



Marco Jurídico del factor religioso en España

José M^a Contreras Mazario
*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*



La Colección "Documentos del Observatorio del Pluralismo Religioso en España" está compuesta por una serie de publicaciones digitales de carácter científico y multidisciplinar sobre el pluralismo religioso y su incidencia en la sociedad española y europea. El contenido de estas publicaciones no refleja necesariamente las posiciones del Observatorio.

© **Observatorio del Pluralismo Religioso en España**
Madrid, 2011
Paseo Pintor Rosales, 44. 6º Izq
28008 Madrid
Tel.: 91 185 89 44
www.observatorioreligion.es

Diseño y maquetación:
XK, s.l. Tania Mata

Índice

1. Introducción	5
2. Breve reseña histórica de las relaciones Iglesia-Estado	7
3. La libertad de convicción y religión en la Constitución de 1978.....	15
3.1. Principios constitucionales informadores del sistema	
jurídico español en materia religiosa	15
3.1.1. El principio de libertad de convicciones	16
3.1.2. El principio de igualdad.....	17
3.1.3. El principio de laicidad.....	20
3.1.4. El principio de cooperación.....	21
3.1.5. Modelo de relación Estado español-libertad de convicción	21
4. El derecho fundamental a la libertad de convicción.....	23
5. La libertad religiosa en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio.....	29
6. Libertad religiosa y derecho pacticio	31
7. Consideraciones finales	35
Bibliografía	37

1. Introducción

La cuestión religiosa ha sido siempre una cuestión planteada y abordada en España desde un plano ideológico. Ello está en el origen de los cambios constitucionales y legislativos que a lo largo de la historia se han ido produciendo. Amen de que la cuestión religiosa siempre se ha producido por referencia a la Iglesia católica, en un debate casi exclusivo y permanente entre "clericales" y "anticlericales". La historia del constitucionalismo español es buena muestra de la afirmación anterior, y por ello parece conveniente, aunque sea de manera breve, hacer una referencia a la misma.

La Constitución española de 1978 supuso un cambio a este respecto, ya que el consenso permitió y obligó a buscar fórmulas distintas de aproximación a esta cuestión. Unas fórmulas basadas y articuladas sobre la base de la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales, situando en el eje de las relaciones de los poderes públicos con las confesiones a la persona. Esta nueva perspectiva está en el origen de un pluralismo religioso fruto del ejercicio del derecho de libertad religiosa, garantizado constitucionalmente en el art. 16.1. Una libertad religiosa que ha traído consigo un pluralismo desconocido en nuestra sociedad, así como una diversidad de creencias y convicciones impensables. Junto a ello se debe tener igualmente presente que la inmigración se ha convertido en un factor potenciador cuantitativamente de ese pluralismo y diversidad. Por mencionar sólo algunos datos cuantitativos, en la actualidad hay en España más de un millón de personas que son evangélicas y otro que son musulmanas; más de 700.000 personas que son ortodoxas, o más de 100.000 que son testigos de Jehová. Existen en la actualidad más de 200 iglesias o confesiones matrices inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y cerca de 13.000 entidades menores pertenecientes a dichas iglesias o confesiones. Señalar, además, que de acuerdo con una encuesta del CIS, de febrero de 2008, sobre Religiosidad en España¹, alrededor del 73,5% de los españoles se declaran católicos, pero sólo un 27,7% se manifiestan practicantes; y que un 14,5% se declaran no creyentes, mientras que un 9,6% dice ser indiferente.

Sin embargo, se debe señalar que si a nivel normativo, o al menos constitucional, el discurso clericalismo-anticlericalismo pareció superarse, el mismo sigue estando presente, en muchas ocasiones, a la hora de la gestión de la pluralidad religiosa en España. Una pluralidad que, como se ha puesto de manifiesto, es hoy un dato sociológico incuestionable, y es desde esa perspectiva desde la que se deben adoptar las posibles soluciones a la gestión de la misma por parte de los distintos gestores públicos.

¹ Encuesta nº 2752 del CIS, de febrero de 2008, sobre Religiosidad en España, ámbito nacional, universo: población española de ambos sexos

mayores de 18 años, tamaño de la muestra: diseñada: 2000; realizada: 1973.

2. Breve reseña histórica de las relaciones Iglesia-Estado

La historia contemporánea de España en materia religiosa puede ser calificada de confesional, de una confesionalidad radical, doctrinal o sociológica –según las ocasiones–, que va de la intolerancia más absoluta a una cierta permisibilidad privada de los cultos distintos al oficial, que es el de la Iglesia Católica. Todo el constitucionalismo español del siglo XIX se caracteriza en materia religiosa por la adopción de una declaración de confesionalidad católica y de intolerancia para las demás confesiones o credos religiosos. Durante este siglo, la existencia de otras confesiones o grupos religiosos en España es prácticamente inexistente, lo que se muestra en el hecho de que sólo a los extranjeros, y por influencia de éstos a los españoles, se les permite profesar una religión distinta a la católica, que es la oficial del Estado.

En el período que transcurre entre 1808 y 1868 se produjeron algunos intentos de establecer una cierta tolerancia religiosa, que permitiera superar la confesionalidad doctrinal del Estado establecida en la **Constitución de 1812**; en concreto el art. 12 establecía que

“La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.

Se trata de un texto claramente intolerante que contrasta, y sorprende, con el resto del articulado, en el que se contienen elementos muy avanzados y progresistas, como son, entre otros muchos, la separación de poderes y la proclamación de que la soberanía reside en la Nación (art. 3).

En dicho proceso de superación, la **Constitución de 1837** supuso un avance al vincularse la declaración de confesionalidad católica no con el aspecto doctrinal, sino con elementos de carácter sociológico, y en esta medida con los españoles y no con la Nación española. El art. 11 establecía que

“La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica que profesan los españoles”.

Dicho distanciamiento con la religión católica tuvo su origen en la política desamortizadora que se llevó a cabo y que culminó con el cierre de la Nunciatura Apostólica de Madrid.

Una vuelta a postulados de confesionalidad doctrinal católica se produjo de nuevo con la **Constitución de 1845**, y con ella una marcha atrás respecto a avances producidos anteriormente. Así, su art. 11 disponía que

"La religión de la nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros".

Este retroceso en la evolución iniciada en 1837 hacia una cierta tolerancia religiosa, se vió además corroborado con un acercamiento a la Santa Sede y con él la celebración por ambas partes del **Concordato de 1851**. Un Concordato que introducía una declaración de confesionalidad católica de carácter excluyente, junto con una amplia recepción del Derecho de la Iglesia católica. En concreto, en el art. 1º se establecía que

"La religión católica, apostólica, romana, que con exclusión de cualquier otro culto sigue siendo la única de la Nación española, se conservará siempre en los dominios de S.M. Católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones".

Un mayor grado de apertura se encuentra en la **Constitución de 1869**, en tanto que la misma es reflejo de la revolución septembrina y la plasmación normativa más clara de los postulados del liberalismo. La cuestión religiosa se reguló en el art. 21 de la misma, admitiéndose el culto privado y público de todos los cultos, al tiempo que se hizo desaparecer de su contenido toda declaración de confesionalidad. El art. 21 rezaba

"La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitación que las reglas universales de la moral y del Derecho.

Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior".

En definitiva, se admite por primera vez la posibilidad de la existencia de españoles no católicos y se les conceden y garantizan ciertos derechos, que suponen algo más que una simple postura de tolerancia, por ser expresión clara de una cierta libertad de cultos que pueden ser ejercitados pública o privadamente. Más aún, cuando además se sanciona la imposibilidad de discriminación de los españoles en sus derechos civiles y políticos por motivos religiosos (art. 27²). No obstante, debe precisarse que más que desde un punto de vista práctico, dado el escaso tiempo de vigencia que tuvo, el presente período si representó un punto de inflexión en el planteamiento teórico

² Art. 27, párrafo 2: *"La obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesan los españoles".*

del tratamiento de las minorías religiosas en España. Un tratamiento que pasaría a ser de mera tolerancia religiosa con la **Constitución de 1876**, al establecerse en el art. 11 de nuevo una declaración de confesionalidad católica, a saber:

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

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

Consecuencia de ello será la prohibición de las ceremonias y manifestaciones públicas que no sean las de la religión católica, y por ende que los españoles que profesan dichas confesiones sólo puedan ejercer su libertad religiosa de manera privada y limitada por la confesionalidad católica del Estado.

En definitiva, la conexión entre confesionalidad católica y Nación que se produce a lo largo del constitucionalismo español del siglo XIX se realiza sobre la base de una idea de España, a cuya esencia como tal Nación, corresponde el "ser católico" de forma que quién no lo sea no está en sintonía plena con ese "ser de España". Ello se observa, a pesar de ser el más tolerante, de manera clara en el texto del precepto de la **Constitución de 1869**, donde el elemento de profesión de otra religión distinta de la católica se vincula directa y primariamente con ser extranjero. Este mismo planteamiento va a estar presente, en el siglo XX, en el concepto de nacionalcatolicismo que informa el Régimen franquista.

El mayor nivel de libertad religiosa en nuestra historia se sitúa con el advenimiento de la IIª República y la **Constitución de 1931**, donde por primera vez se adopta el que el Estado no tenga religión oficial (art. 3) y se reconoce, desde el primer momento³, el derecho a la libertad de conciencia. En concreto, en el art. 27 se establecía que

"La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública.

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

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

³ Decreto de 14 de abril de 1931, por el que se aprueba el Estatuto Provisional del Gobierno Provisional, párrafo 3: "El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de

sus convicciones religiosas". Esta libertad de culto fue, posteriormente, regulada en el Decreto de 22 de mayo de 1931, en cuyo art. 3 se disponía que "Todas las confesiones están autorizadas para el ejercicio, así privado como público, de sus cultos, sin otras limitaciones que las impuestas por los reglamentos y Ley de Orden Público".

