sea de carácter fundamental. En este sentido, y con ocasión de la posibilidad o no de establecer en los convenios colectivos cláusulas a favor de la renuncia al ejercicio del derecho de huelga, el TC ha declarado que “*la genuina renuncia es siempre un acto definitivo e irrevocable y*

⁴² Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

⁴³ Cfr. STC 76/1980, de 16 de abril, fto. jco. 7.

⁴⁴ Cfr. STC 88/1985, de 19 de julio, fto. jco. 2, párrafo 1. En esta misma línea jurisprudencial, vid. STC 120/1983, de 15 de diciembre, fto. jco. 1.

⁴⁵ Cfr. SSTC 5/1981, de 13 de febrero, voto particular presentado por el Magistrado D. Tomás y Valiente al motivo primero de la sentencia, y 76/1990, de 16 de abril, fto. jco. 7.

⁴⁶ Sobre la libertad religiosa y las relaciones laborales, vid. mi trabajo *La libertad y la igualdad religiosas en las relaciones de trabajo*, Documentación Jurídica nº 70, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.

que una cosa es la renuncia al derecho y otra el compromiso de no ejercerlo [renuncia a su ejercicio] a cambio de determinadas compensaciones”⁴⁷.

No obstante, y a pesar de lo expresado por el TC, entendemos que los derechos y el ejercicio de los mismos son irrenunciables, salvo en todo caso cuando nos encontremos ante los llamados “derechos patrimoniales”, categoría en la -a nuestro juicio- no cabe incluir a la libertad de conciencia, toda vez que por su propia estructura el presente derecho resulta desprovisto del poder de disposición.

Una solución distinta puede adoptarse en relación con la segunda de las cuestiones suscitadas, ya que puede resultar admisible que temporalmente, y a causa de un vínculo derivado de la relación concreta en la que están en juego otros valores constitucionales, los derechos experimenten constricciones. En este sentido, y referido a la libertad de expresión, el TC ha señalado que “*la libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental [y, por tanto, extensible igualmente a la libertad de conciencia], no es, sin embargo, un derecho ilimitado, estando sujeto a límites que el artículo 20.4 [y en el caso de la libertad de conciencia el artículo 16.1] de la propia Constitución establece*”⁴⁸.

2.2. Concepto positivo o sustantivo

La configuración de la libertad de conciencia como un derecho prestacional, o lo que es lo mismo el concepto positivo de la libertad de conciencia, encuentra su fundamento en el artículo 9.2 de la CE. A este respecto, baste con señalar que dicho precepto acoge y establece una función promocional que deberán llevar a cabo los poderes públicos en favor de la libertad y de la igualdad. La aplicación de esta función al derecho de libertad de conciencia supone, a nuestro entender, el reconocimiento de una *facultas exigendi* que no se agota sólo en uno de los contenidos del mencionado precepto, sino que la misma se dirige y se impone a los poderes públicos en una doble manifestación: positiva, la primera, y negativa, la segunda.

Negativamente, y la que sólo parece aceptar una parte de la doctrina para la libertad de conciencia, la garantía positiva de los poderes públicos se concretaría únicamente en la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio real y efectivo del derecho a la libertad de conciencia⁴⁹. Desde este posicionamiento, los poderes públicos a lo único que estarían obligados en materia

⁴⁷ STC de 8 de abril de 1981, fto. jco. 4.

⁴⁸ STC 88/1985, de 19 de julio, fto. jco. 2. En este mismo sentido, vid. SSTC 120/1983, de 15 de diciembre, fto. jco. 2, y 19/1985, de 13 de febrero, fto. jco. 1.

⁴⁹ En este sentido, vid. POLO, J.R.: *El derecho de acceso* ..., op. cit.

de libertad de conciencia es a hacer desaparecer las diferencias arbitrarias existentes entre los ciudadanos, lo que da lugar al establecimiento y reconocimiento de la no discriminación (art. 14 CE) y de la igualdad de oportunidades (art. 23.2 CE). En definitiva, ello permitiría y legitimaría políticas de discriminación a la inversa o positiva⁵⁰, pero no el paso de derechos formales a derechos materiales.

Por nuestra parte, junto al precitado contenido -que entendemos forma parte de las garantías positivas que deben adoptar los poderes públicos- debe estar presente igualmente el aspecto positivo de la función promocional⁵¹, y que no es otro que la obligación de los poderes públicos de favorecer, establecer y adoptar todas aquellas condiciones que resulten necesarias para que el ejercicio del derecho de libertad de conciencia y de igualdad religiosa y de convicciones resulte real y efectivo, así como instar a la realización de conductas de cumplimiento por parte de las personas que deben velar y adoptar dichas medidas⁵². Desde esta perspectiva, es el propio Estado el que toma la iniciativa de establecer y adoptar acciones y sanciones positivas⁵³, que lleva a cabo a través de la legislación y la administración con la adopción de “normas de organización”⁵⁴, con la finalidad de conseguir la plenitud de los derechos de libertad y de igualdad reconocidos⁵⁵, y en nuestro caso en favor de la plenitud del principio de igualdad en la libertad de conciencia, por un lado, y del derecho a la libertad de conciencia, por el otro.

Este posicionamiento no supone una transformación en la naturaleza del derecho a la libertad de conciencia, que sigue siendo esencialmente la de un derecho

⁵⁰ Sobre esta materia, vid. PEREZ-LUÑO, A.E.: “Dimensiones de la igualdad material”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 3 (1985), pp. 253-285.

⁵¹ Este tipo de garantía surge con el llamado “Estado social y asistencial” (vid. GARCIA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universitaria, Madrid 1977; GARRORENA, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid 1984) y para la aplicación y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (vid. BOVEN, T.C. van: “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, UNESCO, pp. 87 y ss.; MARTI DE VESES, C.: “Normas internacionales y derechos económico-sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 2 (1983), pp. 275-316; ID.: “Derechos económicos, sociales y culturales en el Derecho internacional”, en *ibid.*, vol. 3 (1985), pp. 175-220).

⁵² Cfr. BOBBIO, N.: “Sulla funzioni promozionale del Diritto”, en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, vol. XXIII (1969), pp. 1312-1329.

⁵³ Sobre la sanciones de carácter positivo, vid. BOBBIO, N.: “Sulle sanzioni positive”, en *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Ed. Giuffrè, Milán 1971, pp. 229-249.

⁵⁴ En relación con este tipo de normas, vid. BOBBIO, N.: “Dell'uso della grandi dicotomie nella Teoria del Diritto”, en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XLVII (1979), pp. 187-204; ID.: *Dalla struttura...*, op. cit., pp. 23 y ss.

⁵⁵ Sobre la acciones positivas del Estado español, vid. CAZORLA, J.M.; RUIZ-RICO, J.J. y BONACHELA, M.: *Fundamentos sociales del Estado y la Constitución*, Granada 1983, pp. 508 y ss.

subjetivo, ni convierte al mismo en un derecho fundamental de carácter prestacional. Tampoco supone -como muy bien ha señalado PEREZ LUÑO- “*un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, inherentes al concepto clásico de Estado de Derecho, sino que [significa] su aplicación a las formaciones sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad*”⁵⁶. En efecto, con la función promocional en su aspecto positivo los derechos fundamentales -dentro de los cuales se encuadra la libertad de conciencia- dejan de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado (derechos frente al Estado) para devenir en límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen, así como al propio ordenamiento que pasa a configurarse como “ordinamento a funzione promozionale”⁵⁷. En consecuencia, el papel de los derechos fundamentales y las libertades públicas deja de ser el de meros límites a la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva (derechos en el Estado), que debe estar orientada a facilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio real y efectivo de sus derechos⁵⁸, y por lo que a nuestro ámbito se refiere del derecho a la libertad de conciencia. Como ha señalado PECES-BARBA, “*aquí lo que se promueve es directamente el desarrollo de la personalidad por medio del ejercicio de un derecho subjetivo que genere un derecho de exigir una determinada conducta positiva del Estado*”⁵⁹. Es, por tanto, esta configuración positiva del derecho a la libertad de conciencia la que da carta de naturaleza a la función promocional de los poderes públicos en el presente ámbito, la cual se concreta en el reconocimiento de un contenido positivo de este derecho, así como en la adopción de aquellas medidas que resulten necesarias para la plena satisfacción del mismo, por un lado, y el mantenimiento de aquellas relaciones de cooperación con los grupos en los que los individuos se integran a fin de que el ejercicio y práctica de sus creencias o convicciones, religiosas o no, se puedan realizar en un plano de igualdad y de conformidad con sus propias señas de identidad (art. 16.1 CE).