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

Ahora bien, dicha posición fue combinada junto con la adopción de medidas de carácter propiamente laicista, como son algunas de las establecidas en el art. 26 del propio texto constitucional, a saber:

“Todas las confesiones serán consideradas como asociaciones sometidas a una ley especial.

El Estado, las regiones, las provincias y los municipios no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas.

Una ley especial regulará la total extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del clero.

Quedan disueltas aquellas órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado, sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.

Las demás órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes constituyentes y ajustada a las siguientes bases:

- 1ª. Disolución de las que, por sus actividades, constituyan un peligro para la seguridad del Estado.*
- 2ª. Inscripción de las que deban subsistir en un registro especial dependientes del Ministerio de Justicia.*
- 3ª. Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos.*
- 4ª. Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza.*
- 5ª. Sumisión a todas las leyes tributarias del país.*
- 6ª. Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la asociación.*

Los bienes de las órdenes religiosas podrán ser nacionalizados”.

Ello tuvo su reflejo asimismo tanto en la legislación ordinaria (Ley sobre la Disolución de los Cuerpos Eclesiásticos Castrenses en la Armada, de 24 de noviembre de 1931; Ley sobre el Divorcio, de 2 de marzo de 1932; Ley de Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932; Ley sobre Disolución de los Cuerpos Eclesiástico del Ejército, de 30 de junio de 1932; Ley reguladora de las Relaciones del Estado con las Confesiones, Ordenes y Congregaciones Religiosas, de 2 de junio de 1933), como respecto de la regulación reglamentaria (Decreto de 22 de mayo de 1931; Orden circular de 14 de julio de 1932 de ejecución de la Ley de 30 de

junio de 1932; Decreto de 1 de agosto de 1932 de ejecución de la Ley de 24 de noviembre de 1931). La materia religiosa fue relegada al ámbito individual y de lo privado, y enmarcada esencialmente en el plano de la igualdad, ya que si bien se parte de una manifestación característica de los modelos neutrales como es la separación entre Iglesia y Estado, el modelo se fue inclinando hacia posiciones más beligerantes con el hecho religioso público en general, y con lo que significaba la Iglesia católica en particular, sobre todo por lo que respecta a dos ámbitos concretos como son la educación y el comercio, al ver en el culto y en sus manifestaciones públicas un hecho incompatible con la paz y la convivencia sociales, y por tanto contrario a los fines del Estado.

Dentro del principio pendular en el que se han basado las relaciones Iglesia-Estado en España, el fin de la República y la llegada del Régimen franquista supuso una vuelta a la confesionalidad del Estado, en esta ocasión marcada y orientada por el binomio unidad religiosa-unidad nacional. No se trató sólo de establecer a la religión católica como la oficial del Estado, sino de crear y mantener un sistema basado en la unidad religiosa como factor consustancial a la propia esencia y coexistencia nacional, dando lugar a lo que se ha llamado el "nacional-catolicismo" (vid. Díaz-Salazar, 2006). Dicho modelo se expresó normativamente en algunas de las leyes que conformaron las llamadas "**Leyes Fundamentales del Reino**". Así, cabe destacar los art. 6 y 33 del Fuero de los Españoles, de 18 de julio de 1945; el art. 1º de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1946; el Principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 18 de mayo de 1958, y el art. 3 de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967.

Desde el punto de vista del principio modulador del sistema, cabe señalar que el art. 6 del **Fuero de los Españoles** formuló una declaración de confesionalidad católica por parte del Estado español, al tiempo que autorizaba una tolerancia privada en favor de las demás confesiones. El mencionado precepto rezaba:

"La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial.

Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión católica".

Una confesionalidad que puede y debe ser calificada de doctrinal, y no de mera constatación de los hechos (o sociológica), lo que suponía someter al Estado y a su Derecho a los dictados del magisterio católico. A este respecto resulta significativo lo dispuesto en el Principio II de la **Ley de Principios del Movimiento Nacional**, según el cual

"La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación".

Ello trajo consigo que el hecho religioso fuera sometido durante este período a un derecho especial favorable para la Iglesia católica, basado fundamentalmente en la celebración de normas pacticias (Convenio de 1950), al tiempo que resultaba perjudicial e intolerante para el resto de las confesiones, así como para los no creyentes. En este ámbito merece especial mención la celebración entre el Estado español y la Santa Sede del **Concordato de 1953**, no sólo por su significado

como modelo de relaciones Iglesia-Estado, basadas en los principios del Derecho público eclesiástico, sino también porque supuso –junto al Tratado de Amistad con Estado Unidos- un apoyo para la apertura del régimen al exterior y superar así el aislamiento internacional. El Concordato ratifica la confesionalidad católica del Estado (art. 1) y establece una serie de derechos y prerrogativas a favor de la Iglesia católica, entre los que se encuentran el reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica y la exención de clérigos y religiosos del sometimiento a la jurisdicción civil (privilegio de fuero); el reconocimiento de plena eficacia civil al matrimonio canónico y competencia a la jurisdicción eclesiástica en las causas referentes a dichos matrimonios; el establecimiento de la enseñanza de la religión católica como materia ordinaria y obligatoria en todos los centros docentes; el sostenimiento económico por parte del Estado de la Iglesia católica, así como la exención de impuestos y contribuciones, y la garantía de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

Por su parte, las confesiones no católicas vivieron durante el presente período un régimen legal de tolerancia, que se caracterizó por considerar que la única verdad era la religión católica, que era la profesada oficialmente, y que cuando exista algún otro grupo religioso diferente al de la religión oficial el comportamiento a mantener es el de tolerarlo, pero sin olvidar en ningún momento que dichos grupos están en el error.

Pero la falla del sistema se produjo con la evolución que en materia religiosa tuvo lugar en el interior y por parte de la propia Iglesia católica. En efecto, en 1965 finaliza el Concilio Vaticano II y con él, entre otras, la aprobación de la Declaración "Dignitatis Humanae", lo que supuso el reconocimiento por parte de la Iglesia católica de la libertad religiosa como derecho natural del hombre dentro de una sociedad civil, lo que era entendido como que nadie pueda ser obligado a obrar contra su conciencia ni se impida a nadie que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos (núm. 2).

Esta nueva situación conciliar provoca en el seno del Estado español la toma de medidas, sobre todo a nivel legislativo, para una acomodación e inclusión del mencionado derecho humano. Resulta significativo a este respecto la toma de posición del Jefe del Estado, para quién no resulta necesaria una reforma sustancial, ni tan siquiera del Fuero de los Españoles que sólo se modificó en el párrafo segundo del citado art. 6 (a saber: *"El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que a la vez salvaguarde la moral y el orden públicos"*), dado que *"su espíritu, basado en un personalismo cristiano, equilibrado por la idea del bien común, es permanente"*. Desde este planteamiento, la reforma que se llevó a cabo fue parcial y de carácter minimista, continuando plenamente vigentes otros preceptos contenidos en las Leyes Fundamentales, como el art. 33 del propio Fuero de los Españoles (*"El ejercicio de los derechos que se reconocen en este Fuero no podrán atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España"*) o el mencionado Principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional.

Igual sucedió con la norma legal de desarrollo, la **Ley reguladora del ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, de 28 de junio de 1967**⁴, de marcado

⁴ Ley 44/1967, de 28 de junio (B.O.E. núm. 156, de 1 de julio de 1967, pp. 9191-9194).

carácter tolerante y que afectó sólo a los grupos no católicos, los cuales fueron sometidos al Derecho privado por medio de la creación de la figura de las "asociaciones confesiones". Aunque la Ley reconoce el derecho a la práctica y profesión, privada y pública, de cualquier religión, declara al mismo tiempo que dicha libertad *"ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales"* (art. 1), por lo que se está en presencia de "un bien jurídico fundamental protegido, la religión católica, y un bien secundario, las demás confesiones" (Fernández-Coronado, 1986).

En definitiva, puede afirmarse que durante toda esta etapa sigue presente la confesionalidad como principio básico de las relaciones Iglesia-Estado, y ello a pesar de las modificaciones tanto mediatas, Concilio Vaticano II, como inmediatas, de carácter constitucional, art. 6 del FE, como legislativo, Ley de Libertad Religiosa, llevadas a cabo. Aunque en esta última etapa se produjo una clara variación desde el régimen de tolerancia al de libertad religiosa, sigue existiendo una inadecuada realización de este principio en base a la peculiar comprensión por nuestro ordenamiento de la relación libertad religiosa-confesionalidad, y por la que cede la primera a favor de la segunda. Se erige a la religión católica como límite de la libertad religiosa, lo que sin duda supone una quiebra para la consecución de una real y efectiva aplicación de la misma, tanto desde la perspectiva del culto público, como desde el plano del derecho individual.

3. La libertad de convicción y religión en la Constitución de 1978

La entrada en vigor de la **Constitución Española** (CE) supuso un profundo proceso de renovación del ordenamiento jurídico para acomodarlo a una nueva configuración de España como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1). En el nuevo contexto que supone la CE de 1978, caracterizado por el consenso y la superación de las quiebras históricas de la "cuestión religiosa" en España, se debe traer a colación un conjunto de principios informadores de las relaciones del Estado con el fenómeno religioso. Estos principios vienen determinados por el reconocimiento y tutela de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1), por la garantía de la igualdad de todos ante la ley, sin discriminación alguna por motivos religiosos (art. 14), y por que "*ninguna religión [tenga] carácter estatal*" (art. 16.3). Se pueden, por tanto, destacar como principios constitucionales informadores específicos en materia religiosa los siguientes: a) la libertad de conciencia, b) la igualdad en materia de convicciones, c) la laicidad del Estado y d) la cooperación con las confesiones y comunidades religiosas.

No obstante, en la actualidad, más que hablar de la configuración del fenómeno religioso dentro del sistema político de un país, y aunque se pueda seguir hablando de manera genérica de las relaciones entre el Estado y los grupos religiosos, dicha temática ha sufrido una importante transformación que viene dada y materializada por la posición que el Estado adopte en la protección de los derechos fundamentales, y en especial en relación al derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia. Por ello, más que hablar del fenómeno religioso en la Constitución española de 1978, el estudio que debe afrontarse es el relativo a la configuración de la libertad de conciencia y religiosa en el marco de dicho Texto Magno. A este respecto, cabe precisar que la entrada en vigor de la Constitución de 1978 supuso un cambio profundo en la concepción del Estado español con respecto al modelo inmediatamente anterior, basado en el principio de confesionalidad católica de carácter doctrinal.

3.1. Principios constitucionales informadores del sistema jurídico español en materia religiosa

De la lectura de los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14 y 16 de la CE pueden deducirse como principios informadores específicos de la "cuestión religiosa" los siguientes: la libertad religiosa, la igualdad religiosa, la laicidad del Estado y la cooperación con las confesiones religiosas.

3.1.1. El principio de libertad de convicciones

La libertad de convicción ha adquirido, en el ámbito constitucional y por lo que al sistema político español en materia religiosa se refiere, una doble perspectiva: como principio informador básico del sistema jurídico español, determinante del peculiar modelo de relación Estado-libertad de conciencia, la primera, y como un derecho subjetivo de naturaleza fundamental, la segunda (vid. Viladrich, 1983).

Desde la primera de las perspectivas se ha precisado que la libertad de convicción se concreta en *"un principio de organización social y política que contiene una idea de definición del Estado español"* (Viladrich, 1983: 193). Ello supone la asunción por parte del Estado de la libertad de convicción como principio básico informador del sistema político en materia religiosa, lo que conlleva un doble contenido: negativo el primero, y positivo el segundo. Así, desde el primero de los caracteres definidores del Estado, el aspecto negativo, la libertad de conciencia y de convicción supone una determinada actitud de los poderes públicos frente al fenómeno religioso, que se traduce en una incompetencia por parte de aquéllos en materia religiosa, tanto en orden a imponerse mediante coacción o sustitución a los individuos, como en orden a coexistir o concurrir con estos últimos en tanto que posibles cotitulares del acto de fe o en la práctica de la fe religiosa, las creencias o las convicciones ideológicas o religiosas. Todo ello tiene como consecuencia más inmediata una absoluta incompetencia por parte de los poderes públicos a la hora de realizar una posible declaración de confesionalidad, incluso de carácter sociológico, ya que la misma supondría un acto de concurrencia con los ciudadanos españoles en la adopción de sus propias ideas, creencias o convicciones ideológicas o religiosas incompatible con el principio de libertad de convicción. E igual solución es aplicable respecto de otras formas de resolver el acto de fe, como pueden ser las de contenido negativo (ateísmo), agnóstico o indiferente, ya que también en estas situaciones el Estado estaría coaccionando, sustituyendo o concurriendo con aquéllos en tanto que titular del acto de fe, toda vez que dichas opciones significan necesariamente plantearse la competencia ante dicho contenido y resolverla mediante un acto de aspecto, en este caso, negativo. En consecuencia, la adopción de la libertad de convicción como principio definidor del Estado español prohíbe a éste, además de cualquier coacción y sustitución, toda concurrencia o coexistencia junto a sus ciudadanos en calidad de sujeto activo de actos o actitudes de tipo ideológico o religioso. El Estado se define en nuestro actual sistema político sólo como Estado, cuya función no es otra que la garantía del derecho fundamental de las personas a la libertad de convicción, sea religiosa o filosófica.

Una segunda consecuencia de carácter igualmente negativo estriba en el hecho de que los poderes públicos no puedan obligar a nadie, en cualquiera de las modalidades en que éstas se produzcan, a declarar sobre su fe, su religión, sus creencias o sus convicciones ideológicas o religiosas (art. 16.2 CE: *"Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias"*). Si dicho contenido representa la regla general, debe precisarse –no obstante– que la tutela de la presente facultad no puede entenderse como absolutamente incompatible con la práctica de que respecto de determinadas materias (enseñanza de la religión o asistencia religiosa, entre otras) o en determinadas circunstancias los poderes públicos e incluso los particulares puedan preguntar sobre las ideas, creencias, convicciones o religión profesadas, aunque ello tan sólo podrá justificarse a fin de facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales, en este caso el de libertad de convicción, y sin que se pueda establecer o producir discriminación alguna ni por la manifestación efectuada ni por la ausencia de la misma (List, 1978; Roca,

1992). En este sentido, el TC, en su sentencia 38/2007, de 15 de febrero, ha manifestado que *"la exigencia de la declaración eclesial de idoneidad para poder impartir enseñanzas de religión en centros educativos (...) no puede entenderse que vulnere el derecho individual a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de los profesores de religión, ni la prohibición de toda obligación de declarar sobre su religión (art. 16.2 CE), principios que sólo se ven afectados en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema educativo público (arts. 16.1 y 16.3 CE) y con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE). Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva"* (FJ 12; vid. en la misma línea STJCE de 27 de octubre de 1976).

Junto a ello, se debe señalar que no todo comportamiento de los poderes públicos debe ser de carácter abstencionista ante la libertad de convicción, con lo que cabe hacer referencia igualmente a un aspecto positivo de la misma. A este respecto, la Constitución de 1978 encomienda a los poderes públicos una función positiva, que se concreta –por un lado– en una acción dirigida a la remoción de obstáculos y –por el otro– en una actividad promocional de la libertad (art. 9.2 CE: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los individuos en la vida política, económica, cultural y social"*), y en esta ocasión de la libertad de convicción. Dicha función se debe traducir en la existencia de una actividad jurídica reguladora del ejercicio social del derecho fundamental a la libertad de conciencia con el fin de garantizar las condiciones sociales objetivas para que el mencionado derecho fundamental quede no sólo reconocido y tutelado, sino además promovido. Por consiguiente, cabe señalar que el Estado español no encuentra tan sólo en la libertad de conciencia un principio limitativo de actuación, sino por el contrario un valor de la máxima extensión de la libertad, admitiendo nuestro sistema constitucional en materia religiosa la aplicación del axioma: "máxima libertad posible, mínima restricción necesaria". Acción directa del Estado que se concreta en el llamado "Estado asistencial", el cual consiste no sólo en obligar a hacer, sino que el mismo hace, lo que se manifiesta –por lo que a la presente temática se refiere– en dos campos de actuación directos, a saber: en la libre formación de la conciencia y en el libre desarrollo de la personalidad humana.

3.1.2. El principio de igualdad

El art. 14 de la CE garantiza la igualdad ante la ley, entendida ésta tanto "en la ley" como "de la ley" (STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 5), al tiempo que acoge su aspecto negativo de no discriminación (art. 14: *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*). La igualdad se configura, por tanto, además de como un derecho subjetivo de naturaleza fundamental, en un elemento que viene a completar y profundizar los derechos de libertad, por lo que se ha afirmado que el principio de la igualdad deviene en el adjetivo de la libertad, y en concreto de la libertad de conciencia, convirtiéndola en *"el adjetivo de la capacidad jurídica y de obrar de*

todos los individuos, en tanto que titulares del mencionado derecho fundamental" (Llamazares, 1987: 148). Desde esta perspectiva, la igualdad se constituye en un principio genérico que tiene como correlato, también genérico, la prohibición de toda discriminación que pretenda justificarse en una razón que como la ideológica o la religiosa suponga, en la hipótesis de aceptarla, la quiebra de la condición de persona, como titular común, radical y paritario de los derechos fundamentales en el que todos los miembros de la sociedad coinciden y participan igualmente.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que *"el artículo 14 de la Constitución, al consagrar el principio llamado de "igualdad ante la ley", ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo (...). Consiste el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias [igualdad en la ley], y consiste el segundo en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota. También ha sido dicho que la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales [igualdad de la ley]. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho iguales cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo de otro haya de considerarse falta de un elemento racional –y sea, por ende, arbitraria– por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son igualdad si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional"* (STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 5).

De todo ello se puede deducir que la garantía del principio de igualdad religiosa supone la ausencia de todo trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de su ideología, creencia o convicción, así como gozar de un igual disfrute del derecho fundamental de libertad de conciencia (cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1). Sin embargo, dicho trato no debe entenderse como uniformidad, sino como proporcionalidad cualitativa (vid. STC de 2 de julio de 1981, FJ3), lo que supone no la existencia de un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, sino en función de las circunstancias que concurran en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca (cfr. STC de 10 de julio de 1981, FJ 4). Por tanto, es posible dar a los individuos un tratamiento diverso que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra con carácter de superiores del ordenamiento jurídico, como son la justicia y la igualdad (cfr. art. 1.1 CE).

Junto a ello, el art. 14 CE establece, además, una serie de supuestos de discriminaciones que pueden considerarse como típicas (cfr. STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 5), entre las cuales se encuentra la distinción de trato jurídico por razón religiosa, prohibiéndose toda desigualdad de trato legal que sea injustificada por no ser razonable (cfr. STC de 10 de noviembre de 1981, FJ 5, y voto particular formulado por el Magistrado D. Luis Díez Picazo). En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que *"la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"* (STEDH de 27 de junio de 1968 y de 27 de octubre de 1975). Por consiguiente, sólo puede aducirse la quiebra del principio de igualdad jurídica cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones de hecho entre los sujetos afectados por la norma, se produzca un tratamiento diferenciado de

los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada basada en razones de creencias o convicciones ideológicas o religiosas (cfr. SSTC de 10 de julio y 30 de marzo de 1981).