⁵⁶ PEREZ-LUÑO, A.: Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Ed. Tecnos, Madrid 1984, p. 229. En esta misma línea, MORTATI, C.: “Articolo 1”, en Commentario della Costituzione..., pp. 45 y 46.

⁵⁷ A este respecto, vid. GRASTRA, J.F.: “Conclusions”, en TREVES, R. y GRASTRA, J.F. (eds.): *Norms and Actions, National report on Sociology of Law*, Martinus Nijhoff, La Haya 1968, pp. 289-292; LUMIA, G.: “Controllo sociale e sanzione giuridica”, en *Studi in onore di Gioachino Scaduto*, CEDAM, Padua 1967, pp. 12-13; REHBINDER, M.: “Le funzioni sociali del Diritto”, en *Quaderni di sociologia*, vol. XXII (1973), pp. 103-123.

⁵⁸ Cfr. GOMEZ REINO, E.: “Las libertades públicas en la Constitución”, en AA.VV.: *Lecturas a la Constitución española de 1978*, vol. I, Madrid 1978, pp. 31-67.

⁵⁹ PECES-BARBA, G.: *La Constitución española*, Torres Editor, Valencia, pp. 25-26.

2.3. La libertad de conciencia como derecho subjetivo fundamental de garantía prestacional

De todo lo anterior cabe manifestar que con el artículo 16 de la CE se protege -a nuestro entender- no sólo la libertad y los intereses estricta y exclusivamente religiosos, sino también la libertad de los que optan por convicciones o creencias no religiosas. Del tenor del precepto se deduce un concepto que vendría referido al ámbito de garantía del derecho en cuestión. Se reconoce, pues, en este artículo lo que se puede calificar como de "concepto negativo" del derecho a la libertad de conciencia, es decir, la garantía por parte del Estado a toda persona de un ámbito de inmunidad de coacción en su ejercicio y manifestaciones. O lo que es lo mismo, ante el reconocimiento de un derecho subjetivo que tiene por objeto garantizar a las personas la libertad de conciencia de toda injerencia por parte de los poderes públicos o de terceros, tanto en su plano interno como externo, en público o en privado, individual o colectivamente, mediante la práctica, la enseñanza, el culto o la observancia de las propias creencias o convicciones adoptadas y profesadas, sean éstas religiosas o no religiosas. En definitiva, la libertad de conciencia entra a formar parte del acervo que integra la dignidad humana y es elemento imprescindible para el pleno desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), con lo que se constituye en un elemento de la definición constitucional de persona⁶⁰. Con lo que el presente derecho puede ser enmarcado -como ya señalara SERRANO- "*en una esfera meramente negativa, externa y estático, traducida en un non facere del Estado, de terceros y de los propios titulares del derecho*"⁶¹. Los poderes públicos se limitan, en consecuencia, a vigilar que nadie invada o viole el legítimo ámbito de autonomía de cada persona tanto en el momento de la elección o adopción de sus propias convicciones o creencias, con independencia de que éstas sean o no religiosas, como respecto de sus manifestaciones, reponiendo al individuo al momento previo en que se haya producido la violación. Desde esta perspectiva negativa, resulta significativa la definición adoptada por PAVAN para la libertad religiosa: "*como zonas reservadas o como esferas dentro de las que cada uno puede libremente respirar, según el ritmo que le es congénito (...), excluida toda injerencia de terceros, y especialmente la injerencia directa de los poderes públicos*"⁶².

⁶⁰ En este sentido, vid. VILADRIK, P.J.: "Principios...", op. cit., pp. 251-252.

⁶¹ SERRANO POSTIGO, C.: "La libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español", en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesástico en homenaje al Prof. Maldonado*, Universidad Complutense, Madrid 1983, p. 811.

⁶² PAVAN, P.: *Libertad religiosa y poderes públicos*, Ed. Península, Madrid 1967, p. 20.

Junto a este concepto negativo, el derecho a la libertad de conciencia se ve completado por un concepto positivo o sustantivo fundado en la aplicación del artículo 9.2 de la CE, lo que no convierte a este derecho en un derecho-prestación, sino en un derecho-promoción que contiene en su interior un mandato de actuación positiva por parte de los poderes públicos, no para todos los derechos que integran su contenido esencial, sino sólo para aquellas situaciones en las que el propio derecho se pueda ver impedido o su ejercicio resulte ineficaz por parte de sus titulares. Es decir, en un mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a facilitar las condiciones necesarias que permitan hacer efectivo el derecho de libertad de conciencia, a través tanto de su promoción como de la remoción de los obstáculos que impidan su plenitud. A estos efectos, cabe mencionar dos supuestos en los que para su efectivo ejercicio no basta con que el Estado adopte una posición de mero garante negativo, estos dos supuestos son los relacionados con la educación y la enseñanza⁶³, el primero, y con la asistencia religiosa en centros públicos, el segundo; toda vez que sin la intervención activa por parte de los poderes públicos con la finalidad de establecer las condiciones que sean necesarias para su disfrute, ya sean estas de remoción de obstáculos o de promoción, por parte de sus titulares sería imposible su ejercicio real y efectivo, encontrándonos ante meros derechos formales.

Ello supone como consecuencia más inmediata que el derecho a la libertad de conciencia se transforme, en contraposición a la acepción negativa señalada, en un derecho-deber de carácter prestacional que conlleva un ámbito de *agere licere*, identificable con un *facere*, esto es -en palabras de SERRANO POSTIGO- "*en una vertiente positiva, interna y dinámica, resumida tanto en el espacio libre de actuación individual o colectiva del derecho como en el compromiso constitucional del Estado de actuar en orden a que dicho derecho sea real y efectivo, lo que significa una libertad en el Estado*"⁶⁴. Se trata, pues, de un derecho público subjetivo de carácter fundamental que conlleva una *facultas exigendi*⁶⁵.

Ahora bien, todo ello, en ningún caso, puede identificarse como un acto de valoración positiva de lo religioso en cuanto tal por parte de los poderes públicos⁶⁶, toda vez que la misma sólo puede hacerse del derecho fundamental de libertad de

⁶³ Obsérvese que se hace referencia a la educación y a la enseñanza de manera genérica, ya que lo que -a nuestro entender- el ámbito sobre el que se debe proyectar la función promocional no es otros que el de la satisfacción de la pluralidad de escuelas y la neutralidad en las escuelas públicas, pero no necesariamente el reconocimiento de un derecho a recibir enseñanza de la religión profesada.

⁶⁴ SERRANO POSTIGO, C.: "Libertad religiosa...", op. cit., pp. 811 y 813-814.

⁶⁵ Vid. a este respecto, PASINI, D.: "Reflessioni sul problema della libertà negativa e positiva", en *Problemi di Filosofia della Política*, Ed. Jovene, Nápoles 1977, pp. 99 y ss.

⁶⁶ A favor de esta interpretación, vid. GIRALDEZ, para quien el fundamento de la asistencia religiosa está en la valoración positiva que el Estado realiza de lo religioso en sí mismo considerado (cit.

conciencia⁶⁷ y es ésta la que se realiza con la función promocional o concepto positivo aquí reseñado, en el sentido de que con el mismo lo que se reconoce es el derecho a exigir de los poderes públicos una prestación de contenido positivo, pero sólo en aquellos supuestos en que la misma sea necesaria para la plenitud en el ejercicio del derecho.

En definitiva, a la hora de ofrecer una definición de la libertad de conciencia y religiosa garantizada en nuestro Texto constitucional, entiendo necesario partir de la realizada en su día por Carmen SERRANO, aunque en aquella ocasión respecto solamente de la libertad religiosa, a saber: como “*un derecho (...) a la par positivo y negativo, que no consiste únicamente en la inmunidad de coacción erga omnes, sino también y fundamentalmente en un bien asegurado al sujeto por el ordenamiento jurídico a través de un doble deber: uno negativo, impuesto a sí mismo y a terceros, y otro positivo, en orden a la efectividad del mismo*”⁶⁸. Pues bien, partiendo de esta duplicidad de deberes jurídicos, cabe precisar que el Estado español asume igualmente una doble garantía respecto de la libertad de conciencia: una negativa, de protección, y otra positiva, de promoción. Doble contenido y doble garantía de los que el TC se ha hecho eco con su propia definición dada al respecto en su sentencia 24/1982, de 13 de mayo, en la cual definía la libertad religiosa como “*un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en un ámbito de libertad y en el reconocimiento de una esfera de agere licere del individuo*”⁶⁹. Se acogen de este modo las dos acepciones hasta ahora analizadas, y que podríamos concretar en los siguientes elementos: negativa, externa y estática, la primera o abstencionista, y positiva, interna y dinámica, la segunda o sustantiva.