Partiendo de lo anterior, podemos definir la discriminación religiosa como la prohibición de cualquier acción de distinción por motivos religiosos que suponga un menoscabo o extinción en la titularidad y en el ejercicio del único y mismo derecho de libertad de conciencia y del resto de los derechos fundamentales. En esta línea, resulta esclarecedor la definición dada en el art. 2.2 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, según el cual *"A los efectos de la presente Declaración, se entiende por "intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones" toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales"*. Ahora bien, la prohibición de discriminación no puede identificarse con la total prescripción de los elementos distintos que puedan afectar a los sujetos, ya que *"el ordenamiento constitucional [lo que] prohíbe [es], en efecto, la discriminación, pero no la diferenciación entre situaciones objetivamente distintas. Y la diferenciación se distingue de la discriminación precisamente porque la primera se fundamenta en unos motivos de carácter subjetivo que no existen en la segunda"* (Suárez Pertierra, 1984: 286).

En consecuencia, cabe afirmar que la tutela del principio de igualdad religiosa no implica necesariamente que todos los españoles hayan de profesar o mantener las mismas creencias o convicciones religiosas o ideológicas, ni que deba tratarse a todos los ciudadanos de igual manera por lo que a sus ideas, creencias o convicciones se refiere. Su configuración como principio supone más bien que la titularidad, en igualdad de calidad y de trato ante (en y de) la ley, del derecho de libertad de convicción forma parte del común acervo y radical patrimonio jurídico del ciudadano español (Llamazares, 1997). A modo de conclusión, se puede afirmar que la igualdad jurídica del art. 14 de la CE se caracteriza por ser una "igualdad formal" y "relativa" basada en el principio de "proporcionalidad" que se plasma en el correlato negativo de la "no discriminación", en contraposición con una "igualdad material" y "absoluta".

Es preciso destacar, finalmente, que no se agota en el contenido hasta ahora reseñado el alcance del principio de igualdad, resultando necesario conectar el mencionado art. 14 de la CE (al igual que hacíamos respecto de la libertad) con el art. 9.2 de la misma. Dicho precepto viene a completar y profundizar el principio de igualdad jurídica al proponer el paso de su aspecto formal al de un aspecto sustancial, el cual se manifiesta en un doble contenido: como acción tutelar o defensiva del principio de igualdad, el primero, y como ejercicio de las acciones necesarias para imponer efectivamente la igualdad, el segundo. Este doble contenido supone, a su vez, dos actuaciones de naturaleza distinta por parte de los poderes públicos: una negativa y otra positiva. La actividad positiva exige una intervención de los poderes públicos dirigida a la promoción de las condiciones necesarias para que la igualdad y la libertad de los individuos y de los grupos donde se integran sean reales y efectivas. Mientras que negativamente, dicha actuación se ejercerá a través de un proceso de remoción de aquellos obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la igualdad y/o de la libertad. Ambas funciones son parte integrante de una misma garantía positiva en la protección de la igualdad y de la libertad, y ambas pueden y deben ser ejercidas por los poderes públicos. Ello ha dado lugar a actividades a través de las cuales el Estado se ha planteado la supera-

ción de desigualdades o desventajas de grupos concretos presentes en la propia situación de la sociedad, adoptando para ello medidas de discriminación positiva que, sin embargo, por aplicación del presente precepto no pueden entenderse como vetadas por el ordenamiento jurídico por ser contrarias al principio de igualdad.

3.1.3. El principio de laicidad

El tercero de los principios informadores de nuestro sistema político en materia religiosa es la laicidad (art. 16.3 CE: *"Ninguna confesión tendrá carácter estatal"*), el cual supone para el Estado español que las ideas, las creencias o las convicciones ideológicas o religiosas en sí mismas consideradas no pueden entrar a formar parte de su propia naturaleza (separación). Junto a ello, debe precisarse asimismo que, en cuanto que Estado laico, obliga a los poderes públicos a realizar una doble actividad: positiva la primera y negativa la segunda. Desde su aspecto positivo, los poderes públicos se comprometen a estar al servicio de la dignidad humana de sus ciudadanos (cfr. art. 10.1 CE), mientras que en su aspecto negativo conlleva a la absoluta incompetencia del Estado, como ente radicalmente no totalitario, ante la cuestión del acto de fe, tanto desde la perspectiva positiva como de la negativa (neutralidad).

Así pues, el principio de laicidad supone la interacción de dos elementos: la neutralidad y la separación. La neutralidad conlleva la prohibición para el Estado español de convertirse en protector de dogmas, creencias o convicciones religiosas concretas sean cuales fueran éstas, ni poner la vida pública bajo el signo de una o de varias concepciones religiosas específicas, ni asumir una fe, un credo, una creencia o una convicción como única, y ello aunque aquélla fuera la profesada por la mayoría de los ciudadanos o de una parte de la sociedad, ya que cualquiera de dichas actitudes supondría una violación tanto de los principios de igualdad y de libertad de convicción como del de laicidad. Dentro de este mismo contexto, se debe señalar que la laicidad impide igualmente toda posible confusión entre los fines u objetivos religiosos y los fines u objetivos estatales, lo que veda toda posibilidad de que los valores o intereses religiosos puedan erigirse en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas o de los actos de los poderes públicos (cfr. SSTC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1, y 340/1993, de 16 de noviembre). Al tiempo que impide que *"el Estado pueda negar el carácter religioso de la valoración de unas conductas en el seno intraeclesial, por el hecho de que esas mismas conductas pueden merecer una valoración diferente en un ámbito extraeclesial"* (STC 128/2007, de 4 de junio, FJ 9).

Por su parte, la separación supone la independencia y autonomía de ambas partes, esto es, los poderes públicos y las confesiones religiosas, lo que lleva al reconocimiento por parte del Estado de la autonomía interna de las confesiones tanto por lo que respecta a su organización como al sistema normativo. Esta realidad tiene su reflejo en el art. 6 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), el cual establece que *"las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación"*.

En consecuencia, y como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional, el margen de control por parte del Estado de las decisiones estrictamente de carácter religioso realizadas por las autoridades eclesásticas es muy estrecho; "o dicho en positivo, el margen de las autoridades religiosa para calificar como religioso el motivo de su decisión es muy amplio", aunque no absoluto, encontrando su límite en el ejercicio del propio derecho de libertad religiosa o en los demás derechos y libertades fundamentales, en cuyo caso la ponderación de los derechos en conflicto se convierte en un elemento esencial de constitucionalidad (vid. SSTC 38/2007, de 14 de febrero, FJ 5, y 128/2007, de 4 de junio, FJ 10).

Finalmente, cabe señalar que la laicidad supone que el factor religioso sea configurado como un valor positivo del bien común de la sociedad española, pero no en tanto que lo religioso en sí mismo considerado, sino concretándose dicha actitud en el reconocimiento, tutela y promoción del derecho fundamental a la libertad de conciencia, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades religiosas.

3.1.4. El principio de cooperación

El cuarto de los principios informadores que cabe enunciar es el relativo a las relaciones de cooperación del Estado con las confesiones religiosas (art. 16.3 CE: "(...) *Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*"). Debe precisarse, no obstante, que las presentes relaciones de cooperación actúan en nuestro sistema como una técnica instrumental a través de la cual se hace efectivo el derecho a la libertad de conciencia (Fernández-Coronado, 1983); y ello no sólo como una opción que se reconoce a los poderes públicos, sino como un mandato imperativo que éstos deben cumplir. Aunque el mantenimiento de estas relaciones de cooperación con las confesiones no resulta en principio incompatible con el principio de laicidad del Estado, siempre que la aplicación de estas relaciones, y en concreto en lo que afecta a las actividades de las confesiones religiosas, no se identifiquen con un acto de valoración directa y positiva de los intereses religiosos en cuanto tales, ya que esto último si resultaría incompatible con la configuración del Estado laico o aconfesional. De todo lo expuesto cabe deducir un concepto negativo de "cooperación", en el sentido de que "cooperar" no puede significar nunca la unión entre las confesiones religiosas y los poderes públicos para la consecución de determinados fines u objetivos comunes, por lo que la única tarea que el Estado español puede valorar positivamente, desde el punto de vista de la cooperación, es la protección y promoción de la igualdad en la titularidad y en el ejercicio de la libertad de convicción de sus ciudadanos, así como el establecimiento del estatuto jurídico de las confesiones religiosas (Llamazares, 1988: 229-231).

3.1.5. Modelo de relación Estado español-libertad de convicción

Analizado el alcance y contenido de los distintos principios constitucionales específicos que informan nuestro ordenamiento en materia de libertad de conciencia, cabe precisar que la Constitución española ha optado por el establecimiento de un sistema político que adopta la fórmula de la laicidad, bajo los principios básicos de la libertad y de la igualdad religiosa. El modelo español puede ser insertado, pues, en el sistema de neutralidad,

y dentro de éste entre los calificados de Estado laico. En concreto, el TC, sobre la base de la neutralidad de los poderes públicos, insiste en la aconfesionalidad del Estado, y el mantenimiento de relaciones de cooperación (vid. SSTC 101/2004, de 23 de junio, FJ 3, y 38/2007, de 15 de febrero, FJ10), habla de "laicidad positiva" (vid. por todas, STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4).

Junto a ello, cabe igualmente establecer una serie de principios generales que caracterizan e informan asimismo nuestro sistema, y que podemos concretar en los siguientes. En primer lugar, los derechos fundamentales son configurados como derechos de las personas individualmente consideradas, y por tanto son éstas las que pasan a ser consideradas como sujetos activos de los mismos. Los individuos son, por tanto, los titulares originarios de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de tal forma que el ámbito colectivo o comunitario de los mismos lo son pero como sujetos derivados o instrumentales, y en cierto modo dependiente de los derechos en tanto que derechos individuales de ejercicio colectivo. Ello tiene lógicamente su consecuencia en el ámbito religioso, ya que el modelo pasa a configurarse bajo el prisma del principio de personalización, y consiguientemente las relaciones entre el Estado español y las confesiones religiosas adquieren un carácter secundario y dependiente, dirigidas a la consecución real y efectiva del derecho de libertad de conciencia. En segundo lugar, el pluralismo ideológico se convierte en el único marco adecuado para la plena realización, desarrollo y formación de la persona en libertad. Y en tercer lugar, se produce una valoración positiva del fenómeno religioso, aunque no de los intereses religiosos en cuanto tales, sino del derecho fundamental de los ciudadanos a la libertad de conciencia, lo que tiene como correlato más importante el principio de participación.

En consecuencia, la justicia de la que habla el art. 1.1 de la CE se concibe como la igualdad en la libertad, esto es, la personalidad y dignidad de la persona humana está en su libertad, pero le corresponde por igual y de manera originaria a todas las personas (principio de personalización). Una libertad que sólo es posible si el sujeto tiene a su alcance y en su formación la posibilidad de elección entre varias opciones (principio del pluralismo), así como operar en las decisiones de su propia vida y de la sociedad en la que vive (principio de participación). Al servicio de este objetivo se subordinan, por tanto, los demás principios informadores del sistema jurídico, como son los de laicidad y cooperación.

4. El derecho fundamental a la libertad de convicción

1. Si el principio de libertad de convicción permite deducir –como se ha puesto de manifiesto– una serie de criterios delimitadores de la actuación del Estado español en materia religiosa en general y por tanto un elemento definidor del Estado, es en el reconocimiento como derecho fundamental donde se encuentra no sólo su encaje en el propio texto fundamental, sino también donde cabe situar el concepto de persona y de dignidad humana que la Constitución contiene. Por tanto, puede afirmarse que la libertad de convicción, en tanto que derecho fundamental, contiene *“una exigencia de justicia innata a la dignidad de la naturaleza de toda persona humana”*.

La libertad de convicciones ha sido configurada en nuestro Texto Magno como un derecho subjetivo de naturaleza fundamental que supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1), y por tanto, como un derecho frente al Estado y frente a terceros, de manera que se reconoce la facultad a toda persona a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción por parte de los poderes públicos y de cualesquiera otra persona o grupo social. El presente derecho queda así enmarcado en una esfera meramente negativa, externa y estática, traducida en un *non facere* del Estado, de terceros y de los propios titulares del derecho. Los poderes públicos se deben limitar, en consecuencia, a vigilar que nadie invada o viole el legítimo ámbito de ejercicio de cada persona o de cada grupo respecto de sus prácticas religiosas, ideológicas, filosóficas o de culto, respondiendo a favor de éstas si se producen tales violaciones. Desde esta perspectiva, Pavan ha configurado a la libertad de convicción 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”* (Pavan, 1967: 20). Por tanto, podemos afirmar que con el art. 16 de la CE se protege no sólo la libertad y los intereses religiosos, sino también la libertad de la no profesión religiosa (art. 2.1.a LOLR). Se está en presencia, por tanto, de un derecho subjetivo que tiene por objeto la libertad de conciencia y convicción de cada individuo y de los grupos en los que se integra en la realización de los actos ideológicos, religiosos o filosóficos de las creencias, convicciones o religión profesada.

Junto al concepto negativo que se acaba de enunciar, cabe definir asimismo, por mandato del art. 9.2 de la CE, un concepto positivo de la libertad de convicción, que lo transforma en un derecho

de crédito en virtud del cual sus titulares pueden exigir un determinado comportamiento o que se les facilite determinadas prestaciones por parte de los poderes públicos. Ello supone, como consecuencia más inmediata, que el presente derecho se transforma, en contraposición a la acepción anteriormente señalada, en un derecho subjetivo de carácter fundamental que conlleva un ámbito de *agere lícere*, identificable con un *facere*, es decir, 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 –en definitiva– significa una libertad en el Estado o una *facultas exigendi*.

Desde esta segunda perspectiva conceptual, la libertad de convicción se concibe no sólo como una simple facultad de exteriorización de las ideas, creencias o convicciones ideológicas o religiosas, sino más propiamente como una facultad de formación de la conciencia, de modo que la actividad de los poderes públicos consistiría en una doble manifestación de garantía, que no se agota en la tutela de la inmunidad de coacción para los individuos y las confesiones, sino que alcanza la creación de condiciones sociales necesarias más favorables para la plena eficacia del derecho fundamental en cuestión y al pleno desarrollo de los valores humanos, tanto en el plano individual como en el colectivo. Ahora bien, dicha función no debe suponer ni debe ser identificada con la posibilidad de que los poderes públicos puedan llevar a cabo una valoración positiva de lo religioso en cuanto tal, ya que dicha interpretación resultaría contraria a los principios constitucionales, y en concreto al principio de laicidad.

De todo lo antedicho, y a la hora de dar una definición de la libertad de convicción, es necesario acudir a la realizada en su día por Serrano Postigo, para quien la libertad religiosa debía configurarse como *“un derecho, en suma, 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”* (Serrano Postigo, 1983: 814). Una duplicidad de deberes que se convierten para el Estado en el establecimiento de una doble garantía respecto a la libertad de convicción: una negativa, de protección y tutela y, otra positiva, de promoción.

2. Partiendo de lo anterior, podemos señalar que el derecho de libertad de convicción queda configurado en nuestra Constitución bajo tres categorías (Contreras Mazarío, 1994), que afectan de manera directa a su naturaleza jurídica, a saber:

- a) la libertad de convicción como derecho subjetivo,
- b) la libertad de convicción como derecho fundamental, y
- c) la libertad de convicción como garantía positiva.

En tanto que derecho subjetivo, la misma otorga a la libertad de convicción una *facultas agendi* a favor de los individuos y de los grupos donde estos se integran, de tal modo que supone el reconocimiento de una autorización por parte de la norma para exigir de los demás una determinada conducta. A tenor de esta concepción, la libertad de convicción es considerada como un derecho subjetivo que no puede ser limitado indiscriminadamente y que debe ser garantizado por los poderes públicos. No obstante, la garantía respecto de un plano y otro del ámbito subjetivo del presente derecho adquieren variables que deben ser puestas de manifiesto. En primer lugar, como derecho subjetivo individual, la libertad de convicción supone el reconocimiento a toda

persona de una *facultas agendi* y del correspondiente ámbito de inmunidad de coacción, al tiempo que implica para los poderes públicos la obligación correlativa de establecer mecanismos de tutela a favor de la misma, así como respecto de terceros la obligación de respetar dicho ámbito de inmunidad. En consecuencia, el reconocimiento de este derecho a toda persona conlleva, al mismo tiempo, el deber para los sujetos pasivos de hacer lo que se le ordena, o bien de omitir lo que se le prohíbe. Por tanto, mientras que respecto de este derecho sus titulares son, y deben ser, jurídicamente libres, por lo que se refiere al deber jurídico que conlleva el obligado no es, ni puede ser, jurídicamente libre. Así pues, la libertad de convicción puede configurarse como una *facultas agendi* que conlleva como correlato el deber jurídico de exigir, tanto respecto de los poderes públicos como de terceras personas, ciertas conductas bien de carácter positivo, bien negativo.

En segundo lugar, y partiendo del hecho de que la mayor parte de los derechos fundamentales suponen una facultad reconocida tanto en el plano individual como en el colectivo, y por tanto son igualmente titulares de estos derechos tanto las personas como los grupos donde éstas se integran, la duda surge respecto de la libertad de conciencia, por cuanto respecto a su ámbito más íntimo no cabe atribuir dicha facultad al plano colectivo toda vez que la misma resulta incompatible con un posible reconocimiento a ese nivel. Lo que se plantea entonces es la posibilidad de reconocer o no un derecho a favor de un grupo en el plano de la libre formación de la conciencia. Pues bien, cuando de lo que se trata es de garantizar el ámbito interno de la conciencia, ésta sólo se puede predicar de la persona física y es la propia persona la que da carta de naturaleza al grupo. En consecuencia, ese ámbito íntimo de la conciencia, de difícil control por parte del Estado y su Derecho salvo en los modelos confesionales y teocráticos, sólo puede suponer un ámbito de libertad respecto de las personas, pero no en relación a los grupos, lo cuales no podrán reclamar para sí un ámbito de libertad en tal sentido.

Ahora bien, ello no puede interpretarse en favor de la exclusión de toda posibilidad de reconocer un ámbito colectivo de este derecho, ya que, tanto desde el plano de la libertad ideológica como desde el de la religiosa, se reconoce el ámbito colectivo como titular igualmente de este derecho. Así, mientras que la libertad ideológica conlleva la garantía de la libertad política y sindical, que en el plano colectivo supone el reconocimiento de los partidos políticos y de los sindicatos, respectivamente, la libertad religiosa conlleva la garantía de la libertad de culto, lo que desde un plano colectivo supone el reconocimiento de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas.

3. Junto a su configuración como derecho subjetivo, la libertad de convicción es establecida como un derecho fundamental; categoría que otorga a los derechos de tal naturaleza unos caracteres de especificidad que permite diferenciarlos de las demás categorías de derechos. A tal efecto, cabe señalar que su configuración como fundamental le hace ser incluido dentro del contenido del art. 53.2 de la CE, y en concreto ser objeto de protección a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. A este respecto, se debe precisar –no obstante que todos los derechos fundamentales son protegidos mediante dicho sistema, pero dicho sistema no protege sólo a los derechos que son configurados como tales. En efecto, el TC al referirse a la objeción de conciencia al servicio militar precisa que “*se trata de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su artículo 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) ni autoriza ni permite calificarlo de fundamental*” (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3).

Un segundo elemento es su inclusión dentro del contenido del art. 81 de la CE, y más concretamente la utilización de la Ley Orgánica como forma de producción normativa del presente dere-

cho, por cuanto el ámbito material al que hace referencia el mencionado precepto constitucional sólo afecta a los derechos y libertades incluidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE, dentro de cuyo ámbito aparece incluida la libertad de conciencia y convicción (art. 16 CE), lo que supone como consecuencia más directa que dicha libertad deba ser regulada, y de hecho así se ha realizado respecto de la libertad religiosa, mediante Ley Orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE): Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (B.O.E. núm. 177, de 24 de julio de 1980).