III.- LA LOLR Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

La conexión entre el derecho a la libertad de conciencia y la función promocional remite al análisis de la Ley Orgánica en la que se ha desarrollado el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa⁷⁰, y en especial de su artículo 2, apartados 1 y 3. Así,

“Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas”, en *Ius Canonicum*, vol. XXII, nº 43 (1982), p. 169).

⁶⁷ En esta línea, vid. LLAMAZARES, D.: *Derecho eclesialístico...*, op. cit., p. 231.

⁶⁸ SERRANO POSTIGO, C.: “Libertad religiosa...”, op. cit., p. 814.

⁶⁹ Fto. Jco. 1.

⁷⁰ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (B.O.E. núm. 177, de 24 de julio de 1980).

en el apartado 1 se reconoce a toda persona, “con la consiguiente inmunidad de coacción”, los siguientes derechos:

- a. Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas;
- b. Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales;
- c. Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones;
- d. Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente ley orgánica⁷¹.

Mientras que en el apartado 3, del citado precepto, y con el fin de una “aplicación real y efectiva de [los reseñados] derechos”, se dispone que “(...) 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”.

Del contenido de este artículo se puede deducir una doble configuración en la naturaleza jurídica de la libertad de conciencia: como derecho subjetivo de toda persona que el Estado reconoce y garantiza mediante un ámbito de inmunidad de coacción, la primera, y como una garantía positiva, es decir, como un derecho que contiene en su interior un mandato de actuación positiva o de promoción por parte de los poderes públicos en el ámbito de determinados centros públicos, la segunda.

⁷¹ El subrayado es mio.

Conceptos que resultan capitales a efectos de determinar la naturaleza y alcance de la libertad de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico; cuestiones ambas de las que nos ocuparemos a continuación.

3.1. Concepto negativo

La configuración de la libertad de conciencia como derecho de carácter negativo supone su reconocimiento como una facultad frente al Estado, esto es, como un derecho de autonomía o en un *non facere* del Estado y de terceros, que en su modo de ejercicio se concreta en el reconocimiento de una esfera “negativa, externa y estática”⁷².

Desde el punto de vista de los sujetos, cabe precisar que el mismo se reconoce con carácter primario a los individuos, siendo éstos los titulares del derecho y no, por tanto, las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o filosóficas. No sólo serán las personas los beneficiarios últimos del concepto positivo de libertad de conciencia, sino que son éstas los titulares del derecho y, por tanto, quienes detentan la facultad de ejercerlo (principio de personalización). Desde este planteamiento, las confesiones no son más que sujetos instrumentales que hacen posible el ejercicio real del derecho, sin que en ningún caso puedan ser consideradas como cotitulares o sujetos directos del presente derecho. Por su parte, el sujeto pasivo del derecho lo es tanto el Estado, como todos los demás poderes públicos (arts. 9.1, 53.1 y 137 CE), dependiendo del tipo de competencias -legislativa, ejecutiva o judicial- reconocidas a cada uno de ellos. Estos tendrán entre sus funciones las de reconocimiento y garantía del derecho a la libertad de conciencia, y en consecuencia en una posición de abstención de toda posible invasión de la esfera privada de la persona en sus manifestaciones, limitándose su actuación a cuando ésta última sufra una violación de dicha esfera y con la única finalidad de restablecer a dicho sujeto en su ámbito de autonomía y en posición de continuar su disfrute.

3.2. Concepto positivo

La configuración de la libertad de conciencia como garantía positiva supone, por su parte, un salto cualitativo que se concreta en el reconocimiento de un *facere* y, por tanto, en una esfera de *agere licere* del individuo de carácter “positiva, interna y

⁷² SERRANO POSTIGO, C.: “Libertad religiosa...”, op. cit., p. 811.

dinámica”, que la convierte en un derecho en el Estado y no frente a él⁷³. Esta configuración positiva de la libertad de conciencia, se concreta en un mandato a los poderes públicos de facilitar a los titulares del derecho las condiciones necesarias que permitan hacer efectivo el mismo de manera plena. A tal fin, es necesario poner de manifiesto que la LOLR proyecta dicho concepto únicamente sobre dos ámbitos concretos de libertad religiosa, a saber: la asistencia religiosa en centros públicos determinados, el primero, y la formación religiosa en centros docentes públicos, el segundo. Derechos ambos de los que nos ocuparemos de manera más detallada a continuación.

3.3. La LOLR y las manifestaciones de la función promocional de la libertad de conciencia

3.3.1. La asistencia religiosa en centros públicos

Como se ha puesto de manifiesto, el artículo 2, apartado 1, punto b), de la LOLR garantiza el derecho de toda persona a recibir asistencia religiosa, lo que supone que ninguna persona pueda ser impedida de “*recibir asistencia religiosa de su propia confesión*”, ni constreñida a practicar o a concurrir a actos de culto o a prácticas religiosas o de similar naturaleza contrarias a sus propias creencias o convicciones. Mientras que la manifestación positiva encuentra su plasmación, como también se ha señalado, en el apartado 3 del mismo artículo, y con él su configuración como un derecho de crédito o prestación en virtud del cual sus titulares pueden exigir de los poderes públicos un determinado comportamiento dirigido a que se les faciliten determinadas medidas con el fin de alcanzar el pleno y efectivo ejercicio de su derecho a la libertad de conciencia.

Sin embargo, esta vertiente positiva, identificable con un “*facere*”, convirtiendo la asistencia religiosa en un derecho-deber en el Estado, no se predica ni respecto de todas las personas -como sucede en su acepción negativa-, ni en relación con todos los centros públicos, ya que respecto de éstos está presente como elemento constitutivo de la noción de asistencia religiosa la naturaleza de este tipo de establecimientos, y en concreto el régimen interno de los mismos⁷⁴, el cual al impedir la libre circulación a las personas se constituye en elemento habilitante para la transformación de la garantía a prestar por los poderes públicos, de negativa a

⁷³ Ibid., pp. 813-814.

⁷⁴ En este sentido, vid. GIRALDEZ, A.: “Consideraciones...”, op. cit., pp. 169-170.

positiva⁷⁵. Por consiguiente, sin la presencia de dicho elemento la asistencia religiosa se encuadraría dentro de los derechos de autonomía y su garantía no sería otra que la mera inmunidad de coacción.

3.3.2. *La formación religiosa en centros docentes públicos*

Por su parte, el derecho a la formación religiosa ha sido igualmente reconocido de manera negativa en el punto b) del apartado 1, del artículo 2 de la LOLR; reconocimiento que se concreta, a nivel general, a favor de toda persona, tanto dentro como fuera del ámbito estrictamente docente, y, a nivel especial, reconocérselo en todos y cada uno de los centros escolares, tanto privados como públicos, a los titulares del derecho a la educación⁷⁶.

En cuanto a su alcance, precisar que la presente LOLR no establece ningún tipo de nexo de unión causa-efecto entre la creencia, convicción o religión profesada y la enseñanza religiosa a recibir, lo que -a nuestro entender- debe interpretarse como un importante salto cualitativo a favor del derecho a la libertad de conciencia. En este sentido, se reconoce el derecho de toda persona “*a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole*”, al tiempo que se garantiza el derecho “*a elegir, tanto dentro como fuera del ámbito escolar, la enseñanza religiosa que esté de acuerdo con las propias convicciones*”, lo que supone tanto el derecho a recibir una enseñanza o formación religiosa o moral como el derecho a no recibir ninguna. Y todo ello, a nuestro juicio, con independencia de las creencias o convicciones ideológicas, filosóficas o religiosas profesadas, lo que supone, por un lado, que nadie esté obligado a recibir enseñanza religiosa o moral contraria a sus propias convicciones, pero además que tampoco sea obligado a recibir este tipo de enseñanzas contra su voluntad, por otro. Todo ello permite establecer un ámbito material mínimo integrado por el siguiente contenido: nadie podrá ser impedido de recibir, impartir o elegir enseñanza religiosa o moral de conformidad con las propias creencias o convicciones, ni constreñido a recibir enseñanza religiosa contraria a las mismas o a su voluntad, y nadie podrá impedir

⁷⁵ En esta línea, vid. DE LUCAS, G.: voz “Asistencia religiosa”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. III (Milán, 1958), p. 797; LOPEZ ALARCÓN, M.: “El interés religioso y su tutela por el Estado”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona 1983, p. 565; MOLANO, E.: “La asistencia religiosa en el Derecho eclesiástico del Estado español”, en *Persona y Derecho*, vol. 11 (1984), p. 215.