Una tercera característica a sumar a las dos anteriores es la referida a la irrenunciabilidad de este tipo de derechos como posición jurídica indiscutible, así como su privación tanto respecto del derecho mismo como en relación con su ejercicio (cfr. STC 76/1990, de 16 de abril, FJ 7). En efecto, el Tribunal Constitucional ha sido categórico al afirmar que *"la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano"* (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2), ni tampoco puede suponer la renuncia de antemano a ejercer en un determinado sentido cualquier derecho o libertad fundamental, ni la exigencia de su adhesión a la visión del mundo de la empresa, así como todo compromiso de uniformarse a una determinada ideología en la ejecución de la prestación laboral, por lo que disposiciones, cláusulas, pactos y decisiones en tal sentido deben reputarse nulas e inexistentes al constituir un supuesto de renuncia a derechos indisponibles (cfr. STC 5/1981, de 13 de febrero, voto particular presentado por el Magistrado D. Tomás y Valiente al motivo primero de la sentencia, y STC 76/1990, de 16 de abril, FJ 7).

No sucede, sin embargo, lo mismo en relación con la posibilidad de disponibilidad de renuncia respecto del ejercicio de un derecho. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de que temporalmente se pueda renunciar al ejercicio de un derecho, incluso de carácter fundamental, con motivo de la interpretación del art. 8 del Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977, relativo a la posibilidad de establecer en los convenios colectivos, durante su vigencia, la renuncia al ejercicio del derecho de huelga, al considerar que *"la genuina renuncia es siempre un acto definitivo e irrevocable, y que una cosa es la renuncia al derecho y otra el compromiso de no ejercerlo [renuncia a su ejercicio] a cambio de determinadas compensaciones"* (STC de 8 de abril de 1981, FJ 4). Ahora bien, esta disponibilidad de los derechos únicamente es predicable -a nuestro entender- respecto de los llamados "derechos patrimoniales", por lo que los fundamentales en tanto no patrimoniales -y este es el caso de la libertad de convicción- están, por su propia estructura, desprovistos del poder de disposición. En consecuencia, y por lo que respecta al derecho de libertad de convicción, cabe señalar que la distinción entre renuncia al derecho y a su ejercicio resulta artificiosa, toda vez que la titularidad de un derecho fundamental debe identificarse con la posibilidad de su ejercicio. Junto a ello, se debe precisar asimismo que justificar la renuncia al derecho acudiendo al argumento de la voluntariedad en el nacimiento de una relación jurídica y, por tanto, su extensión al momento de la extinción, es moverse en el terreno de los derechos y de las libertades meramente formales.

Ahora bien, es preciso distinguir entre irrenunciabilidad y límites del derecho, ya que los derechos fundamentales no son absolutos y están sujetos a limitaciones, sobre todo si entran en juego otros valores, derechos o libertades constitucionales. A este respecto, el Tribunal Constitucional refiriéndose a la libertad de expresión, ha precisado, en su Sentencia 88/1985, de 19 de julio, que *"(n)i las organizaciones empresariales forman mundo separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima el que quienes*

prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional" (FJ 2; vid. también STC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 1), pero también precisar que *"la libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental [-y, por tanto, extensible igualmente a la libertad de conciencia y convicción-], no es, sin embargo, un derecho ilimitado, estando sujeto a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece"* (STC 88/1985, FJ 2; vid. también SSTC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 2, y 19/1985, de 13 de febrero, FJ 1).

Finalmente, y cuarto elemento configurador de la naturaleza de derecho fundamental, viene determinado por el reconocimiento de una eficacia *erga omnes* de este tipo de derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que *"del carácter de la CE como norma suprema del ordenamiento derivaba, tanto para ciudadanos como poderes públicos, la sujeción y vinculación inmediata a ella desde su entrada en vigor"* (STC 88/1985, FJ 2), rechazando que se trate de una declaración meramente programática o un simple catálogo de principios de no inmediato cumplimiento, en tanto no fueran desarrollados legislativamente.

4. Junto a la configuración anterior, el art. 9.2 de la CE acoge y regula una función promocional que deberán llevar a cabo los poderes públicos en favor de la libertad y la igualdad, estableciendo al efecto que *"corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; [así como] remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*. La aplicación de esta función al derecho de libertad de convicción supone el reconocimiento de una *facultas exigendi* dirigida tanto en su manifestación negativa, como positiva.

Negativamente, la función promocional del Estado consiste en la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio real y efectivo del derecho a la libertad de convicción, y por tanto los poderes públicos están obligados a hacer desaparecer las diferencias arbitrarias existentes entre ciudadanos, lo que da lugar al establecimiento y reconocimiento de la no discriminación (art. 14) y de la igualdad de oportunidades (art. 23.2), pero también a que puedan adoptarse medidas o acciones afirmativas (discriminación positiva o a la inversa) sin que las mismas puedan considerarse contrarias al art. 14 de la Constitución.

En su aspecto positivo, la función promocional supone la obligación para los poderes públicos de favorecer y establecer las condiciones necesarias para el ejercicio real y efectivo del derecho a la libertad de convicción y a la igualdad religiosa o de convicción. Ello obliga a que el Estado tome la iniciativa para el establecimiento de condiciones que favorezcan la plenitud de los derechos fundamentales en general y, por lo que a nosotros interesa, la plenitud del derecho a la libertad de conciencia y convicción. Esta función, que surge con el llamado "Estado social y asistencial" y con la aplicación y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, supone para los poderes públicos la realización de acciones positivas a ejercer a través de la legislación y la administración.

Esta función que se atribuye a los poderes públicos no puede suponer –como ha puesto de manifiesto Pérez Luño– *"un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, inherentes al concepto clásico de Estado de Derecho, sino que ha significado su aplicación a las formaciones*

sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad" (Pérez-Luño, 1984: 229). Con el art. 9.2 de la CE, los derechos humanos –dentro de los cuales se encuadra el de libertad de conciencia y convicción– dejan de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir en límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. En efecto, el papel de los derechos fundamentales y las libertades públicas deja de ser de meros límites a la actuación estatal, para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a facilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio real y efectivo de sus derechos, y en este caso concreto del derecho a la libertad de conciencia y convicción. Es, pues, esta configuración positiva del presente derecho la que da carta de naturaleza a la función promocional de los poderes públicos en el ámbito religioso, y, con ella, el mantenimiento de relaciones de cooperación con las confesiones religiosas (art. 16.3 CE y art. 7 LOLR), así como el reconocimiento de un contenido positivo de este derecho (art. 2.3 LOLR) y la adopción de las medidas necesarias para su aplicación real y efectiva.

Por consiguiente, la garantía positiva del presente derecho debe pretender, no sólo la promoción de unas determinadas actuaciones o conductas por parte de los particulares, sino también instar a la realización de conductas por parte de los funcionarios. 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*" (Peces-Barba, 1981: 25).

En consecuencia, la función promocional supone, en primer lugar, una actuación o acción positiva de todos los poderes públicos a favor de la libertad de convicción e igualdad religiosa y de convicción de los individuos y los grupos, a través de un aspecto positivo de promoción o satisfacción por parte del Estado de las necesidades para el ejercicio real y efectivo de los mismos, y de un aspecto negativo de remoción de los obstáculos que impiden o dificultan dicho ejercicio. Y, en segundo lugar, supone su realización a través del Derecho, tanto estableciendo en las normas jurídicas los mecanismos para su promoción (normas de organización), como estableciendo en las mismas "sanciones positivas" para su cumplimiento (incentivos y premios).

5. La libertad religiosa en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio

1. La referida doble conceptualización de la libertad religiosa aparece reflejada en el desarrollo legislativo que se ha realizado de la misma, esto es, en la **Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio**⁵. Su consideración como

derecho fundamental y su tutela positiva supone para el presente derecho que pase de ser un derecho frente al Estado (eficacia vertical) a ser un derecho en el Estado, y desde el punto de vista de su tutela, que goce de la máxima protección, esto es, que –por un lado– su contenido esencial deba y haya sido desarrollado –como ya se ha puesto de manifiesto– por Ley Orgánica (art. 81 CE) y –por otro– que sea objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), convirtiéndolo en un derecho irrenunciable, incluso en el ámbito de los particulares (eficacia horizontal), quienes están obligados no tanto a garantizar, cuanto a respetar el presente derecho fundamental. A este respecto, el TC ha precisado que *“mientras los primeros [los particulares] tienen un deber general negativo de abstención de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma”* (STC. 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3).

2. En cuanto al contenido esencial del derecho a la libertad religiosa garantizado en la LOLR, se debe señalar que en la misma se establece un doble contenido: individual, el primero, y colectivo o comunitario, el segundo. Desde el plano individual se puede, a su vez, distinguir un doble aspecto: negativo, el primero, y positivo, el segundo. En cuanto a su aspecto o tutela negativa, éste se caracteriza por una garantía esencialmente abstencionista que determina la actuación de los poderes públicos. Dentro de este ámbito cabe integrar el contenido del apartado 1 del art. 2 de la LOLR, el cual como elemento característico adopta en su frontispicio con relación a los derechos individuales reconocidos la fórmula de la inmunidad de coacción, para seguidamente hacer enumeración de un elenco de derechos integrantes del contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa, a saber: a tener las creencias o convicciones que libremente se elijan, dentro de las cuales están integradas no sólo las posiciones teísticas, sino también las ateas, agnósticas e indiferentes (apartado a); a cambiar

⁵ B.O.E. núm. 177, de 24 de julio de 1980. En adelante, LOLR.

y abandonar la propia religión, creencias o convicciones (apartado a); a manifestar libremente las creencias o convicciones que se poseen, así como la ausencia de las mismas y a no ser obligado a declarar sobre ellas (apartado a); a practicar los actos de culto (apartado b); a recibir asistencia religiosa de la propia confesión (apartado b); a conmemorar las festividades religiosas (apartado b); a celebrar los ritos religiosos matrimoniales (apartado b); a recibir sepultura digna y de conformidad con las creencias o convicciones profesadas (apartado b); a recibir e impartir información religiosa de toda índole, ya sea oral, por escrito o por cualquier otro procedimiento (apartado c); a recibir e impartir enseñanza religiosa, así como elegir para sí y para los menores no emancipados e incapaces, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (apartado c); a reunirse y manifestarse públicamente con fines religiosos (apartado d), y a asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas (apartado d). Todos estos derechos se declaran de manera positiva y son facultades que toda persona puede ejercer libremente, pero que también pueden no ejercer o abstenerse de ejercer, lo que no supone –ni puede suponer– su renuncia.

En cuanto al ámbito colectivo, un primer elemento que debe destacarse es el reconocimiento de personalidad jurídica en favor de las confesiones religiosas y sus federaciones, para lo cual se exige su previa inscripción en el Registro público que a tal efecto se crea en el Ministerio de Justicia (art. 5). Una inscripción que por lo que se refiere a la personalidad jurídica como entidad religiosa adquiere carácter constitutivo, pero que en cuanto a su verificación por parte del encargado del Registro de Entidades Religiosas de los requisitos necesarios para su inscripción registral se convierte en una calificación de naturaleza declarativa (STC 46/2001, 15 de febrero, FJ 8).

Las confesiones o entidades religiosas de este modo reconocidas son titulares de un conjunto de derechos que forman parte de su estatuto jurídico, y entre los que cabe destacar el derecho a la autonomía interna, y por ende al establecimiento de sus propias normas de organización, de régimen interno y de régimen de su personal (art. 6.1); derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos (art. 2.2); derecho a designar y a formar a sus ministros de culto (art. 2.2); derecho a crear asociaciones, fundaciones o cualesquiera otras con finalidad religiosa (art. 6.2); derecho a crear centros docentes donde enseñar sus dogmas y principios, así como establecimientos donde formar a sus ministros de culto (art. 2.2); derecho a divulgar y propagar su propia fe o credo (art. 2.2), y derecho a mantener relaciones con sus propias organizaciones y con otras confesiones religiosas, en territorio español o en el extranjero (art. 2.2).

Desde el plano o contenido positivo, la promoción de la libertad religiosa se ha concretado y proyectado en la LOLR en tres ámbitos materiales, como son la asistencia religiosa en centros públicos (art. 2.3), la enseñanza religiosa en centros docentes públicos (art. 2.3) y la celebración de Acuerdos de cooperación por parte del Estado con las confesiones religiosas (art. 7).

Nos encontramos, pues, ante una norma legal orgánica que ofrece un marco global flexible y especial de un derecho, en este caso, el específico de libertad religiosa, y no tanto una ley relativa a las confesiones o a la cuestión organizativa de las relaciones del Estado con la presente libertad, aunque si se ha incorporado la referencia institucional de dichas relaciones.

6. Libertad religiosa y derecho pacticio

1. Este último ámbito nos sitúa en el tercero de los planos normativos de referencia, y que no es otro que el denominado "derecho pacticio", y en concreto determinado por los Acuerdos que el Estado ha celebrado hasta ahora con determinadas confesiones religiosas, en concreto cuatro, y que viene delimitado porque éstas han alcanzado "notorio arraigo" en España, amén de la capacidad potestativa por parte de las autoridades estatales de llevarlos a término, a saber: la Iglesia católica (Acuerdos con la Santa Sede), las iglesias evangélicas (Ley 24/1992, de 10 de noviembre⁶), las comunidades judías (Ley 25/1992, de 10 de noviembre⁷) y las comunidades musulmanas (Ley 26/1992, de 10 de noviembre⁸).

Desde su perspectiva formal, nos encontramos ante un conjunto de normas de origen pacticio cuya naturaleza jurídica no resulta unívoca, por lo que es preciso diferenciar entre dos tipos de normas, a saber: los Acuerdos celebrados por el Estado español con la Santa Sede, por un lado, y los Acuerdos de cooperación celebrados por el Estado español con los evangélicos, los musulmanes y los judíos, por otro. A este respecto, cabe precisar de manera concisa que mientras que los primeros son equiparados a los tratados internacionales (vid. SSTC 66/1982, FJ 5; 187/1991, FJ 4; 155/1997, FJ 2; y Auto TC 480/1989), los segundos tienen –tal y como prevé el art. 7 de la LOLR– la consideración de "leyes de las Cortes Generales"⁹. Desde esta perspectiva, se debe, por tanto, diferenciar entre uno y otro tipo de acuerdos; o lo que es lo mismo mientras que para los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede la base normativa de su recepción en el ordenamiento jurídico español se encuentra, por un lado, en los arts. 94 y 96 de la CE y, por otro, en el art. 1.5 del Código Civil, convirtiéndose los mencionados preceptos en el punto de referencia obligado de cualquier operador jurídico, por lo que se refiere a los Acuerdos de cooperación su fundamento de referencia se encuentra en el ya mencionado art. 7 de la LOLR¹⁰.

⁶ 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. núm. 272, de 12 de noviembre de 1992). En adelante, Ley 24.

⁷ Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (B.O.E. núm. 272, de 12 de noviembre de 1992). En adelante Ley 25.

⁸ 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. núm. 272, de 12 de noviembre de 1992). En adelante, Ley 26.

⁹ Para un estudio más pormenorizado de estas normas, vid. Fernández-Coronado, A. (1995): *Estado y Confesiones Religiosas. Un nuevo modelo de relación*, Ed. CIVITAS, Madrid.

¹⁰ Un estudio más en profundidad en Contreras Mazarío (2007): "Los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede: aplicación judicial en España", en *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, nº 7, vol. I, pp. 141-185.

2. En cuanto a los **Acuerdos celebrados con la Santa Sede**, en la actualidad están vigentes el Convenio de 5 de abril de 1962, sobre reconocimiento, a efectos civiles, de estudios no eclesiásticos, realizados en Universidades de la Iglesia¹¹; el Acuerdo de 28 de enero de 1976¹²; el Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos¹³; el Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales¹⁴; el Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre la asistencia religiosas a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos¹⁵; el Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Económicos¹⁶, y el Acuerdo de 21 de diciembre de 1994, sobre asuntos de interés común en Tierra Santa¹⁷.
3. Por lo que se refiere a los **Acuerdos de cooperación**, y de conformidad con el art. 7 de la LOLR, el Estado podrá celebrarlos con aquellas confesiones que, por su número y ámbito, hayan alcanzado notorio arraigo en España. Un **notorio arraigo** que se basa en la consideración, por parte del poder público competente, de que un determinado grupo o confesión religiosa cumple las condiciones establecidas en el premencionado art. 7 y quiere celebrar con el mismo un Acuerdo de cooperación. La petición, pues, del grupo religioso no debería estar dirigida tanto a conseguir el notorio arraigo, cuanto a la posible celebración de un Acuerdo de cooperación con el Estado.

Partiendo de dicho presupuesto, y por lo que al notorio arraigo en España se refiere, el mismo aparece definido de manera expresa en el art. 7 de la LOLR por dos elementos principales, a saber: el ámbito, y el número de creyentes, sin que la Ley haga mayores precisiones. Son, por tanto, estos elementos los que integran de una manera sustantiva el concepto de notorio arraigo; y son estos elementos los que deben tenerse, en principio, presentes a la hora de verificar si un grupo o confesión religiosa cumple dicho requisito. Su valoración por parte de la Administración es libre, sin otras limitaciones que las que se derivan lógicamente de los principios generales del Derecho, y en concreto de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 de la CE). Junto a ello debe ponerse igualmente de manifiesto que, a la hora de interpretar la presente expresión, deberá realizarse teniendo en cuenta la realidad social, así como la evolución que el propio concepto haya podido tener en la práctica seguida en el seno de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa o, en su caso, por parte de la autoridad política competente.

Entrando de manera más pormenorizada en los elementos mencionados, cabe señalar que, en relación al "ámbito", la práctica seguida ha sido su conexión con el propio concepto de arraigo de dicha confesión en España, o lo que es lo mismo que la confesión esté "arraigada en la sociedad", de tal modo que "no sólo exista, sino que su presencia sea firme, estable y profunda; que tenga peso e incidencia en la sociedad" (Dictamen de D. José Jiménez y Martínez de Carvajal sobre la declaración de notorio arraigo de la confesión religiosa "Testigos Cristianos de Jehová"). Este elemento se conectó, en un primer momento, con que la confesión tuviera presencia histórica en España, y este elemento estuvo en el origen de los Acuerdos de

¹¹ Instrumento de ratificación (B.O.E. núm. 173, de 20 de julio de 1962).

¹² Instrumento de ratificación (B.O.E. núm. 230, de 24 de septiembre de 1976).

¹³ Instrumento de ratificación (B.O.E. núm. 300, de 15 de diciembre de 1979). En adelante, AAJ.

¹⁴ Instrumento de ratificación (B.O.E. núm. 300, de 15 de diciembre de 1979). En adelante, AEAC.

¹⁵ Instrumento de ratificación (B.O.E. núm. 300, de 15 de diciembre de 1979). En adelante, AAR.

¹⁶ Instrumento de ratificación (B.O.E. núm. 300, de 15 de diciembre de 1979). En adelante, AAE.

¹⁷ Instrumento de ratificación (B.O.E. núm. 179, de 28 de julio de 1995).

cooperación celebrados en 1992. Con posterioridad, dicho contenido ha ido evolucionando en el sentido de que la confesión deba tener una presencia dilatada tanto en el tiempo como en el espacio, lo que exige que la confesión esté presente en una parte importante del territorio español y que tenga una duración tal que haya hecho posible su real implantación y establecimiento firme en la sociedad española, así como que ofrezca garantías de permanencia para el futuro (Dictamen de D. Dionisio Llamazares Fernández y D^a. Ana Fernández-Coronado sobre la condición de notorio arraigo en España de la confesión religiosa "Testigos Cristianos de Jehová").