⁷⁶ Por lo que respecta a la adopción del sistema educativo general como de sus contenidos mínimos y comunes, así como en relación a la garantía del derecho de igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, la competencia corresponde exclusivamente al Estado (art. 149.1ª y 30ª, CE).

la enseñanza religiosa o moral a un no creyente, ni el que se pueda elegir una enseñanza religiosa o moral distinta de las propias convicciones.

Mayor dificultad plantea, sin embargo, el tema relativo a la posibilidad de impartir este tipo de enseñanzas, ya que aquí la amplitud reseñada en el supuesto anterior se verá sensiblemente reducida toda vez que en la mayoría de las ocasiones ésta viene previamente condicionada a un *placet* de las correspondientes autoridades eclesiásticas, sin el cual no puede otorgarse el nombramiento como profesor o docente de esta materia cuando se trata de una enseñanza de tipo confesional. Cuestión distinta es cuando nos encontremos ante una enseñanza de tipo cultural en cuyo caso no puede adoptarse este tipo de requisito como elemento necesario para la docencia de dicha disciplina, y de adoptarse entendemos resultaría inconstitucional por ser contrario a los principios constitucionales de laicidad y de libertad religiosa⁷⁷.

Todo ello permite afirmar que es en el derecho a la libertad de conciencia donde la enseñanza religiosa encuentra su fundamento jurídico. Ahora bien, realizada dicha afirmación deben efectuarse igualmente dos importantes matizaciones. En primer lugar, que el hecho de que la enseñanza religiosa encuentre su fundamento en el derecho fundamental de libertad de conciencia en ningún caso puede confundirse y muchos menos transformarse en un fin del Estado, ya que ello supondría una quiebra de los principios constitucionales de laicidad⁷⁸ y de igualdad, al dar lugar a la división de los ciudadanos en categorías diferentes por razón únicamente de las creencias, convicciones o religión profesada. Y, en segundo lugar, que su configuración como deber jurídico de actuación no debe confundirse con la adopción de una concreta modalidad de aplicación de la misma; y menos aún identificada ésta con la integración orgánica de la disciplina en los planes de estudio (enseñanza de la religión⁷⁹).

⁷⁷ A este respecto, vid. CUBILLAS RECIO, L.M.: *Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1997.

⁷⁸ Cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, fto. jco. 1.

⁷⁹ Sobre esta materia ver mi trabajo *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

3.4. Se produce, por tanto, en materia de libertad de conciencia...

..., y por mandato de la LOLR, el paso de los derechos de autonomía a derechos de crédito, o mejor un doble reconocimiento por lo que a la asistencia y la formación religiosas se refiere. Primero, como derecho subjetivo supone una facultad para sus titulares frente al Estado y a terceros de garantía de un ámbito de inmunidad de coacción en el ejercicio del contenido esencial del precitado derecho fundamental. Y segundo, como un derecho de crédito en virtud del cual se puede exigir un determinado comportamiento de prestación por parte de los poderes públicos sin otra finalidad que reponer el estadio inicial de igualdad entre los ciudadanos⁸⁰.

Esta doble acepción y contenido resulta plenamente conforme con la doble naturaleza que nuestra Constitución reconoce a la libertad de conciencia, en tanto que es a la par un derecho positivo y negativo, o lo que es lo mismo un ámbito de inmunidad de coacción erga omnes, al tiempo que un bien que conlleva un doble deber de abstención, el primero, y de promoción, el segundo. Los derechos a recibir asistencia y formación religiosas se convierten, por presión del apartado 3 del artículo 2 de la LOLR, en deberes jurídicos de actuación en orden a conseguir la efectividad del derecho fundamental individual de libertad de conciencia y religiosa. Ahora bien, en tanto que garantías positivas éstas no se predicán de todas las personas ni de todos los centros. En cuanto a las personas sólo son sujetos activos aquéllas que bien son titulares de los derechos educativos en el caso de la formación religiosa, o bien están en un vínculo de dependencia o sujeción con un centro público, el cual limita de tal manera su libertad de movimientos que restringe poder ejercer con plenitud el derecho fundamental⁸¹. Por último, respecto de los centros precisar que la función promocional sólo es predicable bien de los centros docentes públicos por lo que a la formación religiosa se refiere, bien de los centros públicos militares, hospitalarios, penitenciarios, asistenciales o de naturaleza análoga en cuanto a la asistencia religiosa, toda vez que por sus características impiden la libertad de circulación de las personas de ellos dependientes o en ellos internadas⁸².

⁸⁰ Cfr. IBAN, I.: "Asistencia religiosa y Fuerzas Armadas", en *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ed. M.E.C., Madrid 1986, p. 525.

⁸¹ A este respecto, vid. LOPEZ ALARCÓN, M.: "El interés religioso...", op. cit., p. 565; SEVERI, F.S.: "Osservazioni in tema di assistenza religiosa ed abrogazioni del Concordato", en *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Ed. Giuffrè, Milán 1973, p. 1273.

⁸² Vid. en este sentido, Sent. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala 3ª, Sección 9ª), de 13 de septiembre de 1999.

IV. DESARROLLO PACTICIO

Junto a la norma general o común representada por LOLR, debe hacerse igualmente referencia en relación con la presente temática a un conjunto de normas particulares de origen pacticio como son, por un lado, los Acuerdos celebrados entre el Estado español y la Santa Sede y, por otro, los Acuerdos de cooperación celebrados entre el Estado español y las Federaciones de las comunidades evangélicas, israelitas e islámicas.

4.1. Los acuerdos con la Santa Sede y la función promocional de la libertad de conciencia

En relación con los Acuerdos celebrados entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979⁸³, la primera de las precisiones que cabe efectuarse es la relativa a la naturaleza jurídica de este tipo de normas, las cuales son configuradas en nuestro ordenamiento jurídico como equiparables a los tratados o acuerdos internacionales⁸⁴. Ello las convierte en normas con rango de ley, cuya característica fundamental por lo que a la presente temática se refiere es su carácter particular, al afectar a una confesión religiosa determinada: la Iglesia católica, y concreto, por cuanto los Acuerdos de referencia son los relativos a Asuntos Jurídicos⁸⁵, Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos⁸⁶ y Enseñanza y Asuntos Culturales⁸⁷.

Analizaremos a continuación como se han establecido las materias de asistencia religiosa católica en centros públicos y de Enseñanza de la Religión y Moral Católicas en centros docentes en los mencionados acuerdos de referencia.

⁸³ Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979 (B.O.E. nº 300, de 15 de diciembre de 1979).

⁸⁴ En relación con dicha naturaleza, vid. SSTC 66/1982, de 12 de noviembre, ftos. Jcos. 4 y 5; y 187/1991, de 3 de octubre, ftos. jcos. 1 y 4

⁸⁵ En adelante, AAJ.

⁸⁶ En adelante, AAR.

⁸⁷ En adelante, AEAC.

4.1.1.-En relación con la asistencia religiosa católica...

...el precepto básico y general de análisis lo constituye el artículo IV del AAJ⁸⁸. Este precepto puede interpretarse como una manifestación unilateral por parte del Estado español a favor de la asistencia religiosa, la cual es configurada en su apartado 1º como un derecho subjetivo plenamente reconocido y garantizado de forma general y no sólo respecto de una confesión religiosa determinada. Es más, cabe puntualizar que el mencionado derecho subjetivo no se reconoce a las confesiones religiosas, ni tan siquiera en esta ocasión a la Iglesia católica, sino a todos los ciudadanos, por lo que cabe afirmar que a nivel concordatario se está en presencia igualmente de un derecho originariamente individual y sólo de forma derivada de carácter colectivo o comunitario. Ámbito colectivo que se convierte en un elemento instrumental necesario para la prestación de la asistencia religiosa, y siendo este ámbito dónde para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos católicos el Estado y la Iglesia católica colaboran, constituyéndose en el ámbito competencial que corresponde a este tipo de normas.

Así pues, cabe definir la asistencia religiosa reconocida y garantizada en la mencionada norma pacticia como un derecho subjetivo individual de toda persona, aunque como garantía positiva sólo se tutele respecto de aquéllas que, por circunstancias especiales, se encuentren internadas en centros públicos que por su naturaleza impidan la libre circulación o movimiento de las mismas, en cuyo caso y a efectos de establecer la modalidad de aplicación de la asistencia religiosa deberán ponerse de mutuo acuerdo las autoridades competentes del Estado y de la Iglesia.

A este respecto y para el supuesto concreto de la asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas, cabe hacer referencia como norma especial al AAR. En la misma lo que se establece esencialmente es el tipo de organización eclesial competente o encargada de prestar la asistencia religiosa,

⁸⁸ Art. IV AAJ: "1. El Estado reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitalarios, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos.

2. El régimen de asistencia religiosa católica y la actividad pastoral de los sacerdotes y de los religiosos en los centros mencionados que sean de carácter público serán regulados de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia y del Estado. En todo caso, quedará salvaguardado el derecho a la libertad religiosa de las personas y el debido respeto a sus principios religiosos y éticos".

Este precepto debe ponerse en conexión con el art. I del mismo Acuerdo, según el cual el Estado español se limita a reconocer a la Iglesia católica plena autonomía e independencia respecto del poder político, así como una plena libertad y público ejercicio de sus funciones y actividades que le son propias. Ahora bien, todas estas facultades reconocidas a la Iglesia católica deben aplicarse de conformidad con los principios de igualdad en la libertad religiosa y de laicidad.

que no es otra que el Vicariato Castrense (art. I), así como sus características (art. II), organización (art. II), funcionamiento (art. III) y ámbito subjetivo de aplicación (art. II del Anexo I). No se adopta, por tanto, en la presente norma la modalidad concreta de aplicación de la asistencia religiosa, la cual debe entenderse pasa a ser competencia exclusiva del Estado español⁸⁹.

4.1.2. Por lo que se refiere a la enseñanza religiosa católica...

...tiene una doble proyección al reconocerse el derecho a crear centros docentes privados de ideario católico (arts. VIII y IX AEAC), la primera, y al garantizarse el derecho a recibir enseñanza de la religión y moral católicas (art. II AEAC⁹⁰), la segunda.

En relación con este segundo contenido, cabe precisar que es la configuración que se realiza como asignatura de carácter fundamental equiparable a las demás asignaturas de dicha naturaleza, integrante de la escuela misma para los niveles, en la actualidad, de Infantil, Primaria y Secundaria, lo que ha supuesto el ámbito mayor de conflictos, no sólo respecto de los niveles educativos señalados sino también a nivel universitario, y más concretamente en relación a su inclusión dentro de los planes de estudios de la Diplomatura de Formación del Profesorado o Magisterio⁹¹. Respecto de este último plano, la naturaleza que se atribuye a la presente disciplina es la misma que la señalada en el precitado artículo II: *“La enseñanza de la doctrina católica y su pedagogía en las escuelas universitarias de formación del profesorado, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, tendrá carácter voluntario para los alumnos”* (art. IV, párrafo 1, AEAC).

⁸⁹ Para un estudio más en profundidad sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, ver mi trabajo *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, Madrid 1989.

⁹⁰ Art. II AEAC: *“Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.*

Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla.

Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar (...).”

⁹¹ Vid. Orden de 19 de mayo de 1980, sobre Enseñanza de la Doctrina católica y su pedagogía en las Escuelas Universitarias de Profesorado de Educación General Básica (B.O.E. nº 124, de 23 de mayo de 1980).

Por ello a efectos de poder determinar el alcance que supone la expresión “*en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales*” resulta imprescindible detenerse en la controversia surgida a raíz de la elaboración de los planes de estudio de la Diplomatura en Magisterio en la Universidad Autónoma de Madrid. En los presentes Planes de estudio, la mencionada asignatura de “Doctrina y Moral Católicas y su pedagogía” -que es incluida como optativa porque así lo impuso una sentencia de la Sala Cuarta de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de fecha 14 de septiembre de 1987⁹² - le es asignado un total de 4 créditos, lo que para el Arzobispado de Madrid-Alcalá supone una violación de lo establecido en los artículos II y IV del AEAC.

Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, más concretamente la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su sentencia de 20 de octubre de 1993 estimó el recurso presentado. En dicha sentencia, el Tribunal más que entrar en la cuestión de la configuración de asignatura fundamental de este tipo de enseñanzas, y por lo tanto de identidad total, lo que hace es analizar si se producen las condiciones de equiparación en cuanto a tiempo o número de créditos invertidos en el estudio de cada una de las asignaturas con el fin de que sean suficientes para garantizar una formación adecuada en cada disciplina (cfr. fto. jco. 3^º), llegando a la conclusión de que dichas “condiciones de equiparación” no se producen al existir una “*desproporción entre el número de créditos asignados a la asignatura de religión [que es, como ya se ha señalado, de 4 créditos] y los atribuidos a las demás disciplinas fundamentales [a las cuales se les atribuye un número de créditos notoriamente superior] e incluso a otras que sólo son optativas*” (por ejemplo, a la Plástica: 18 créditos, a la Filosofía: 20, o a la Música: 84), lo que a juicio de dicho Tribunal incide de manera negativa en la formación del profesorado y conculca, en consecuencia, los derechos reconocidos en los artículos 27.1, 27.3 y 16 de la CE⁹³.

4.1.3. Del análisis afectuado...

...puede afirmarse que la presente normativa pacticia resulta en esencia compatible con nuestro Derecho constitucional, aunque debe precisarse a la hora de su interpretación que los principios informadores presionan sobre la misma, y no a

⁹² Repertorio de Jurisprudencia, Aranzadi, 1988, R. 4193. Vid. asimismo, STC 187/1991, de 3 de octubre (RTC 1991/187).

⁹³ Cit. en STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7^a, de 26 de junio de 1995, fto. jco. 1 (RJ 1995/5970). Vid. asimismo, STC 155/1997, de 29 de septiembre (RTC 1997/155).

la inversa, por lo que la aplicación y desarrollo de la presente normativa debe efectuarse de conformidad con los principios de igualdad en la libertad de conciencia y de laicidad.

Por lo que a la asistencia y enseñanza religiosa católica se refiere, cabe señalar que las mismas dejan de configurarse como un privilegio e, incluso, como una obligación para todos los españoles por aplicación del principio de confesionalidad del Estado español, para constituirse en un derecho subjetivo en favor de los católicos. Se produce de este modo una segunda transformación que afecta a los sujetos de la relación, en la que deja de ser la confesión religiosa para pasar a ser el individuo-fiel.

No obstante, las mayores dificultades de compatibilidad constitucional se encuentran en materia de enseñanza de la religión y moral católicas. A este respecto, se puede precisar, en primer lugar, que ésta encuentra su fundamento jurídico en la norma pacticia de referencia, mientras que respecto de su aplicación se opta por un sistema de integración como asignatura del sistema educativo en posición equiparable a la del resto de las asignaturas fundamentales. Dicha solución es entendida por algunos autores como absolutamente incompatible con la Constitución⁸⁴, al tiempo que se ha constituido en el mayor factor de dificultad para su puesta en práctica⁸⁵. Sin embargo, hasta que dicha declaración se produzca el mismo obliga a los poderes públicos a adoptar aquellas medidas que sean necesarias para que dicha equiparación se produzca.

Una posición distinta es la relativa a la asistencia religiosa respecto de la que la norma pacticia se limita a su reconocimiento específico a los católicos, y en el ámbito de las Fuerzas Armadas a establecer la jurisdicción eclesiástica a quien se le asigna la correspondiente asistencia espiritual, de forma que toda interpretación extensiva del AAR en el sentido de que en el mismo se contiene una modalidad de aplicación concreta de la misma en la organización militar no sería conforme con el contenido de la norma.

⁸⁴ En este sentido, vid. LLAMAZARES, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, vol. II, Ed. Cívitas, Madrid 199, pp. 129-137.

⁸⁵ A este respecto, vid. CONTRERAS, J.M.; LLAMAZARES, M.C.; CELADOR, O.: "La última jurisprudencia del Tribunal Supremo español en materia de enseñanza de la religión y dos posibles soluciones en el marco del Derecho comparado", en *Derechos y Libertades*, nº 6 (1998), pp. 590-609.

4.2. Los acuerdos de cooperación (con las confesiones evangélicas, israelitas e islámicas) y la función promocional de la libertad de conciencia

Las segundas normas de origen pacticio a las que se va a hacer referencia son los ya mencionados Acuerdos de cooperación celebrados, en 1992, entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (en adelante, FEREDE)⁹⁶, la Federación de Comunidades Israelitas de España (en adelante, FCI)⁹⁷ y la Comisión Islámica de España (en adelante, CIE)⁹⁸, los cuales han sido aprobados -de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la LOLR- por Ley de las Cortes Generales⁹⁹.