Por su parte, y respecto al "número de creyentes", cabe manifestar que, aunque se trata de una expresión imprecisa, la misma puede y debe ponerse siempre en relación con factores cuantitativos y de proporcionalidad. Aunque evidentemente el número no puede constituirse en un factor determinante y único del arraigo, ni tan siquiera de su notoriedad, sin embargo sí se convierte en un elemento que conforma el propio concepto de notorio arraigo, por lo que la importancia del mismo no puede ser desconocida ni devaluada. El número de creyentes puede convertirse en un factor que nos permita comprobar y, en cierta medida, evaluar la aceptación de dicha confesión por parte de la sociedad española.

En cuanto al elemento de la "notoriedad", éste se ha fijado en los aspectos derivados del reconocimiento social de la confesión, y en concreto en las acciones benéficas emprendidas y/o en la colaboración con las autoridades.

En definitiva, con la expresión del "notorio arraigo" de lo que se trata es de asegurar la permanencia y estabilidad del grupo religioso tanto en el presente como sobre todo con intención de futuro, y, por tanto, *"lo decisivo es -como ya pusieron en su día de manifiesto D. Dionisio Llamazares y D^a. Ana Fernández-Coronado- que se trate de una confesión con la relevancia sociológica suficiente como para que el Derecho del Estado entienda conveniente acordar con ella los términos de la regulación del derecho de libertad religiosa de sus miembros, en las mejores condiciones de armonía con el derecho estatal"* (ibid, p. 5).

Por último, precisar que lo que se está reconociendo en el art. 7 de la LOLR es la posibilidad de solicitar por parte de las confesiones religiosas la posible celebración de un Acuerdo con el Estado, y para ello se establece que la Administración verifique el cumplimiento por parte de la confesión solicitante de los dos requisitos anteriormente mencionados. Ahora bien, la puesta en marcha de la celebración de un Acuerdo de cooperación entra dentro del ámbito de la potestad discrecional de la Administración (art. 7 LOLR), aún en el caso de que se den los requisitos fijados para el notorio arraigo. En este sentido se ha manifestado la Sección 4^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 29 de diciembre de 1995, para quien la expresión "notorio arraigo" *"no se configura como un acto declarativo o declaración que corresponde hacer a la Administración independientemente del "acuerdo" que pueda o no ser alcanzado entre el Estado y la confesión religiosa, sino como un requisito que necesariamente ha de concurrir para que tal acuerdo o convenio pueda producirse"* (fundamento de derecho segundo, párrafo 6).

Junto a ésta, una segunda consecuencia del notorio arraigo es la representación de la confesión beneficiaria de tal calificación como miembro en la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (art. 8 LOLR; RD 1159/2001, de 26 de octubre). Ahora bien, mientras que esta segunda consecuencia

supone una obligación jurídica para la Administración, la primera entra dentro del ámbito de la decisión política, de tal forma que puede declararse el notorio arraigo a favor de una confesión religiosa y, sin embargo, por decisión de política no iniciarse el correspondiente proceso negociador.

4. En relación al contenido material que se prevé en este tipo de normas cabe diferenciar entre derechos individuales y derechos colectivos. Dentro de los primeros se encuadran derechos tales como el matrimonio y su reconocimiento de efectos civiles (art. VI AAJ; art. 7 Ley 24, art. 7 Ley 25; art. 7 Ley 26), la asistencia religiosa en centros públicos, en especial a las Fuerzas Armadas (AAR; art. 8 Ley 24; art. 8 Ley 25; art. 8 Ley 26) y en otros centros públicos análogos (art. IV AAJ; art. 9 Ley 24; art. 9 Ley 25; art. 9 Ley 26), la enseñanza religiosa en centros docentes públicos (AEAC; art. 10 Ley 24; art. 10 Ley 25; art. 10 Ley 26) y la celebración de las festividades religiosas y del descanso semanal (art. III AAJ; art. 12 Ley 24; art. 12 Ley 25; art. 12 Ley 26).

Mientras que desde el plano colectivo se destacan los derechos al culto y al establecimiento de lugares de culto y de cementerios propios (art. I AAJ; art. 2 Ley 24; art. 2 Ley 25; art. 2 Ley 26), al nombramiento y designación de los ministros de culto (art. 3 Ley 24; art. 3 Ley 25; art. 3 Ley 26), al secreto profesional (art. 3 Ley 24; art. 3 Ley 25; art. 3 Ley 26), así como a ser incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 5 Ley 24; art. 5 Ley 25; art. 5 Ley 26), a recibir y organizar ofrendas y colectas (art. 11 Ley; art. 11 Ley 25; art. 11 Ley 26), así como a la exención de determinados impuestos y tributos (arts. III y IV AAE; art. 11 Ley 24; art. 11 Ley 25; art. 11 Ley 26), a establecer centros y a prestar actividades de carácter benéfico o asistencial (art. V AAJ), a mantener relaciones con sus propias organizaciones y con otras confesiones religiosas, en territorio español o en el extranjero, (art. II AAJ), se garantiza la tutela difusión y fomento del patrimonio cultural de interés religioso (art. XV AEAC; art. 13 Ley 25; art. 13 Ley 26) y, finalmente, la tutela de las cuestiones relacionadas con la alimentación propia (art. 14 Ley 25; art. 14 Ley 26).

5. Este tipo de normas se ha mostrado como un instrumento normativo útil donde plasmar el estatuto jurídico concreto de las confesiones, y en esta medida supone una técnica a través de la cual hacer efectivo el derecho fundamental de libertad religiosa de las personas que profesan dicha religión. Pero al mismo tiempo supone una diferencia formal y material que ha sido objeto de críticas, e incluso considerada incompatible con los principios constitucionales de igualdad y laicidad del Estado (Fernández-Coronado, 2009: 1-19).

7. Consideraciones finales

Todo lo anterior permite afirmar –a modo de conclusión final– que mientras que la LOLR establece y concreta el mandato constitucional en términos materiales, el sistema de pactos –que en ella misma se consagra como elemento fundamental de la cooperación– adquiere tanta importancia que ha acabado constituyendo un elemento esencial para la calificación del modelo de relación, así como para el estatuto jurídico de las confesiones religiosas en nuestro ordenamiento.

Un sistema normativa que nos sitúa ante un modelo de relación que puede ser calificado como de *laicidad positiva* y ante una tipificación de las entidades religiosas en España de carácter plural y diverso, que puede llevar en sí mismo el germen de la discriminación. Una tipificación que en su punto más alto situaría el estatuto de la Iglesia católica, en base a la naturaleza jurídico-internacional que tienen los Acuerdos celebrados con el Estado español; en una posición inferior cabría situar a las confesiones con Acuerdo de cooperación con el Estado, esto es, los evangélicos, judíos y musulmanes; mientras que en un tercer escalón inferior se situarían las confesiones con notorio arraigo, y que en este momento tienen voto favorable de la Comisión Asesora de Libertad religiosa la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, la Iglesia de los Testigos Cristianos de Jehová, la Federación de Comunidades Budistas de España y la Iglesia Ortodoxa; el escalón cuarto inferior estará ocupado por aquellas confesiones religiosas que están inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, mientras que en el último de los escalones se situarían aquellos grupos que están inscritos en el Registro de Asociaciones y que, sin embargo, ellos mismos se consideran iglesia, confesión o comunidad religiosa.

Bibliografía

- CONTRERAS MAZARÍO, J. M. (1994), "Algunas consideraciones sobre la libertad de conciencia en el sistema constitucional español" (I), en *Derechos y Libertades*, Nº 3 (1994), pp. 131-156.
- CONTRERAS MAZARÍO, J. M. (1995), "Algunas consideraciones sobre la libertad de conciencia en el sistema constitucional español" (II) en *Derechos y Libertades*, Nº 4, pp. 119-149.
- DIAZ-SALAZAR, R. (2006), *El factor católico en la política española. Del nacionalcatolicismo al laicismo*, PPC, Madrid.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. (1983), "Principio de igualdad y técnica de cooperación", en *La Ley*, 1983-2, pp. 76-81.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. (1986), "La tutela penal de la libertad religiosa", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, pp. 39-40.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. (1995), *Estado y confesiones religiosas. Un nuevo modelo de relación*, Ed. Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. (2009), "Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº 19, pp. 1-19.
- LIST, J. (1978), "La garantía constitucional y la aplicación práctica del derecho individual de libertad religiosa, así como de la libertad de las Iglesias al amparo de la Ley Fundamental en la República Federal de Alemania", en *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, Salamanca, pp. 38-51.
- LLAMAZARES, D. (1987), "Actitud de la España democrática ante la Iglesia", en *Iglesia católica y regímenes autoritarios y democráticos (Experiencias española e italiana)*, EDERSA, Madrid, pp. 148 y ss.

- LLAMAZARES, D. (1988), "El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamento, alcance y límites", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 3, pp. 199-231.
- LLAMAZARES, D. (1997), *El derecho de la libertad de conciencia*, vol. I, Ed. Cívitas, Madrid.
- PAVAN, P. (1967), *Libertad religiosa y poderes públicos*, Ed. Península, Madrid.
- PECES-BARBA, G. (1981), *La Constitución española de 1978: un estudio de derecho y política*, Ed. Torres, Valencia.
- PEREZ LUÑO, A.E. (1984), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid.
- ROCA, M.J. (1992), *La declaración de la propia confesión o creencias en el Derecho español*, Santiago de Compostela.
- SERRANO POSTIGO, C. (1983), "Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español", en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico*, homenaje al Prof. Maldonado, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, pp. 811 y ss.
- SUAREZ PERTIERRA, G. (1984), "Artículo 14. Igualdad ante la ley", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (coord.) "Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1987". *Revista de Derecho Privado*. EDERSA, Madrid.
- VILADRICH, P. J. (1983), "Los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado", en *Derecho eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, pp. 209-214.