4.2.1. Por lo que respecta a la asistencia religiosa...

...ésta aparece regulada en el artículo 9 común de los Acuerdos¹⁰⁰, en el cual la asistencia religiosa se configura como un derecho subjetivo individual de naturaleza positiva, por la que se hace necesaria la colaboración entre los poderes públicos y las

⁹⁶ Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (B.O.E. nº 272, de 12 de noviembre de 1992). En adelante, Ley 24/1992.

⁹⁷ Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (B.O.E. nº 272, de 12 de noviembre de 1992). En adelante, Ley 25/1992.

⁹⁸ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (B.O.E. nº 272, de 12 de noviembre de 1992). En adelante, Ley 26/1992.

⁹⁹ En relación a este tipo de normas pacticias, vid. FERNANDEZ-CORONADO, A.: *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (Los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992)*, Ed. Civitas, Madrid 1995; MARTINEZ-TORRON, J.: *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Granada 1994; MOTILLA DE LA CALLE, A.: "Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica y eficacia normativa de los Acuerdos aprobados según el artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. X (1994), pp. 345-368; SERRANO POSTIGO, C.: "Los acuerdos del Estado español con las confesiones no católicas", en *ibid*, vol. IV (1988), pp. 89-105; SOUTO PAZ, J.A.: "Gli accordi dello Stato Spagnolo con le minoranze confessionali tradizionali", en *Il Diritto ecclesiastico*, 1993, pp. 532-547.

¹⁰⁰ Art. 9 común: "1. Se garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los internados en centros o establecimientos penitenciarios, hospitalarios, asistenciales u otros análogos del sector público, proporcionada por los ministros de culto que designen las Iglesias respectivas, con la conformidad de la FEREDE [de la FCI o de la CIE, según los casos], y debidamente autorizados por los centros o establecimientos públicos correspondientes.

respectivas confesiones religiosas, así como la adopción de las medidas adecuadas para que el presente derecho pueda ser ejercido con plenitud en el interior de los centros públicos. Ahora bien, en esta acepción se pone de relieve como la misma no se predica de todos y cada uno de los establecimientos públicos, sino sólo respecto de algunos de ellos (penitenciarios, hospitalarios, asistenciales), en definitiva aquéllos que limitan en base a su régimen interior de seguridad la libertad de circulación de las personas en ellos integrados o de ellos dependientes.

En segundo término precisar que para la aplicación de la asistencia religiosa en centros públicos, se prevé un sistema de libertad de acceso previa autorización de las autoridades competentes. Dicha modalidad, que es la que resulta más conforme con nuestro sistema político-constitucional en materia religiosa, supone para los ministros del culto de las confesiones evangélicas, judías y musulmanas una potestad de acceso a los centros públicos mencionados para prestar a las personas-fieles de su confesión la correspondiente asistencia espiritual, la cual se realizará observando las normas de organización y régimen interno de los respectivos centros. En esta línea, cabe precisar que la autorización previa que a este respecto se prevé deberá ser entendida como un elemento cuasi-automático, sin que las autoridades administrativas competentes puedan negar dicho acceso al personal religioso una vez designado por la confesión religiosa salvo que respecto del mismo tenga objeciones al respecto¹⁰¹.

[En los Acuerdos con la FCI y la CIE se añade lo siguiente:

Las direcciones de los centros y establecimientos estarán obligados a transmitir a la Comunidad Israelita [o islámica] correspondiente las solicitudes de asistencia espiritual recibidas de los internos o de sus familiares, si los propios interesados no estuvieran en condiciones de hacerlo].

2. El acceso de tales ministros a los centros mencionados es, a tal fin, libre y sin limitación de horario.

3. En todo caso, la asistencia religiosa se prestará con el debido respeto al principio de libertad religiosa y con observancia de las normas de organización y régimen interno de los centros, en especial a lo dispuesto en la Legislación penitenciaria.

[en los Acuerdos con la FCI y CIE se añade que

La asistencia religiosa prevista en este artículo comprenderá la que se dispense a los moribundos, así como las honras fúnebres del rito judío (o islámico)].

4. Los gastos que el desarrollo de la mencionada asistencia espiritual origine, correrán a cargo de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE [de la FCI o de la CIE], sin perjuicio de la utilización de los locales que, a tal fin, existan en el centro correspondiente

[en el Acuerdo con la CIE se prevé el articulado siguiente:

3. Los gastos que origine el desarrollo de la asistencia religiosa serán sufragados en la forma que acuerden los representantes de la Comisión Islámica de España con la dirección de los centros y establecimientos públicos contemplados en el núm. 1 de este artículo, (...)]".

¹⁰¹ En esta línea, vid. MANTECON, J.: Los acuerdos con las confesiones acatólicas, Universidad de Jaén, Jaén 1995, pp. 54-55.

En tercer lugar, señalar que las actividades o funciones pastorales que deben entenderse integradas dentro de la prestación de asistencia religiosa en centros públicos son, respecto de los evangélicos, “*las dirigidas directamente al ejercicio del culto, la administración de los sacramentos, la cura de almas, la predicación del Evangelio y el magisterio religioso*” (art. 6 Ley 24/1992); respecto de los judíos, “*la función rabínica, el ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la formación de rabinos, la enseñanza de la religión judía y la asistencia religiosa*” (art. 6 Ley 25/1992) a moribundos y honras fúnebres de rito judío (art. 9.2 Ley 25/1992), y para los musulmanes, todas aquellas “que lo sean de acuerdo con la Ley y la tradición islámica, emanadas del Corán o de la Sunna o protegidos por la LOLR” (art. 6 Ley 26/1992), así como las relativas al auxilio de moribundos y la celebración de honras fúnebres de rito musulmán (art. 9.1 Ley 26/1992). Estas dos últimas actividades pastorales deben entenderse igualmente extendidas al ámbito de las comunidades evangélicas, y ello con independencia de que dichas funciones no se hayan previsto de manera expresa en la Ley 24/1992.

4.2.2. La enseñanza religiosa a favor de las personas pertenecientes a dichas Federaciones de Comunidades Religiosas...

...es concretada, en el artículo 10 común a los tres Acuerdos mencionados¹⁰², en el reconocimiento de las enseñanzas de la religión evangélica, judía o musulmana, según los casos, como un derecho subjetivo de los alumnos que podrá ejercerse tanto en los centros escolares públicos como en los privados concertados, aunque en este segundo supuesto se subordina al respeto del ideario educativo propio que pueda tener el centro. En consecuencia, no cabe encontrar en este ámbito conceptual diferencias sustanciales entre la enseñanza de la religión católica y las enseñanzas de la religión musulmana, judía o evangélica.

¹⁰² Art. 10 común: “1. A fin de dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Constitución, así como en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, y en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, se garantiza a los alumnos, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa evangélica [judía o musulmana, según los casos] en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en conflicto con el carácter propio del centro, en los niveles de educación infantil, educación primaria y educación secundaria.

2. La enseñanza religiosa evangélica [judía o musulmana] será impartida por profesores designados por las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España [, a la FCI o a la CIE, respectivamente], con la conformidad de ésta.

Sin embargo, a nuestro juicio, la redacción dada al artículo 10 común de los presentes Acuerdos de cooperación no resulta (al igual que con la enseñanza de la religión católica) la más coherente posible con nuestro modelo constitucional, aunque desde postulados y supuestos diferentes. A este respecto, y partiendo de la convicción de que la enseñanza de la religión no descansa en el artículo 27.3 de la CE como parece deducirse del apartado 1 de este precepto, cabe señalar que resulta un elemento distorsionador del sistema el hecho de que en los Acuerdos se emplee la expresión “enseñanza religiosa” y no la más correcta de “enseñanza de la religión” y, a continuación, judía, musulmana o evangélica, según los casos. Con ello se hubiese evitado equívocos, sin duda, importantes como entender que el presente derecho, integrante de la libertad de conciencia en la escuela, es un derecho con autonomía propia e incluso su consideración como un derecho constitucional autónomo de los alumnos o, en su caso, de ejercicio por sus padres o tutores.

4.2.3. La redacción de los artículos 9 y 10 en los tres Acuerdos de cooperación...

...existentes presenta elementos de semejanza con lo establecido en los artículos IV del AAJ y II AEAC, sobre todo por lo que respecta a los principios generales tanto de la asistencia religiosa, en general, y de la asistencia religiosa en centros públicos en particular, como de la enseñanza de la religión en centros docentes públicos. En este sentido, destaca la similitud a la hora de configurar la asistencia y la formación

3. Los contenidos de la enseñanza religiosa evangélica [judía o musulmana, respectivamente], así como los libros de texto relativos a la misma, serán señalados por las Iglesias respectivas con la conformidad de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España [de la FCI o de la CIE, según de quien se trate].

4. Los centros docentes públicos y los privados concertados a que se hace referencia en este artículo deberán facilitar los locales adecuados para el ejercicio de aquel derecho en armonía con el desenvolvimiento de las actividades lectivas.

5. Las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España [a la FCI o a la CIE, en cada uno de los casos] podrán, de acuerdo con las autoridades académicas, organizar cursos de enseñanza religiosa en los centros universitarios públicos, pudiendo utilizar los locales y medios de los mismos.

6. Las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España [a la FCI o a la CIE, en cada uno de los casos] podrán establecer y dirigir centros docentes de los niveles educativos que se mencionan en el número 1 de este artículo, así como centros universitarios y seminarios de carácter religioso u otras Instituciones de Estudios Eclesiásticos con sometimiento a la legislación general vigente en la materia”.

religiosas, las cuales aparecen conceptuadas en ambos casos como sendos derechos subjetivos de carácter individual de naturaleza abstencionista.

No ocurre igual cuando se trata del ejercicio de ambos derechos en el ámbito de los concretos centros públicos, ya que aunque los mismos se transforman -por presión de la CE y de la LOLR como hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto- en una garantía positiva que conlleva para las personas el reconocimiento de un derecho subjetivo de naturaleza prestacional, su modalidad de aplicación en uno y otro caso es muy diferente cuando se trata de la Iglesia católica a cuando nos encontramos en los supuestos de las confesiones evangélica, judía o musulmana¹⁰³. En efecto, mientras que la enseñanza de la religión católica se ejerce a través de una técnica de integración en cuanto a la asignatura dentro de las materias mínimas, mixta con una relación contractual por lo que se refiere a los profesores encargados de impartir dicha disciplina, por lo que se refiere a las modalidades establecidas para las confesiones evangélica, judía y musulmana su técnica debe encuadrarse dentro de una modalidad próxima al libre acceso por parte de los profesores, los cuales serán nombrados de manera directa y retribuidos por la iglesia o confesión religiosa correspondiente y no por el Estado, y de complementariedad en cuanto a la asignatura dentro del sistema educativo, correspondiendo el establecimiento del contenido igualmente a la iglesia o confesión, así como los libros que deban utilizarse.

Y lo mismo cabe manifestar en relación con las modalidades de aplicación la asistencia religiosa en centros públicos, toda vez que se han adoptados modalidades muy distintas en una y otras normas pacticias. Para la Iglesia católica se ha optado principalmente por un sistema de integración basado en que la asistencia religiosa católica se integre dentro de las actividades internas del centro público y que el personal religioso mantenga como modelo principal la relación contractual con el Estado. Por el contrario, para las confesiones evangélica, judía y musulmana la modalidad adoptada es la de la libertad de acceso del personal religioso sin vinculación orgánica de tipo alguno, salvo en el caso de la confesión musulmana que se hace depender de los posibles acuerdos que dicha confesión pueda celebrar con las autoridades públicas competentes.

¹⁰³ Cfr. ALVÁREZ CORTINA, A.C.: "Los Acuerdos con las confesiones religiosas distintas a la Iglesia Católica en la doctrina española", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VIII (1992), pp. 567-578; BASTERRA, D.: "Acuerdo Estado español-Federación evangélica", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VII (1991), pp. 575-589; FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: "Los Acuerdos del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (F.E.D.E.R.E.) y la Federación de Comunidades Israelitas (F.C.I.) (Consideraciones sobre los textos definitivos)", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VII (1991), pp. 541-575.

La presente distinción de trato en las modalidades de aplicación, tanto por lo que afecta a la asistencia religiosa en centros públicos, como respecto a la enseñanza de la religión en centros docentes públicos, se ha entendido que no supone una violación a priori del principio de no discriminatoria¹⁰⁴. Sin embargo, la permanencia de ambos sistemas proyectados sobre ámbitos iguales no resultan -a nuestro entender- los modelos más coherentes con un sistema jurídico basado en los principios de igualdad, de libertad de conciencia y de laicidad, toda vez que no se llega a observar con suficiente claridad los elementos que justifican dicha distinción de manera razonable, sobre todo porque la misma no puede venir justificada únicamente en razones como la implantación social del grupo o en el número de miembros que solicitan la enseñanza o la asistencia religiosas.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Después de todo el análisis realizado y dentro del marco normativo objeto de estudio, puede afirmarse, a modo de conclusión, que la CE adopta el principio de libertad de conciencia como principio básico informador del sistema político español. Junto a ello, cabe precisar igualmente que nos encontramos ante un sistema que configura a los derechos fundamentales, y en concreto al derecho a la libertad de conciencia, como inherente al propio concepto de persona, pero además configurando a ésta como el titular originario de los mismos. Por ende, es a ésta a quien el Estado reconoce en la LOLR los derechos a "*recibir asistencia religiosa de su propia confesión*" y a "*recibir (...) enseñanza (...) religiosa de toda índole*" (art. 2.1. b) y c), respectivamente).

No obstante, y por lo que respecta a la asistencia religiosa debe precisarse que la misma se posiciona en un estadio concreto de la libertad de conciencia como es el momento en el que el individuo ya ha hecho manifestación de sus creencias o convicciones y las mismas resultan positivas. Amén de que el precepto presume la pertenencia a una confesión religiosa, considerándolo como un requisito para el disfrute del derecho, lo que resulta especialmente criticable. No se han tenido en cuenta por el legislador ni las manifestaciones negativas o indiferentes, esto es, la manifestaciones arreligiosas, irreligiosas o agnósticas, ni la no pertenencia a

¹⁰⁴ Cfr. OLMOS, M.E.: "La asistencia religiosa", en Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes, Universidad de Salamanca, Salamanca 1994, pp. 189-208.

confesión alguna por parte del individuo. Ello posicionaría a la presente normativa en el ámbito de aquellos que identifican el artículo 16 de la CE con la libertad religiosa, y libertad religiosa con manifestación positiva respecto a un Ser Supremo. Sin embargo, no puede obviarse en esta temática el punto a) de este mismo apartado 1, en el que se reconoce que la libertad religiosa comprende también el derecho a *“profesar las creencias que libremente se elijan “o no profesar ninguna”, así como a “manifestar libremente [las] propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas”*. Tal vez sería conveniente la inclusión del término “convicciones” junto con el de creencias, pero en cualquier caso dicho apartado resulta sumamente esclarecedor.

Por ello nos parece más acorde con el contenido del derecho constitucional a la libertad de conciencia la solución adoptada para el supuesto del derecho a recibir enseñanza religiosa, ya que no se hace depender de vinculación alguna con una comunidad religiosa concreta, ni tan siquiera en principio con las creencias o convicciones profesadas, ya que se habla de *“recibir enseñanza religiosa de toda índole”*. Incluso en el supuesto de la elección prevista en el propio artículo 2.1.c) *“para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados (...), de la educación religiosa y moral”*, ésta no se vincula con la pertenencia a una confesión, sino con que la misma *“esté de acuerdo con [las] propias convicciones”*, lo que nos parece más amplio y más acorde con el citado derecho fundamental.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que junto al principio de libertad de conciencia, aparece el de igualdad adjetivando la capacidad jurídica y de obrar de todos los individuos en tanto que titulares de derechos fundamentales. Si esto es aceptado, entonces dicho principio obliga al Estado a reconocer una igualdad en la titularidad y ejercicio de esos derechos, así como de su contenido. En consecuencia, los derechos a la asistencia religiosa y a la formación religiosa de los individuos deben tener el mismo reconocimiento, garantía, tutela y fomento por parte de los poderes públicos con independencia de las diferencias religiosas o ideológicas. Pero, además, si se quiere respetar escrupulosamente el principio de igualdad y de no discriminación, no cabe valorarse de distinta manera la profesión de una creencia religiosa que la de una creencia no religiosa. Unas y otras deben valorarse en pie de igualdad como positivas, en tanto que espacio de desarrollo de todos y cada uno de los ciudadanos.

Si se parte de la normativa vigente de desarrollo de uno y otro¹⁰⁵, cabe afirmar que el legislador español no ha tenido presente este principio. El mismo ha partido no de

¹⁰⁵ En relación con la asistencia religiosa en centros públicos, cabe reseñar la siguiente: a) en las Fuerzas Armadas, R.D. 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en

los principios constitucionales, sino de una realidad ya existente y a partir de ella ha reconocido ambos derechos¹⁰⁶. Dicha realidad le ha conducido a presumir, en contradicción con los principios constitucionales, la pertenencia de toda persona a una confesión religiosa y, por tanto, a reconocer única y exclusivamente estos derechos a las personas que hayan efectuado una manifestación positiva ante el acto de fe o ante la existencia de un ser supremo. Olvida, por tanto, que el principio de libertad de conciencia no gira en torno a la idea de interés religioso y, mucho menos, en torno a la identificación de éste con el de interés de las religiones, lo que supondría ir más allá del principio de laicidad e, incluso, del principio de cooperación. Por el contrario, entendemos que el principio de libertad de conciencia gira en torno a la idea de libertad de los individuos para formar su cosmovisión, dentro de la cual se incluye el acto de fe y, por tanto, libertad para que la manifestación sobre éste sean todas las posibles: positiva, negativa, indiferente, agnóstica.

Pero, además, como consecuencia de la utilización del término “confesión” empleado para el derecho a la asistencia religiosa, se suscitan dudas acerca de su alcance. En efecto, no resulta posible determinar *a priori* si por “confesión” se está haciendo referencia a cualquier tipo de organización religiosa (lo que si parece claro

las Fuerzas Armadas y se dictan normas de funcionamiento (B.O.E. de 21 de septiembre de 1990); b) en establecimientos hospitalarios: Orden de 20 de diciembre de 1985, por la que se dispone la publicación del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en centros hospitalarios públicos (B.O.E. de 21 de diciembre de 1985); c) en centros penitenciarios: Orden de 24 de noviembre de 1993, por la que se dispone la publicación del Acuerdo con la Conferencia Episcopal sobre asistencia religiosa católica en establecimientos penitenciarios (B.O.E. de 14 de diciembre de 1993; corrección de errores: 31 de diciembre); d) en centros docentes: Orden de 4 de agosto de 1980, por la que se regula la asistencia religiosa y los actos de culto en los centros escolares (B.O.E. de 6 de agosto de 1980).

Mientras que respecto de la enseñanza de la religión la normativa de desarrollo se concreta en la siguiente: R.D. 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la religión (B.O.E. de 26 de enero de 1995); Orden de 20 de febrero de 1992, por la que se establece el currículo del Area de “Religión Católica” en la Educación Primaria (B.O.E. de 10 de marzo de 1992); Orden de 20 de febrero de 1992, por la que se establece el currículo del Area de “Religión Católica” en la Educación Secundaria Obligatoria (B.O.E. de 10 de marzo de 1992); Orden de 28 de junio de 1993, por la que se publican los currículos de la Enseñanza de la Religión evangélica (B.O.E. de 30 de julio de 1993); Orden de 5 de octubre de 1993, por la que se establece el currículo de “Religión Católica” en el Bachillerato (B.O.E. de 13 de octubre de 1992); Orden de 3 de agosto de 1995, por la que se regulan las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de religión (B.O.E. de 1 de septiembre de 1995); Orden de 11 de enero de 1996, por la que se dispone la publicación de los currículos de enseñanza de la religión islámica (B.O.E. de 18 de enero de 1996), y Orden de 9 de abril de 1999, por el que se publica el Convenio sobre régimen económico-laboral de los profesores de religión católica (B.O.E. de 20 de abril de 1999).

¹⁰⁶ Aunque como ya se ha manifestado dicho posicionamiento no parte, a nuestro juicio, de los principios constitucionales, sin embargo no puede calificarse como de inconstitucionalidad. A este respecto, vid. ATC 480/1989, de 2 de octubre, fto. jco. 3.

es que quedan fuera las organizaciones de tipo filosófico, ideológico, etc.) o sólo a aquéllas que estén inscritas en el correspondiente Registro, a tenor del artículo 5 de la LOLR; o, incluso, únicamente a las que celebren un acuerdo de cooperación con el Estado (cfr. art. 7 LOLR). No cabe la menor duda que la adopción de este último criterio supondría el establecimiento de un tratamiento discriminatorio, mientras que el criterio de la inscripción no parece un elemento determinante para la existencia de manifestaciones externas de culto, en las que -en esencia- consiste el derecho a la asistencia religiosa.

Con base en dicha consideración, nos mostramos partidarios de que tanto la asistencia religiosa como la formación o enseñanza religiosa (en definitiva, la función promocional del derecho a la libertad de conciencia) se reconozcan como derechos subjetivos a toda persona independientemente del status jurídico de la confesión, creencias o convicciones profesadas o adoptadas. Ahora bien, debe matizarse que resultaría contrario al principio y al derecho a la libertad de conciencia cualquier relación originaria que se pueda establecer entre asistencia y formación religiosa en centros públicos y relaciones de cooperación, entendidas éstas en el marco de su plasmación jurídica a través de una norma de origen pacticio tal y como parece deducirse de la Disposición Adicional segunda de la LOGSE.

Cuestión distinta es la referente a la aplicación de la asistencia o la formación religiosas en centros públicos. A este respecto, parece claro que los poderes públicos deberán colaborar con las confesiones religiosas para hacer efectivo dichos derechos y que, para que dicha colaboración se produzca, es necesario que el Estado se relacione con organizaciones religiosas o filosóficas que tengan reconocida personalidad jurídica y, por tanto, que estén inscritas. Pero siempre desde la consideración de que tanto la asistencia religiosa en centros públicos, como la formación religiosa en centros docentes públicos encuentran su fundamento en la valoración positiva que el Estado español realiza de la libertad de conciencia, y no en torno a la idea de interés religioso en tanto que bien jurídico de carácter social¹⁰⁷. La aceptación de esta segunda argumentación conduciría a hablar más que de derechos del individuo a recibir asistencia religiosa y enseñanza religiosa, de derecho de las confesiones religiosas a prestarla o a impartirla, basado en que *“el Estado admitirá con mayor facilidad la relevancia del interés de la colectividad que la de un fiel en particular, pues lo que normalmente promoverá es que el individuo haga valer sus pretensiones como miembro y dentro de la respectiva colectividad”*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ En este sentido, vid. LOPEZ ALARCON, M.: “El interés religioso y su tutela por el Estado”, en AA.VV.: *Derecho eclesiástico del Estado español*, op. cit., pp. 510-511; SPINELLI, L.: *Diritto ecclesiastico. Parte generale*, Ed. Il Mulino, Turín 1976, p. 278.

¹⁰⁸ LOPEZ ALARCON, M.: *ibid*, p. 514.

Con independencia de cual sea el interés jurídico protegido¹⁰⁹, la presente configuración de esta temática no resulta plenamente coherente con los principios constitucionales informadores del sistema político español en materia religiosa. Dicha concepción presupone una valoración positiva de lo religioso que en nuestro sistema jurídico no se produce. Es más, dicha concepción supone, asimismo, el mantenimiento de la configuración de las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas como relaciones originarias y no como subsidiarias dependientes de la efectividad del derecho a la libertad de conciencia. Dicho posicionamiento podría llevar, finalmente, sobre la base de los mismos argumentos del interés religioso del Estado, a la protección de los intereses religiosos de una confesión en concreto o de un número reducido de confesiones, lo que supondría una confesionalidad solapada, cuando no una pluriconfesionalidad, no admitidas por nuestro sistema constitucional (arts. 16.1 y 3 y 14 CE).

En definitiva, sólo a partir de la idea de libertad de conciencia puede intentarse una definición de los conceptos de asistencia y formación religiosa. Pero, además, la existencia de las mismas en centros públicos y centros docentes públicos, respectivamente, sólo puede justificarse si tal efectividad no entra en contradicción con los principios constitucionales de igualdad en la libertad de conciencia y de laicidad. Es más, del análisis realizado puede deducirse que tanto la asistencia religiosa como la enseñanza religiosa se configuran como derechos individuales y que los derechos de las confesiones u otras asociaciones se realizan en cuanto organizaciones en cuyo seno ejercen sus derechos y deberes esos individuos. Así, su promoción por parte de los poderes públicos se realiza a través de la equiparación tanto de todos los centros públicos donde éstas deban producirse, como de todas las confesiones u organizaciones filosófico-ideológicas, al no establecerse especificidad ninguna en uno y otro caso.

¹⁰⁹ Con relación a esta cuestión, vid. FERNANDEZ-CORONADO, A.: "La tutela penal de la libertad religiosa", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II (1986), pp. 17-21.

